



UFR de philosophie
ISJPS – Institut des Sciences Juridique et Philosophique de la Sorbonne (UMR 8103)

Thèse
Pour l'obtention du titre de docteur en philosophie
Présentée et soutenue publiquement
le 10 octobre 2020 par
Nicolas Nayfeld

La philosophie pénale pluraliste de H.L.A. Hart

Volume 1 (français)

Sous la direction des professeurs Laurent Jaffro et Jean-François Kervégan

Jury :

Denis Baranger | Université Paris 2 Panthéon-Assas | Paris

Jean-Yves Chérot | Université d'Aix-Marseille | Aix

Laurent Jaffro | Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne | Paris

Erin Kelly | Tufts University | Medford, Massachusetts

Jean-François Kervégan | Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne | Paris

Matt Matravers | University of York | York

Raphaëlle Théry | Université Paris 2 Panthéon-Assas | Paris

Résumé

Cette thèse porte sur la philosophie pénale de Herbert Hart, c'est-à-dire sur ses réflexions au sujet de la définition de la peine, de la justification de la peine, de la responsabilité pénale et de la détermination de la peine en qualité et en quantité. Nous soutenons que Hart ne défend ni une théorie mixte de la peine, ni une forme d'utilitarisme de la règle, ni une forme d'utilitarisme libéral, ni une approche *goal/constraint*. Son approche est pluraliste. En effet, son pluralisme des valeurs, très proche de celui d'Isaiah Berlin, lui permet de résoudre la tension entre la justification utilitariste de la peine et certains principes de justice concernant la responsabilité pénale (par exemple, ne pas punir ceux qui n'auraient pas pu agir autrement) et la détermination de la peine (par exemple, ne pas infliger des peines disproportionnées). Par ailleurs, son pluralisme des formes de raison morale lui permet d'admettre une pluralité de justifications de la peine qui ne sont pas du même type (la justification utilitariste, celle fondée sur le droit spécial à l'obéissance des désobéissants, celle fondée sur le droit général à un niveau raisonnable de sécurité) et d'expliquer comment la commission d'une infraction peut en elle-même justifier l'infliction d'une sanction. Tout au long de cette thèse, nous analysons les rapports complexes entre Hart et la tradition utilitariste (en particulier Bentham et Mill). Même si Hart a indéniablement une dette envers l'utilitarisme, il ne cesse de critiquer son monisme et la tentative de fonder l'ensemble de nos convictions morales bien pesées sur le principe d'utilité. En outre, nous essayons de montrer que la philosophie du langage ordinaire a eu une influence non négligeable sur sa philosophie pénale, même si cette influence est moins visible que dans sa théorie générale du droit. Enfin, nous accordons une attention particulière au débat Hart/Wootton dont les enjeux ont été sous-estimés : la question du choix entre un système pénal basé sur des peines et un système préventif basé sur des mesures, selon nous, reste ouverte. Cette thèse ne vise pas uniquement à corriger les mauvaises interprétations de la philosophie pénale de Hart. Elle cherche également à approfondir les idées qu'il a seulement esquissées, à clarifier les principes qu'il a défendus, à mettre en évidence les points faibles de sa pensée et à mettre de l'ordre dans ses réflexions. En ce sens, elle est autant la lecture d'une œuvre qu'un dialogue avec celle-ci.

Mots-clés

Peine – Droit pénal – Système pénal – Responsabilité pénale – Utilitarisme – Rétributivisme – Expressivisme – Pluralisme moral – Philosophie du langage ordinaire – Philosophie morale – H.L.A. Hart – B. Wootton – J. Bentham

Summary

This dissertation focuses on Herbert Hart's penal philosophy, i.e. his thoughts on the definition of punishment, justification of punishment, criminal responsibility, and sentencing. We argue that Hart defends neither a mixed theory of punishment, nor a form of rule-utilitarianism, nor a form of liberal-utilitarianism, nor a goal/constraint approach. His approach is pluralist. Indeed, his value pluralism, very close to that of Isaiah Berlin, allows him to resolve the tension between the utilitarian justification of punishment and certain principles of justice concerning criminal responsibility (e.g. not punishing those who could not have acted otherwise) and sentencing (e.g. not inflicting disproportionate punishments). In addition, his pluralism about forms of moral reason enables him to admit a plurality of justifications of punishment that are not of the same type (the utilitarian justification, that based on the special right to the obedience of disobedient persons, that based on the general right to a reasonable level of security) and to explain how the commission of an offence may in itself justify the imposition of a sanction. Throughout this dissertation, we analyse the complex relationship between Hart and the utilitarian tradition (particularly Bentham and Mill). Although Hart undeniably owes a debt to utilitarianism, he is a constant critic of its monism and the attempt to base all of our considered moral convictions on the principle of utility. Moreover, we try to show that ordinary language philosophy has had a significant influence on his penal philosophy, even if this influence is less visible than in his jurisprudence. Finally, we pay particular attention to the Hart/Wootton debate, the stakes of which have been underestimated: the question of the choice between a penal system based on punishment and a preventive system based on measures, in our view, remains open. This dissertation is not only intended to correct the misinterpretations of Hart's penal philosophy. It also seeks to deepen the ideas he only sketched out, to clarify the principles he defended, to highlight the weaknesses in his thinking, to put his thoughts in order. In this sense, it is as much the reading of a work as a dialogue with it.

Keywords

Punishment – Criminal law – Penal system – Criminal responsibility – Utilitarianism – Retributivism – Expressivism – Moral pluralism – Ordinary language philosophy – Moral philosophy – H.L.A. Hart – B. Wootton – J. Bentham

Table des matières

Introduction.....	1
I. Quatre interprétations problématiques.....	6
1. Une théorie mixte de la peine ?.....	6
2. Un utilitarisme de la règle ?.....	13
3. Un utilitarisme libéral ?.....	16
4. Une approche <i>goal/constraint</i> ?.....	18
a) Le scepticisme à l'égard du mérite.....	20
b) L'approche <i>goal/constraint</i> : une simplification.....	23
II. Une philosophie pénale pluraliste.....	25
1. La distinction des problèmes.....	25
2. Le pluralisme des valeurs.....	30
a) Le pluralisme des valeurs de Berlin.....	31
b) Le pluralisme des valeurs de Hart.....	36
c) Le pluralisme des valeurs et la distribution de la peine.....	43
3. Le pluralisme des formes de raison morale.....	49
a) Nagel et la fragmentation de la valeur.....	49
b) Hart et la pluralité des formes de raison morale.....	51
c) Le pluralisme des formes de raison morale et la justification de la peine.....	58
4. Comment résoudre un conflit de valeurs ?.....	61
a) Le retour à Aristote et à la notion de <i>phronesis</i>	61
b) Hart et les vertus judiciaires.....	63
5. L'anti-réductionnisme de Hart.....	66
Chapitre 1 : La définition de la peine.....	71
I. La définition de <i>standard punishment</i> de Hart.....	72
1. Hart et les définitions.....	74
a) Les méthodes de définition.....	74
b) À quoi bon définir ?.....	77
2. L'origine de la définition de Hart.....	78
3. Le subterfuge de Quinton.....	80
4. L'argument logique de Rawls.....	81
II. Révision de la définition de Hart.....	83
1. Une peine doit-elle avoir des conséquences normalement considérées comme désagréables ?.....	84
2. Une peine doit-elle être infligée pour une infraction à des règles juridiques ?.....	86
3. Une peine doit-elle être infligée à un infracteur (ou à un infracteur supposé) pour son infraction ?.....	88
4. Une peine doit-elle être administrée intentionnellement par d'autres êtres humains que l'infracteur ?.....	90
5. Une peine doit-elle être imposée et administrée par l'autorité judiciaire ?.....	92
6. La critique expressiviste.....	93
a) La critique de Feinberg.....	93
b) Réponse de Hart à la critique.....	95
i) Éléments qui semblent aller dans le sens de Feinberg.....	95
ii) L'argument sociologique contre Feinberg.....	98
c) La part de vérité de la thèse de Feinberg.....	102
III. Ce que la peine n'est pas.....	105
1. La peine <i>qua</i> acte et la peine <i>qua</i> pratique.....	105
2. La peine et le système pénal.....	106
3. La peine et le droit pénal.....	107
4. Peine et menace.....	108
5. Peine et taxe.....	110
6. Peine et mesure.....	111

Chapitre 2 : La justification de la peine.....	114
I. Clarification de la question de la justification de la peine.....	115
1. Un problème <i>normatif</i>	116
2. Ce que justifier veut dire.....	118
3. Le procès de la peine.....	120
a) Les maux de la peine selon Bentham.....	121
b) Les inconvénients de la peine selon Husak.....	125
c) L'usurpation des conflits selon Christie.....	127
4. Le fardeau de la justification.....	128
II. La justification benthamienne de la peine.....	130
1. De Bentham à Hart.....	130
2. La peine est-elle un moindre mal ?.....	135
a) Cas dans lesquels la peine cause plus de mal qu'elle n'en prévient.....	135
b) Cas dans lesquels la peine prévient plus de mal qu'elle n'en cause.....	138
c) Objections.....	140
d) Remarque sur les mécanismes de prévention.....	142
3. La peine est-elle un mal nécessaire ?.....	143
a) La thérapie.....	145
b) La réhabilitation.....	149
c) La réparation.....	152
d) La récompense.....	161
4. Objections.....	164
a) La responsabilité de l'État.....	164
b) Un sacrifice injuste ?.....	167
III. Une deuxième justification de la peine ?.....	170
1. La justification rétributiviste.....	170
a) La critique de Hart de la justification rétributiviste.....	170
b) Le rétributivisme biblique.....	177
c) La justification de l'acte de punir tel ou tel individu.....	179
2. La justification expressiviste.....	183
a) L'expressivisme de Durkheim.....	184
b) La justification expressiviste non conséquentialiste.....	189
3. La justification fondée sur les droits.....	193
a) Hart et la réciprocité des restrictions.....	193
b) De Hart à Morris.....	196
c) Le droit à l'obéissance.....	198
d) Le droit à la sécurité.....	203
Chapitre 3.1 : La responsabilité pénale.....	214
I. L'origine de la règle de responsabilité de Hart.....	224
II. La signification de la règle de responsabilité de Hart.....	229
1. L'auteur d'un comportement contraire au droit.....	230
2. Les capacités : la clef des exemptions.....	232
a) Le discernement.....	233
b) Le contrôle sur ses actes.....	234
3. <i>Fair opportunity</i> : la clef des excuses.....	237
a) L'ignorance.....	237
b) La contrainte physique.....	239
c) La contrainte morale.....	240
d) Chance raisonnable et héroïsme.....	242
4. La nécessité : la clef des justifications pénales.....	245
a) Hart et les justifications.....	246
b) La nécessité, mère des justifications pénales.....	247
5. Bilan et remarque sur les troubles mentaux.....	248

III. La justification de la règle de responsabilité de Hart.....	251
1. La critique de la justification utilitariste.....	251
a) La punition de l'innocent.....	251
b) Responsabilité stricte et responsabilité absolue.....	260
c) Punir ceux qui n'auraient pas <i>dû</i> agir autrement ?.....	266
d) L'utilitarisme et les innocents.....	268
2. La justification pluraliste de Hart.....	269
a) Première valeur, la liberté.....	269
b) Deuxième valeur, la justice.....	274
c) Les compromis de Hart.....	277
d) Hart et Strawson.....	281
IV. Le déterminisme et la règle de responsabilité de Hart.....	284
1. Qu'est-ce que le déterminisme ?.....	285
2. Compatibilisme.....	286
3. Incompatibilisme.....	288
Chapitre 3.2 : La détermination de la peine en qualité et en quantité.....	291
I. Les principes de Hart concernant la qualité et le quantum de la peine.....	292
1. Proportionnalité ordinale : les peines maximales doivent être proportionnelles.....	292
2. Humanité : nul ne doit être soumis à des peines inhumaines ou dégradantes.....	301
3. Égalité de traitement : les cas semblables doivent être traités de la même façon....	306
4. Individualisation de la peine : les peines doivent être individualisées sans dépasser le maximum légal.....	308
II. La justification des principes de Hart concernant la qualité et le quantum de la peine.....	311
1. La justification de la proportionnalité ordinale.....	312
a) Pourquoi des peines maximales ?.....	312
b) Pourquoi la proportionnalité ordinale ?.....	315
i) Bentham.....	315
ii) Critique de Bentham.....	318
iii) Les arguments problématiques de Hart.....	322
2. La justification de l'humanité.....	327
3. La justification de l'égalité de traitement.....	330
4. La justification de l'individualisation de la peine.....	333
Chapitre 4 : Le débat Hart/Wootton.....	336
I. Identifier l'infracteur.....	339
II. Prendre en charge l'infracteur.....	342
III. Les arguments de Wootton.....	352
IV. Wootton et Ancel.....	357
V. La critique ambiguë de Hart.....	362
Conclusion.....	369
Annexe : « Prolégomènes aux principes de la peine » (<i>PR</i> , p. 1-27).....	386
Bibliographie.....	410
I. Hart.....	410
1. Textes originaux cités.....	410
2. Traductions françaises citées ou consultées.....	411
II. Autres travaux.....	412
III. Affaires, décisions et arrêts.....	428
IV. Articles de presse.....	428

Remerciements

Je tiens tout d'abord à remercier chaleureusement mon directeur de recherche, Laurent Jaffro. Il a accepté en 2016 de soutenir mon projet de thèse lorsque j'enseignais dans le secondaire en Franche-Comté et, sans sa confiance, ce travail n'aurait jamais vu le jour. Je tiens également à remercier mon co-directeur de recherche, Jean-François Kervégan, qui a immédiatement accepté de codiriger ma thèse lorsque Laurent Jaffro le lui a proposé.

La personne envers laquelle j'ai sans doute la plus grosse dette est mon ami Arthur Huiban, puisque c'est à son initiative qu'en 2015, nous avons pris la décision de lire tout Hart en vue de coécrire une monographie. Finalement, ce projet est tombé à l'eau (plus précisément dans l'océan Atlantique, quelque part entre Belfort et Cayenne), mais il continue de vivre à travers ma thèse qui a énormément bénéficié de nos discussions et lectures communes.

J'adresse mes remerciements les plus sincères à tous mes amis relecteurs : Gregory Bligh, Guillaume Lambey, Juliette Monvoisin et Emma Tholozan pour l'introduction ; Alexis Le Barbier pour le chapitre 1 ; Hélène André et Corto Santantonio pour le chapitre 2 ; Mathieu Frèrejouan et Pedro Lippman pour le chapitre 3.1 ; Antoine Bioulès et Aude Le Scouarnec pour le chapitre 3.2 ; Marie Bastin et Baptiste Cornardeau pour le chapitre 4 ; Charles Bobant pour la conclusion ; Magda Bullivant et Ivory Day pour le manuscrit anglais ; Benoît Basse et Alice Jaffro pour les premières esquisses de la thèse. Tous, vous m'avez été d'une aide très précieuse.

Je pense également à mes deux fidèles compagnons brésiliens de la Bibliothèque Nationale de France, Dario Galvão et Thiago Vargas.

Merci à ma famille pour son soutien, constant depuis toujours.

Ostatnie, ale nie mniej ważne podziękowanie, merci à Ola Byszuk à qui je dois tant.

All government, indeed every human benefit and enjoyment, every virtue, and every prudent act, is founded on compromise and barter. We balance inconveniences ; we give and take ; we remit some rights, that we may enjoy others ; and we choose rather to be happy citizens, than subtle disputants¹.

1 E. Burke, « Speech on Conciliation with the Colonies », in E.J. Payne (éd.), *Select Works of Edmund Burke*, Volume 1, Indianapolis : Liberty Fund, 1999, p. 278.

Introduction

Plan de l'introduction

I. Quatre interprétations problématiques.....	6
1. Une théorie mixte de la peine ?.....	6
2. Un utilitarisme de la règle ?.....	13
3. Un utilitarisme libéral ?.....	16
4. Une approche <i>goal/constraint</i> ?.....	18
a) Le scepticisme à l'égard du mérite.....	20
b) L'approche <i>goal/constraint</i> : une simplification.....	23
II. Une philosophie pénale pluraliste.....	25
1. La distinction des problèmes.....	25
2. Le pluralisme des valeurs.....	30
a) Le pluralisme des valeurs de Berlin.....	31
b) Le pluralisme des valeurs de Hart.....	36
c) Le pluralisme des valeurs et la distribution de la peine.....	43
3. Le pluralisme des formes de raison morale.....	49
a) Nagel et la fragmentation de la valeur.....	49
b) Hart et la pluralité des formes de raison morale.....	51
c) Le pluralisme des formes de raison morale et la justification de la peine.....	58
4. Comment résoudre un conflit de valeurs ?.....	61
a) Le retour à Aristote et à la notion de <i>phronesis</i>	61
b) Hart et les vertus judiciaires.....	63
5. L'anti-réductionnisme de Hart.....	66

Cette thèse porte sur la philosophie pénale de H.L.A. Hart. On peut donc commencer par répondre à deux questions simples : Qui est Hart ? Qu'est-ce que la philosophie pénale ?

Herbert Hart est né en 1907 à Harrogate, une station thermale située au nord de Leeds, en Angleterre. Il était le troisième enfant d'un couple de couturiers juifs, Rose et Simeon Hart. Après avoir fréquenté un établissement d'élite, la *Bradford Grammar School*, il étudia les humanités (en particulier le grec ancien, le latin, l'histoire antique et la philosophie) de 1926 à 1929 au *New College* d'Oxford, où il rencontra entre autres son ami le plus proche, Isaiah Berlin¹. En janvier 1932, il fut admis au barreau² et exerça au *Chancery Bar* à Londres avec beaucoup de talent jusqu'en 1940, date à laquelle il fut recruté par la division du contre-espionnage du MI5 pour lutter contre l'ennemi nazi. Il fit alors la connaissance de ses futurs collègues Gilbert Ryle et Stuart Hampshire qui travaillaient, eux aussi, pour les services de

1 « He was my oldest and closest friend. » (H.L.A. Hart, D. Sugarman, « Hart Interviewed : H.L.A. Hart in Conversation with David Sugarman », *Journal of Law and Society*, vol. 32, n° 2, 2005, p. 275.)
 2 Comme l'explique Hart dans une interview, il était très courant dans les années 1930 en Angleterre d'étudier à l'Université une autre matière que le droit même si on se destinait à une carrière juridique. Certains grands juges anglais n'avaient même pas de diplôme de droit. Cf. H.L.A. Hart, Juan Ramón de Páramo, « Answers to Eight Questions (1988) », in L.D. d'Almeida, J. Edwards, A. Dolcetti (éd.), *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law*, Oxford : Hart Publishing, 2013.

renseignement. En septembre 1945, peu enthousiaste à l'idée de reprendre sa carrière (intellectuellement peu épanouissante) d'avocat, il revint à Oxford pour y enseigner la philosophie et dut se familiariser avec l'approche dominante, la philosophie analytique ou, plus spécifiquement, la philosophie du langage ordinaire, qui l'influença fortement et durablement³. Hart se trouvait au cœur de l'effervescence intellectuelle caractérisant les années d'après-guerre à Oxford. En 1952, grâce à sa double compétence de juriste et de philosophe, il fut nommé professeur de la chaire de *Jurisprudence* (ce qu'on pourrait éventuellement traduire par « théorie générale du droit »⁴) de la faculté de droit d'Oxford. C'est durant cette période qu'il publia ses textes les plus marquants, notamment le fameux *Concept de droit*, paru en 1961. En 1968, il créa la surprise en abandonnant sa chaire (reprise par un de ses anciens étudiants, Ronald Dworkin) et accepta un poste de chercheur à *University College* qui lui permit d'étudier et d'éditer les œuvres de Bentham (pour la plupart manuscrites⁵). De 1973 à 1978, il fut directeur du *Brasenose College* d'Oxford. En 1978, il revint à *University College* et y resta jusqu'à la fin de sa vie. Il décéda le 19 décembre 1992, à l'âge de 85 ans.

Hart n'était pas vraiment un pénaliste, c'est-à-dire un spécialiste du droit pénal⁶. Lorsqu'il exerçait au *Chancery Bar*, il s'occupait plutôt de la rédaction d'actes de propriété ou de cession, des testaments, des substitutions (*family settlements*), des droits de succession, etc.⁷ Néanmoins, le droit pénal était au cœur de son enseignement quasiment dès son retour à Oxford après la Guerre. En effet, en 1948, il animait avec J.L. Austin (qu'il considérait comme sa plus grosse influence⁸) un séminaire intitulé « La responsabilité juridique et morale » dans lequel les deux philosophes analysaient, entre autres, les conditions psychologiques de la responsabilité pénale ainsi que les principales excuses reconnues par le

3 Sur ce point, en complément de la biographie de N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart : The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford : Oxford University Press, 2004, on peut consulter la thèse de G. Bligh, *Les bases philosophiques du positivisme juridique de H.L.A. Hart*, Paris : Institut Universitaire Varenne, 2017. Hart a lui-même fait un bilan des forces et des faiblesses de la philosophie du langage ordinaire dans l'introduction de *EJP*, p. 1-6.

4 Sur ce choix de traduction, voir la note de M. van de Kerchove in *CL*, trad. fr., p. 11. À partir du début du XVII^e siècle, le terme « jurisprudence » cesse en français de désigner la « science du droit et des lois » pour désigner l'ensemble des décisions des juridictions (ce qu'on appelle en anglais *case law*).

5 On notera que le projet d'édition des œuvres de Bentham est toujours en cours. Voir le *Bentham Project*, URL : <https://www.ucl.ac.uk/bentham-project/>.

6 « criminal law had never formed part of his legal practice [...] » (N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart : The Nightmare and the Noble Dream*, op. cit., p. 219.)

7 N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart : The Nightmare and the Noble Dream*, op. cit., p. 47.

8 H.L.A. Hart, D. Sugarman, « Hart Interviewed : H.L.A. Hart in Conversation with David Sugarman », art. cit., p. 273-274.

droit pénal⁹. Lorsque Hart accéda à la chaire de *Jurisprudence* en 1952 et intégra la faculté de droit d'Oxford, il se lia d'amitié avec le pénaliste A.R.N. Cross et, plus tard, avec le criminologue Nigel Walker. Ensemble, ils organisèrent de nombreux séminaires¹⁰. En 1953, Hart donnait un cours sur le rapport de la Commission Royale sur la peine capitale (publié la même année) ; en 1956, il enseignait la théorie analytique du droit criminel¹¹ ; en 1959, il animait un séminaire intitulé « Pourquoi punir ? » qui servit de base à sa célèbre conférence, « Prolegomenon to the Principles of Punishment »¹².

Le droit pénal était non seulement au cœur de son enseignement, mais également au centre de ses recherches (les deux, à l'époque, étaient inséparables¹³). En 1949, Hart publia son premier article de philosophie, « The Ascription of Responsibility and Rights », dont une partie non négligeable portait sur les moyens de défense (*defences*) en droit pénal¹⁴. En 1968, juste avant d'abandonner sa chaire, il publia *Punishment and Responsibility*, un recueil de dix essais de philosophie pénale¹⁵. Comme l'explique Lacey, la biographe de Hart, cet ouvrage fut (et demeure) extrêmement influent :

Punishment and Responsibility est toujours considéré comme une des pierres angulaires à la fois de la philosophie pénale et de la théorie du droit pénal, un domaine en pleine ébullition en Grande-Bretagne, en Australie, en Israël et en Amérique du Nord. L'idée selon laquelle la responsabilité pénale est fondée sur les capacités humaines et sur l'agentivité a inspiré presque toutes les recherches sérieuses publiées en langue anglaise dans le domaine ces 35 dernières années. Avec *Law, Liberty and Morality*, *Punishment and Responsibility* est la partie de l'œuvre de Hart qui a eu l'impact le plus significatif sur l'enseignement du droit et sur la

9 N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart : The Nightmare and the Noble Dream*, op. cit., p. 144.

10 N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart : The Nightmare and the Noble Dream*, op. cit., p. 163-164. Voir également H.L.A. Hart, « Arthur Rupert Neale Cross, 1912-1980 », *Proceedings of the British Academy*, vol. 70, 1984, p. 432-433.

11 N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart : The Nightmare and the Noble Dream*, op. cit., p. 168.

12 N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart : The Nightmare and the Noble Dream*, op. cit., p. 219.

13 « The emergence of *The Concept of Law* from a set of lectures given to students may surprise some readers, but this was very characteristic of the close links between teaching and "research" and the writing of books, which has always been a prominent (and in my opinion a very valuable) feature of academic work at Oxford. » (H.L.A. Hart, Juan Ramón de Páramo, « Answers to Eight Questions (1988) », art. cit.)

14 H.L.A. Hart, « The Ascription of Responsibility and Rights », *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 49, 1949, p. 179-181.

15 *PR* contient huit essais et une postface qui contient elle-même deux essais : un sur la notion de responsabilité (en partie réimprimé), un sur le rétributivisme (inédit). Hart était très insatisfait de ce recueil et le jugeait fort sévèrement : « I am at the end of three weeks' terrible work correcting proofs of ten terrible essays which I published over the last ten mis-spent years, on Punishment and Responsibility. I wish to God I had never disturbed these sleeping dogs. They are terrible, repetitive and confused. » (Cité in N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart : The Nightmare and the Noble Dream*, op. cit., p. 282.)

recherche au-delà de la théorie générale du droit. Ces deux ouvrages continuent de figurer parmi les textes clés dans les cours de droit pénal de nombreux pays¹⁶.

On signalera qu'une des dernières publications de Hart (« The House of Lords on Attempting the Impossible », 1981) portait sur la « tentative impossible¹⁷ », ce qui prouve la persistance de son intérêt pour les questions de philosophie pénale.

Nous avons parlé de l'enseignement et des recherches de Hart, mais il faut également mentionner le fait que la plupart des sujets de société sur lesquels il prit position publiquement (et grâce auxquels son nom fut connu au-delà du monde académique) étaient, eux aussi, étroitement liés au droit pénal¹⁸. D'une part, il était favorable à l'abolition de la peine de mort¹⁹. D'autre part, il défendait la décriminalisation de l'homosexualité et de l'avortement²⁰.

Passons maintenant à la deuxième question : qu'est-ce que la philosophie pénale ? À la fin du XIX^e siècle, le sociologue français G. Tarde employait l'expression « philosophie pénale » un peu comme les physiciens du XVIII^e siècle employaient l'expression « philosophie naturelle » : la philosophie pénale était, pour lui, l'étude systématique et empirique du phénomène criminel et de sa répression²¹. De nos jours, le terme a une acception plus restreinte : la philosophie pénale est tout simplement une branche de la philosophie dont l'objet d'étude est la peine, le droit pénal, le système pénal, la responsabilité pénale, les moyens de défense en droit pénal, la prison, etc., et dont les prétentions empiriques sont relativement limitées²². Il serait inexact de dire qu'il s'agit d'une branche de la philosophie du

16 N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart : The Nightmare and the Noble Dream*, op. cit., p. 281. Même jugement de Gardner : « Forty years on, *Punishment and Responsibility* has lost none of its vitality and power. The book remains essential reading for students of jurisprudence, politics, ethics, criminology, and criminal law. It is constantly cited by scholars in these same fields. [...] There is a vast amount of subsequent work in the field – by philosophers, lawyers, and policymakers – and, directly or indirectly, it has all either developed or reacted to Hart's thinking. » (J. Gardner, préface à la seconde édition, *PR*, p. ix.)

17 On parle en droit pénal de tentative impossible quand, par exemple, un pickpocket tente de dérober le portefeuille d'un touriste alors que la poche de celui-ci est vide.

18 « And he was addressing a broader audience through his lecturing and broadcasting on criminal law reform and the abolition of capital punishment. » (N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart : The Nightmare and the Noble Dream*, op. cit., p. 273.)

19 Nous avons écrit un article sur ce sujet : N. Nayfeld, « H.L.A. Hart et J. Glover : un point de vue utilitariste contre la peine de mort », *Canadian Journal of Bioethics/Revue canadienne de bioéthique*, vol. 2, n° 1, p. 47-56.

20 « I have been a lifelong socialist and supporter of the right wing of the British Labour party, and of the partial decriminalisation of homosexual relationships and of abortion which occurred when that party was in power. » (H.L.A. Hart, Juan Ramón de Páramo, « Answers to Eight Questions (1988) », in op. cit.)

21 Voir G. Tarde, *La philosophie pénale*, Paris : G. Masson, 1890. Aujourd'hui, on qualifierait plutôt de « criminologie » ce que Tarde nommait « philosophie pénale ».

22 Dans l'introduction de *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Deigh et Dolinko expliquent la

droit, car la philosophie pénale relève autant, si ce n'est plus, de l'éthique que de la philosophie du droit.

Si nous préférons parler de la philosophie pénale de Hart plutôt que de sa « théorie de la peine », c'est parce que Hart lui-même n'appréciait pas l'expression « théorie de la peine », qu'il jugeait impropre²³. En effet, la « théorie utilitariste » ou la « théorie rétributiviste » de la peine ne sont pas vraiment des théories scientifiques comme la théorie cinétique des gaz. Elles ne peuvent pas être testées empiriquement, elles ne nous renseignent pas sur le réel, elles ne sont pas des affirmations sur ce qui est le cas ou n'est pas le cas²⁴. Il s'agit plutôt d'« *allégations* morales (*moral claims*) quant à ce qui justifie la pratique de la peine – d'allégations quant aux raisons pour lesquelles, moralement, elle *devrait* ou *peut* être utilisée²⁵ » ou encore d'« attitudes générales à grande échelle sur la moralité de la peine²⁶ ». Il arrive bien sûr à Hart d'utiliser, pour des raisons de commodité, l'expression « théorie de la peine », mais il la met en général entre guillemets pour signaler qu'il ne s'agit que d'une façon de parler²⁷.

Par ailleurs, lorsqu'on dit « la théorie de la peine de Hart », on suggère que Hart aurait sa théorie de la peine de la même façon que Rawls a sa théorie de la justice, c'est-à-dire une construction intellectuelle achevée formant un système cohérent. Or, c'est loin d'être le cas. Hart nous a légué des éléments de réflexion sur la peine qui sont dispersés dans divers articles ou ouvrages, ne sont pas nécessairement liés les uns aux autres et présentent parfois des

philosophie pénale (ou philosophie du droit pénal) aborde traditionnellement trois questions : Qu'est-ce qui justifie l'infliction d'un préjudice, à titre de punition, aux criminels ? Sur quelle base les criminels sont-ils dûment tenus pour responsables de leurs actes illégaux ? Quelles sont les limites appropriées du droit pénal ? Mais ils ajoutent qu'elle traite d'autres questions : les poursuites pour omissions, la répression de la tentative, la responsabilité des complices, la place de la clémence dans le système pénal, etc. Cf. J. Deigh, D. Dolinko, « Introduction », in J. Deigh, D. Dolinko (éd.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford : Oxford University Press, 2011, p. vi.

23 Ici, Hart est influencé par Flew, comme sur d'autres points. En effet, Flew critique l'usage de l'expression « théorie de la peine » pour les raisons suivantes : « it conceals the essentially relational character of justification, which makes it an entirely different sort of thing from theorizing in the positive sciences : [...] it misrepresents questions of value as questions of fact or philosophy : [...] it conceals the dynamic character of fruitful ethical discussion about justification. » (A. Flew, « The Justification of Punishment », *Philosophy*, vol. 29, n° 111, 1954, p. 297.) Voir également M.D. Bayles, *Hart's Legal Philosophy : An Examination*, Dordrecht : Springer, 1992, p. 253.

24 Dans le même sens : « the theory of punishment as traditionally conceived is largely made up of recommendations or prescriptions ; of rhetorical statements rather than propositions which could be evaluated on the basis of fact. » (F.E. Zimring, G.J. Hawkins, « Deterrence : The Legal Threat in Crime Control », in J.G. Weis, R.D. Crutchfield (éd.), *Criminal Justice : Readings*, Pine Forge Press, 1996, p. 49.)

25 *PR*, p. 72. Pour rappel, alléguer signifie (entre autres) mettre en avant pour se justifier.

26 *PR*, p. 113.

27 Point bien relevé par J. Finnis, « Hart's Philosophy of Punishment », in J. Finnis, *Human Rights and Common Good : Collected Essays : Volume III*, Oxford : Oxford University Press, 2011, p. 159.

incohérences que nous devons mettre en évidence et essayer de résoudre²⁸.

La philosophie pénale de Hart comprend des éléments à la fois *analytiques* (concernant, par exemple, la signification de la notion d'acte involontaire) et *normatifs* (concernant, par exemple, l'illégitimité de la peine de mort). Toutefois, les éléments normatifs dominent²⁹ et ce sont eux qui font l'objet d'intenses débats depuis plus d'un demi-siècle. C'est la raison pour laquelle notre thèse porte avant tout sur la philosophie pénale *normative* de Hart.

Maintenant que nous avons expliqué qui était Hart et ce qu'était la philosophie pénale, on pourrait nous demander : pourquoi travailler sur la philosophie pénale de Hart, elle qui est déjà si connue et commentée ? À quoi bon ? N'est-ce pas plus urgent de travailler, par exemple, sur la surpopulation carcérale ou sur la répression des violences sexistes ? Notre réponse est que même si les essais de Hart sur la peine et la responsabilité ont effectivement fait couler énormément d'encre, sa philosophie pénale reste mal comprise. Voyons pourquoi.

I. Quatre interprétations problématiques

Dans la littérature secondaire, on trouve principalement quatre interprétations de la philosophie pénale de Hart. D'après la première interprétation, Hart défendrait une théorie mixte de la peine, une voie moyenne entre utilitarisme et rétributivisme. D'après les deuxième et troisième interprétations, Hart développerait une forme particulière d'utilitarisme : ou bien un utilitarisme de la règle, ou bien un utilitarisme libéral. Enfin, d'après la quatrième interprétation, Hart revendiquerait une approche *goal/constraint*³⁰. D'après nous, aucune de ces interprétations n'est satisfaisante.

28 « Unfortunately, Hart's discussions occur in various articles and not in one coherent treatise [...]. » (M.D. Bayles, *Hart's Legal Philosophy : An Examination*, op. cit., p. 229.)

29 Comme l'écrit Hart dans la postface de *Punishment and Responsibility* : « some of the preceding essays are concerned in part with such problems of analysis. But most of them are also concerned with problems of justification : with the credentials of principles or "theories of punishment" which require liability to punishment to be restricted by reference to such psychological conditions, and with the claims of newer theories that would eliminate these restrictions either completely or in part. » (*PR*, p. 210.) On remarquera les guillemets autour de « théories de la peine ».

30 J'emprunte l'expression *goal/constraint approach* à D.E. Scheid, « Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 10, n° 2, 1997, p. 444.

1. Une théorie mixte de la peine ?

D'après l'opinion reçue, Hart défendrait une théorie mixte de la peine, un entre-deux du rétributivisme et de l'utilitarisme. Commençons par clarifier l'opposition rétributivisme/utilitarisme. Elle est presque aussi vieille que la philosophie elle-même, puisqu'on en trouve déjà une esquisse (sous d'autres termes évidemment) dans le *Protagoras* de Platon³¹. Protagoras, l'interlocuteur de Socrate, distingue deux catégories de personnes : d'une part, celles qui sont *irrationnelles*, qui punissent uniquement au motif qu'une faute a été commise, qui s'abandonnent comme des bêtes sauvages à la vengeance ; d'autre part, celles qui sont *rationnelles*, qui savent que ce qui est fait est fait, qui punissent en vue de l'avenir, c'est-à-dire pour dissuader³². Quelques siècles plus tard, Sénèque synthétisa cette opposition à l'aide d'une formule mnémotechnique : *nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*, c'est-à-dire aucun homme raisonnable ne punit parce qu'une faute a été commise, mais pour qu'elle ne soit plus commise³³. Ainsi, on peut provisoirement³⁴ proposer la définition suivante : le rétributiviste est celui qui regarde vers le passé et punit *quia peccatum*, l'utilitariste est celui qui regarde vers l'avenir et punit *ne peccetur*. Mais pourquoi parler de rétributivisme et d'utilitarisme ?

On parle de rétributivisme (principalement en langue anglaise³⁵) en référence au mot « rétribution » qui vient du latin *retributio*, c'est-à-dire « payer en retour » (*re + tribuo*)³⁶. En effet, on entend souvent dire que les criminels ont une *dette*, qu'ils doivent *payer* pour leur crime et qu'ils ne seront *quittes* que lorsqu'ils auront purgé leur peine. Cet usage linguistique repose probablement, comme l'explique Nietzsche, sur la conviction que « tout dommage possède d'une manière ou d'une autre son *équivalent* et peut réellement être acquitté, ne serait-ce qu'au moyen d'une *douleur* infligée à celui qui l'a provoqué³⁷ ».

31 Hart fait référence à ce texte deux fois dans *PR*, p. 51-52, p. 163-164.

32 Platon, *Protagoras*, trad. F. Ildefonse, in *Œuvres Complètes*, Paris : Flammarion, 2011, 324a-b, p. 1449.

33 Sénèque, *De la colère*, trad. A. Bougery, Paris : Les Belles Lettres, 1971, I, 16, p. 24.

34 Nous donnerons une définition plus raffinée du rétributivisme et de l'utilitarisme dans le chapitre 2, consacré à la justification de la peine.

35 En français, le mot « rétribution » s'entend positivement et désigne le plus souvent la récompense en argent donnée pour un travail ou un service.

36 « Most dictionaries give the first meaning of "retribution" as *repayment*. The etymology of the term is clear : *re+tribuo*, Latin, *to pay back*. I am inclined to suggest that this notion encapsulates the basic or fundamental sense of "retribution". » (J. Cottingham, « Varieties of Retribution », *The Philosophical Quarterly*, vol. 29, n° 116, 1979, p. 238.) Sur ce point, voir également J. Feinberg, *Harmless Wrongdoing*, Oxford : Oxford University Press, 1990, p. 159.

37 F. Nietzsche, *La Généalogie de la morale*, trad. P. Wotling, Paris : Librairie Générale Française, 2000, p. 130. On notera que les sociétés sans État se caractérisent par un système double de règlement des litiges, basé sur

On parle d'utilitarisme pour deux raisons. Premièrement, parce que c'est au sein de la tradition utilitariste, notamment chez Beccaria³⁸ et Bentham, qu'a été systématisée l'idée selon laquelle la peine doit être un instrument de prévention des délits. Deuxièmement, parce que le terme « utilitarisme » est souvent utilisé (à tort³⁹) comme un synonyme de « conséquentialisme » (et l'idée selon laquelle la peine est justifiée par ses conséquences sociales bénéfiques est conséquentialiste).

Même si, sur le fond, les rétributivistes et les utilitaristes sont d'accord, puisque chaque camp admet que la pratique de la peine est justifiée et s'oppose à son abolition (bien que ce soit pour des raisons très différentes), ils s'adressent inlassablement les mêmes objections. Les rétributivistes reprochent principalement trois choses aux utilitaristes : 1° de légitimer la punition de l'innocent ou la non-punition du coupable ; 2° de légitimer l'infliction de peines disproportionnées (c'est-à-dire trop sévères ou trop peu sévères) ou cruelles ; 3° d'écraser la dignité des condamnés en les traitant comme de simples moyens en vue d'une fin (autrement dit, de violer l'Impératif Catégorique kantien).

Les utilitaristes, quant à eux, considèrent que le rétributivisme fait face à un dilemme : ou bien il s'agit, comme l'affirmait Protagoras, d'une doctrine irrationnelle, barbare, inspirée par l'esprit de vengeance ; ou bien il s'agit d'une forme cachée d'utilitarisme.

L'expression « théorie mixte de la peine » existe depuis fort longtemps, puisqu'elle figure dès 1869 (soit presque un siècle avant la publication de *Punishment and Responsibility*) dans les *Principes généraux du droit pénal belge* du juriste belge Haus⁴⁰. Ce dernier distingue trois types de théorie. Premièrement, les théories absolues qui « ont pour fondement unique le

la compensation et la vengeance, et que la vengeance a lieu lorsque la compensation n'a pas été apportée (cf. J. Diamond, *Le monde jusqu'à hier : ce que nous apprennent les sociétés traditionnelles*, trad. J.-F. Sené, Paris : Gallimard, 2014, p. 127-188).

38 Bien que la doctrine utilitariste, à strictement parler, naisse avec Bentham, il est courant d'inclure Beccaria dans la liste des précurseurs de l'utilitarisme. Cf. P. Audegean, *La philosophie de Beccaria : Savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Paris : Vrin, 2010, p. 126. Toutefois, il est important de signaler que le pré-utilitarisme de Beccaria est tempéré par un contractualisme que Bentham rejette catégoriquement.

39 L'utilitarisme est une forme de conséquentialisme, mais tous les conséquentialistes ne sont pas utilitaristes. Sur ce point, voir P. Pettit, J. Braithwaite, *Not Just Deserts : A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford : Oxford University Press, 1990. Les deux auteurs défendent une forme de conséquentialisme où la valeur ultime n'est pas l'utilité générale, mais la liberté comme non-domination.

40 M. van de Kerchove fait également référence à ce texte dans *Sens et non-sens de la peine : entre mythe et mystification*, Bruxelles : Facultés Universitaires Saint-Louis, 2009, p. 299.

principe d'expiation⁴¹ ». Deuxièmement, les théories relatives qui « ne reconnaissent d'autre règle que l'intérêt général⁴² ». Troisièmement, les théories mixtes qui « combinent la théorie de l'utilité avec celle de la justice distributive⁴³ » et qui peuvent prendre la forme suivante :

La société a le droit de punir, parce que ce droit est une condition de son existence ; [...] sa légitimité est tout entière dans l'intérêt social ; elle n'a pas besoin d'autre titre. Mais le principe de l'utilité conduit forcément à l'exagération des pénalités [...]. Le pouvoir social doit donc suivre les principes de la justice absolue dans le choix et la mesure des peines qu'il propose d'appliquer⁴⁴.

Hart défend-il une théorie de ce type ? À première vue, cette hypothèse semble solide. En effet, dans « Prolegomenon to the Principles of Punishment », Hart distingue quatre choses : d'une part, la question du but général justifiant (*General Justifying Aim*) et la question de la distribution (*Distribution*) ; d'autre part, la rétribution au niveau du but général (*Retribution* – lettre majuscule – *in General Aim*) et la rétribution au niveau de la distribution (*retribution* – lettre minuscule – *in Distribution*). La rétribution au niveau du but général est l'idée selon laquelle l'infliction d'une peine aux personnes moralement coupables est intrinsèquement bonne⁴⁵. La rétribution au niveau de la distribution est l'idée selon laquelle seuls ceux qui ont volontairement commis une infraction peuvent (au sens de permissivité) être punis⁴⁶. Selon Hart, on peut parfaitement, dans un premier temps, *rejeter* la rétribution au niveau du but général justifiant et, dans un deuxième temps, *combiner* l'utilité au niveau du but général justifiant (l'idée selon laquelle la peine est justifiée par ses conséquences socialement bénéfiques⁴⁷) avec la rétribution au niveau de la distribution. Concrètement, cela signifie que la condamnation intentionnelle d'un innocent ou d'une personne ayant agi involontairement est exclue, même si c'est (par hypothèse) socialement utile. Ainsi, Hart réconcilierait l'utilitarisme et le rétributivisme par une sorte de *division du travail*, le premier se chargeant de la justification de la peine et le second de la distribution de la peine⁴⁸.

41 J.J. Haus, *Principes généraux du droit pénal belge*, Gand : H. Hoste, 1869, p. 18.

42 J.J. Haus, *Principes généraux du droit pénal belge*, *op. cit.*, p. 20.

43 J.J. Haus, *Principes généraux du droit pénal belge*, *op. cit.*, p. 25.

44 J.J. Haus, *Principes généraux du droit pénal belge*, *op. cit.*, p. 25.

45 « the main justification of the practice lies in the fact that when breach of the law involves moral guilt the application to the offender of the pain of punishment is itself a thing of value. » (*PR*, p. 8.)

46 « only those who have broken the law – and voluntarily broken it – may be punished [...]. » (*PR*, p. 9.)

47 « the practice of a system of punishment is justified by its beneficial consequences [...]. » (*PR*, p. 8.)

48 « He proposed a deceptively simple solution which essentially consisted in a division of conceptual labour. » (N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart : The Nightmare and the Noble Dream*, *op. cit.*, p. 220.)

Un autre argument en faveur de cette interprétation est que Hart s'efforce constamment dans son œuvre de dépasser dialectiquement les grandes oppositions doctrinales et d'extraire la part de vérité des théories qu'il critique⁴⁹. C'est très clair dans *Le concept de droit* : Hart dépasse l'opposition entre le juspositivisme et le jusnaturalisme grâce à sa théorie du contenu minimum du droit naturel ; il renvoie dos à dos le scepticisme à l'égard des règles et le formalisme ; il soutient que l'idée d'une union entre règles primaires et règles secondaires est « un moyen terme entre deux positions juridiques extrêmes⁵⁰ », à savoir l'impérativisme et le moralisme. Dans la postface de *Punishment and Responsibility*, il affirme lui-même avoir cherché une voie moyenne (*middle way*) entre l'hygiène sociale entièrement tournée vers l'avenir et les théories faisant de la rétribution un but général justifiant⁵¹.

Toutefois, cette première interprétation doit être rejetée. Nous donnerons deux arguments à première vue polémiques : d'une part, Hart ne fait *aucune* concession au rétributivisme ; d'autre part, l'opposition rétributivisme/utilitarisme n'est pas sa seule, voire sa principale préoccupation.

Pourquoi affirmons-nous que Hart ne fait aucune concession au rétributivisme ? Considérons tout d'abord la définition de la peine. Hart ne nie pas que toute peine est par définition infligée *pour* quelque chose qu'on nous reproche, que toute peine est par nature rétributive ou, plus exactement, réactive⁵². Mais n'importe qui admet ce point, y compris les utilitaristes⁵³. Il n'est pas nécessaire d'être rétributiviste pour l'admettre. Il ne s'agit pas d'une *thèse philosophique*, mais uniquement d'un *fait sémantique*, d'une propriété du concept de peine. D'ailleurs, il ne s'agit pas d'une propriété exclusive du concept de peine : tout remerciement,

49 G. Bligh, *Les bases philosophiques du positivisme juridique de H.L.A. Hart*, op. cit., p. 419-420.

50 *CL*, trad. fr., p. 231.

51 *PR*, p. 233.

52 Nous revenons dans le chapitre 3.1 sur le concept d'attitude réactive qu'on doit à Strawson.

53 « It is an evil resulting to a person from the direct intention of another, *on account of* some act that has been done or omitted. » (J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, Londres : Robert Heward, 1830, p. 3. Un avertissement à propos de cet ouvrage est nécessaire. En 1811, Dumont publie en français à partir des manuscrits de Bentham la *Théorie des peines*. Toutefois, cet ouvrage n'est pas vraiment une traduction. Dumont, comme à son habitude, complète, modifie, réorganise le propos. Dans l'édition de 1823 de son *Introduction aux principes de morale et de législation*, Bentham affirme qu'il envisage de publier en anglais la *Théorie des peines* à partir des manuscrits originaux et en prenant en compte les amendements de Dumont. Cependant, l'ouvrage ne vit jamais le jour. En 1830, Smith, un des éditeurs de Bentham, publie *The Rationale of Punishment* en s'appuyant sur la *Théorie des peines* de Bentham-Dumont, mais également, comme il l'explique lui-même dans l'avertissement liminaire, sur les manuscrits originaux autant que possible – d'où les nombreux écarts entre la version Dumont et la version Smith. Puisque l'authenticité du texte est problématique, nous l'avons utilisé avec parcimonie et nous nous sommes appuyés de préférence sur l'*Introduction aux principes de morale et de législation*. Pour plus de détails, voir H.A. Bedau, « Bentham's Theory of Punishment : Origin and Content », *Journal of Bentham Studies*, vol. 7, n° 1, p. 1-15.)

par exemple, est adressé *pour* quelque chose dont je suis reconnaissant à Pierre ou Marie.

Considérons maintenant la justification de la peine⁵⁴. Pour Hart, l'idée selon laquelle le coupable doit payer pour son crime vient d'une confusion entre la peine et la compensation ; l'idée selon laquelle la peine est faite pour que les méchants reçoivent la punition qu'ils méritent confond la justice terrestre et la justice divine ; enfin, l'idée selon laquelle la souffrance du coupable est intrinsèquement bonne est un pur non-sens, car la souffrance n'est jamais bonne en elle-même : « La rétribution, ici, semble ne reposer sur rien d'autre que l'affirmation improbable selon laquelle, en morale, du noir et du noir font du blanc : selon laquelle le mal de la souffrance infligée par la punition plus le mal de l'immoralité égalent à un bien moral⁵⁵. »

Considérons ensuite la question de la responsabilité pénale. Hart défend l'idée selon laquelle, dans l'idéal, seuls ceux qui auraient pu agir autrement doivent être punis. Cela fait-il de lui un rétributiviste ? Absolument pas. Hart ne cesse d'affirmer, quitte à rendre son propos un peu répétitif et lassant, qu'on peut défendre cette idée *sans avoir recours à des arguments rétributivistes ou à une conception rétributiviste de la peine* : « Mon but était seulement de montrer que le principe de responsabilité [...] a une valeur et une importance tout à fait indépendante des théories rétributivistes ou dénonciatrices de la peine, qu'on peut très bien abandonner (*which we may very well discard*)⁵⁶. »

Comme le soutient Cottingham⁵⁷, Hart n'aurait pas dû qualifier sa règle de responsabilité de « rétribution au niveau de la distribution » dans « Prolegomenon to the Principles of Punishment » (expression qui, d'ailleurs, n'apparaît nulle part ailleurs). Cela a contribué à la

54 Pour des développements plus approfondis sur la critique de Hart de la justification rétributiviste de la peine, voir le chapitre 2.

55 *LLM*, p. 60.

56 *PR*, p. 185. Voir également ici : « the restriction of punishment to those who have committed crimes voluntarily (i.e., not under the usual excusing conditions of mistake, accident, insanity, or the like) can be explained perfectly well without resort to retributive "theories" of punishment. » (*PR*, p. 78-79, note 43.) Ou ici : « I think there will be a place for the principle of responsibility even when retributive and denunciatory ideas of punishment are dead. » (*PR*, p. 183.) Ou ici : « A central theme of these essays is that it is not only within the framework of a retributive theory of punishment that insistence on the importance of these restrictions makes sense. » (*PR*, p. 210.) Ou ici : « Although Blackstone's explanation in terms of the absence of "a vicious will" may imply a belief in the retributive theory of punishment, it is a mistake to think that a system of excuses only makes sense within such a theory. » (H.L.A. Hart, « Bentham's Principle of Utility and Theory of Penal Law », in J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford : Oxford University Press, 2005, p. cvii.)

57 J. Cottingham, « Varieties of Retribution », *art. cit.*, p. 240-241.

prolifération de théories soi-disant rétributivistes qui n'ont aucun rapport, même lointain, avec la notion de « rétribution »⁵⁸. À la rigueur, si Hart avait défini la rétribution au niveau de la distribution comme le principe selon lequel *seuls* les infracteurs et *tous* les infracteurs *doivent* être punis (la culpabilité « rend la punition de l'infracteur non seulement permise, mais également obligatoire⁵⁹ »), l'emploi du terme « rétribution » aurait peut-être été justifié. Or, il définit la rétribution au niveau de la distribution comme le principe selon lequel *seuls* les infracteurs *peuvent* (*may*) être punis⁶⁰. Il s'agit d'un principe purement *négatif*, restreignant la peine aux infracteurs. C'est la raison pour laquelle Gardner soutient qu'il n'y a « rien d'un tant soit peu rétributiviste (*nothing even slightly retributive*) dans la règle distributive de Hart⁶¹ ».

Considérons, pour terminer, la question de la détermination de la peine en qualité et en quantité. Pour Hart, les peines doivent être proportionnelles, autrement dit, les infractions mineures ne doivent pas être punies aussi sévèrement que les infractions graves. À nouveau, il ne s'agit pas d'une concession au rétributivisme. D'une part, Bentham défend un principe de proportionnalité similaire (que nous examinerons de façon détaillée dans le chapitre 3.2). D'autre part, Hart rejette explicitement l'interprétation rétributiviste du principe de proportionnalité selon laquelle la sévérité de la peine doit, d'une manière ou d'une autre, correspondre ou être équivalente à la « malveillance » (*wickedness*) de l'infracteur ou de son infraction⁶². Il défend uniquement la proportionnalité ordinale⁶³ (avec de nombreuses réserves).

Passons maintenant au deuxième argument. Selon nous, l'opposition rétributivisme/utilitarisme n'est pas la principale préoccupation de Hart. Cette opposition lui

58 Même constat chez Thorburn : « Much darkness has been spread by Hart's use of the term "retributivism" to cover both genuine retributivism and his new limiting principle which some have dubbed "negative retributivism". » (M. Thorburn, « The Radical Orthodoxy of Hart's *Punishment and Responsibility* », in M.D. Dubber (éd.), *Foundational Texts In Modern Criminal Law*, Oxford : Oxford University Press, 2014, p. 286-287.)

59 *PR*, p. 232.

60 *PR*, p. 9.

61 J. Gardner, « Introduction », in *PR*, p. xxv. Dans le même sens : « Hart's defence of this side constraint is not in any sense retributive. » (M. Matravers, A. Cocoru, « Revisiting the Hart/Wootton Debate on Responsibility », in C. Pulman (éd.), *Hart on Responsibility*, Basingstoke : Palgrave Macmillan, p. 138.)

62 *PR*, p. 231.

63 La proportionnalité ordinale, qui insiste sur la progressivité des peines en fonction de la gravité de l'infraction, se distingue de la proportionnalité cardinale, qui insiste sur la correspondance de la peine à la gravité de l'infraction. Nous revenons sur cette distinction dans le chapitre 3.2.

paraît stérile, comme la plupart des grandes dichotomies philosophiques⁶⁴. Sa principale préoccupation est plutôt le « système préventif » défendu par Barbara Wootton et, indirectement, ce qu'on appelle sur le Continent la « défense sociale ». Durant la deuxième moitié du XIX^e siècle, les positivistes italiens (notamment Ferri et Garofalo) préconisèrent une réforme complète du droit pénal. Ces théoriciens étaient déterministes et rejetaient la notion de responsabilité morale : selon eux, le critère de l'intervention pénale ne devait plus être la culpabilité mais la dangerosité (*temibilità*) ; le juge ne devait plus peser les responsabilités mais établir un pronostic sur le degré du danger représenté par le criminel. Pour protéger la société, il fallait utiliser d'après eux à la fois des « substituts pénaux » en amont (comme la réglementation de la vente d'alcool, la sécurisation des habitations, l'installation de lampadaires dans les rues, etc.) et des « mesures de sûreté » indéterminées en aval (comme l'élimination, le bannissement, l'internement, la réhabilitation, etc.)⁶⁵. Même si l'Angleterre s'est tenue à distance des controverses suscitées par le positivisme italien et ne semble pas avoir été influencée par ce dernier⁶⁶, de nombreuses mesures proposées par Wootton (comme l'élimination de la responsabilité) se trouvent déjà dans la *Sociologie criminelle* de Ferri. Comme nous le montrerons dans le dernier chapitre, Wootton peut être considérée comme la représentante anglaise de la défense sociale.

Les « prolégomènes » de Hart sont – il l'affirme explicitement – des prolégomènes à une problématique bien précise : le scepticisme pénal, l'idée selon laquelle le système pénal est inefficace et doit être remplacé par un « système préventif »⁶⁷. Le scepticisme pénal est non seulement le point de départ et le point d'arrivée de l'article, mais également le fil conducteur de *Punishment and Responsibility*⁶⁸. Il est la cible constante de Hart, sous différents noms : « Erewhon », « Brave New World », « hygiène sociale », « système de traitement obligatoire », etc.

64 « Much confusing shadow-fighting between utilitarians and their opponents may be avoided [...]. » (PR, p. 9.) Ou encore : « some rather unrewarding disputes about the morality of punishment continue to flourish [...]. » (PR, p. 230.) Dans le même sens, voir Lacey : « The history of the philosophy of punishment to this point had been a long and often unedifying exchange between these two schools of thought – an exchange which could hardly be characterized as a debate, in that the opponents were speaking past each other from entirely incompatible premises. » (N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart : The Nightmare and the Noble Dream*, op. cit., p. 220.)

65 R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, 2^e édition, tome 1, Paris : Éditions Cujas, 1973, n° 61-69, p. 101-108.

66 L. Radzinowicz, R. Hood, *A History of English Criminal Law*, vol. 5, *The Emergence of Penal Policy*, Londres : Stevens et Sons, 1986, p. 11-20.

67 PR, p. 27.

68 Point bien relevé à nouveau par J. Finnis, « H.L.A. Hart : A Twentieth-Century Oxford Political Philosopher », *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 54, 2009, p. 180.

2. Un utilitarisme de la règle ?

Passons à la deuxième interprétation. Hart est-il un utilitariste de la règle⁶⁹ ? D'après cette interprétation, les principes de justice défendus par Hart (par exemple, infliger des peines proportionnées, punir uniquement ceux qui ont eu une chance raisonnable d'obéir à la loi, etc.) seraient ce que Mill appelle des *media axiomata*⁷⁰, c'est-à-dire des « principes intermédiaires⁷¹ » permettant de maximiser l'utilité générale. Au lieu de maximiser *directement* l'utilité générale et d'évaluer chaque action individuelle à l'aune du principe d'utilité⁷², il faudrait respecter des règles conçues pour la maximiser⁷³. En effet, l'utilitariste de la règle défend « des règles et des politiques qui peuvent exiger des actes particuliers qui ne maximisent pas l'utilité, mais dont la pratique constante fera néanmoins progresser l'utilité davantage que les tentatives hasardeuses de calculer dans chaque cas particulier lequel de tous les actes possibles assurera la plus grande utilité⁷⁴ ».

Un passage de « Legal Responsibility and Excuses » semble aller dans cette direction. En effet, Hart y énumère les diverses « satisfactions » dues à la doctrine de la *mens rea*⁷⁵, comme si elle était un principe intermédiaire permettant, sur le court et le long terme, de maximiser la satisfaction ou les préférences des sujets de droit⁷⁶ : « la différence entre un système de

69 C'est la lecture proposée par Walker (cf. N. Walker, *Why Punish ? Theories of Punishment Reassessed*, Oxford : Oxford University Press, 1991, p. 91-95). Pour M.S. Moore, la position de Hart a évolué : il est passé d'un *rule-utilitarianism* à un *side-constrained-utilitarianism* (cf. M.S. Moore, « Choice, Character, and Excuse », *Social Philosophy et Policy*, vol. 7, n° 2, 1990, p. 33).

70 Mill emprunte lui-même ce terme à Bacon. Voir *Novum Organum*, trad. M. Malherbe, J.-M. Pousseur, Paris : P.U.F., 1986, §104, p. 161-162.

71 J.S. Mill, *L'utilitarisme & Essai sur Bentham*, trad. C. Audard, P. Thierry, 2^e édition, Paris : P.U.F., 2009, p. 234. Selon J.-F. Kervégan, on trouve déjà cette idée chez B. Constant, dans son débat avec Kant sur le droit de mentir (cf. *La raison des normes : Essai sur Kant*, Paris : Vrin, 2015, p. 15-26).

72 « le principe qui approuve ou désapprouve toute action, quelle qu'elle soit, selon la tendance qu'elle semble avoir à augmenter ou à diminuer le bonheur de la partie dont l'intérêt est en jeu. » (J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, trad. du Centre Bentham, Paris : J. Vrin, 2011, chapitre I, §2, p. 26.)

73 Pour une critique intéressante de la distinction utilitarisme de l'acte/de la règle, voir F. Vergara, *Les fondements philosophiques du libéralisme : Libéralisme et éthique*, Paris : La Découverte, 2002, p. 119-120.

74 *EB*, p. 102.

75 La *mens rea* correspond *grosso modo* à ce qu'on appelle, en droit pénal français, l'élément moral de l'infraction. En droit pénal anglais, l'infraction se décompose en deux éléments : l'*actus reus*, c'est-à-dire l'élément matériel, et la *mens rea*, c'est-à-dire l'élément mental (l'action doit être intentionnelle, volontaire, l'agent ne doit pas être fou, etc.).

76 Il parle de « the real satisfaction that a system of criminal law incorporating excusing conditions provides for individuals in maximizing the effect of their choices within the framework of coercive law » (*PR*, p. 48). Sur l'utilitarisme des préférences, voir P. Singer, *Questions d'éthique pratique*, trad. M. Marcuzzi, Paris : Bayard, 1997.

responsabilité stricte et notre système actuel joue un rôle dans leur bonheur⁷⁷. » Toutefois, comme le note Gardner⁷⁸, ce passage ne doit pas nous induire en erreur. En effet, cette référence aux « satisfactions » n'apparaît que dans cet article : en temps normal, Hart défend la doctrine de la *mens rea* en faisant directement appel aux valeurs qu'elle protège (justice, autonomie, sécurité juridique, etc.).

En vérité, cette interprétation est intenable puisque Hart lui-même rejette explicitement l'utilitarisme de la règle (« les formes modernes élargies d'utilitarisme ne s'en sortent pas mieux que celle de Bentham⁷⁹ »), qu'il associe à l'article de jeunesse de Rawls, « Two Concepts of Rules » (1955). Dans cet article, Rawls nous demande d'imaginer une institution qu'il nomme l'institution *ténale* (*telishment*⁸⁰) pour la distinguer de l'institution *pénale* (*punishment*). Dans cette institution, les autorités (c'est-à-dire les juges, le chef de la police, le ministre de la Justice, etc.) ont *officiellement* le pouvoir de condamner sciemment un innocent à l'issue d'un procès si cela permet de mettre fin à une vague de violence⁸¹. Cette institution est-elle justifiable d'un point de vue utilitariste ? Selon Rawls, c'est très peu vraisemblable, en raison de son opacité, de la terreur qu'elle causerait, de son inévitable impopularité, etc. Tout bien considéré, tout compte fait, si on met en balance les avantages et les inconvénients sur le long terme, l'institution *pénale* est préférable à l'institution *ténale*. Pour Rawls, l'utilitarisme sert uniquement à évaluer les règles constitutives d'une institution ou d'une pratique, et non les actions individuelles relevant de cette institution ou de cette pratique.

Hart n'est pas convaincu par cette stratégie. D'une part, l'utilitarisme (peu importe sa forme) ne peut pas exclure aussi facilement que cela la punition de l'innocent. D'autre part, cette stratégie oublie l'essentiel, à savoir qu'il est profondément *injuste* de condamner une personne innocente⁸². Hart a dépensé beaucoup d'énergie à essayer de montrer que de nombreuses exigences morales (telles que le respect des droits individuels, l'égalité de traitement ou encore le *fair play*) ne dérivent pas du principe d'utilité, bien qu'elles puissent le modérer. Il rejette notamment la thèse de Lyons selon laquelle le principe de liberté (ou de non-nuisance)

⁷⁷ PR, p. 51.

⁷⁸ J. Gardner, « Introduction », in PR, p. xxiv, note 17.

⁷⁹ PR, p. 20.

⁸⁰ *Telishment* est un mélange du grec *telos* (la cause finale) et de l'anglais *punishment* : l'institution ténale est entièrement subordonnée à son but, la protection de la société.

⁸¹ J. Rawls, « Two Concepts of Rules », *The Philosophical Review*, vol. 64, n° 1, 1955, p. 11.

⁸² Nous revenons plus dans le détail sur ce point dans les chapitres 1 et 3.

de Mill⁸³ est un principe intermédiaire permettant de maximiser plus efficacement le bien-être social qu'en appréciant les conséquences de chaque action particulière⁸⁴. Si c'était le cas, Mill aurait dû accepter des exceptions paternalistes : « Ce principe avec son unique exception est par conséquent pour Mill une limite posée à la poursuite du bien-être général au détriment des individus et non une simple manière indirecte de le garantir⁸⁵. »

3. Un utilitarisme libéral ?

Dans sa recension de *The Common Law*, Hart critique la thèse de Holmes selon laquelle il est inutile de tenir compte de l'état d'esprit de l'infracteur ou de sa capacité à obéir si le but du système pénal n'est pas de rendre le mal pour le mal, mais de prévenir la criminalité. En effet :

Il s'agit d'une simplification excessive des questions complexes soulevées par l'institution pénale, qui ignore les allégations des formes libérales d'utilitarisme (*liberal forms of utilitarianism*) soutenant que, bien que ceux qui enfreignent la loi doivent être punis pour protéger la société, un individu ne doit pas être puni s'il n'a pas la capacité d'obéir⁸⁶.

On dirait que Hart décrit ici sa propre position et choisit de la désigner comme une forme libérale d'utilitarisme. Plusieurs commentateurs utilisent également cette étiquette⁸⁷. Mais a-t-elle un sens ?

Tout d'abord, qu'est-ce que l'approche libérale de la peine ? Difficile à dire⁸⁸ : Hart note

83 « la seule raison légitime que puisse avoir une communauté pour user de la force contre un de ses membres est de l'empêcher de nuire aux autres. » (J.S. Mill, *De la liberté*, trad. L. Lenglet, Paris : Gallimard, 1990, p. 74.)

84 Dans le même sens : « Hart critique aussi la tentative de David Lyons d'interpréter la position de Mill comme une forme de *rule utilitarianism* [...] ; dans cette perspective, Lyons pense que "certaines règles confèrent des droits auxquels il n'est jamais permis de porter atteinte au nom du *welfare*". Hart rejette cet argument, au motif qu'un utilitarisme des règles ne peut pas mieux fournir une théorie consistante et robuste des droits que l'utilitarisme de l'acte. » (J.-F. Kervégan, « Hart, le positivisme juridique, l'utilitarisme et la question des droits moraux », *Droit et Philosophie*, vol. 6, 2014, p. 113-114.)

85 *EB*, p. 103.

86 *EJP*, p. 284.

87 À propos de *PR*, Lacey écrit : « Here Herbert mapped out the liberal, restricted utilitarianism which was the hallmark of his criminal law theory. » (N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart : The Nightmare and the Noble Dream*, op. cit., p. 190-191.) Voir également Thorburn : « Hart's central purpose in the book is to defend his rather run-of-the-mill liberal utilitarian view of criminal justice [...]. » (M. Thorburn, « The Radical Orthodoxy of Hart's *Punishment and Responsibility* », art. cit., p. 279.)

88 « it is unclear just what a liberal view of punishment really is [...]. Liberalism in punishment, it is true, has no canonical formulation ; instead, it has been multiply ambiguous during its career [...]. » (H.A. Bedau,

qu'au XIX^e siècle, les critiques progressistes et libéraux du droit cherchaient à protéger la doctrine de la *mens rea*, tandis qu'au XX^e siècle, ils demandent son abolition (il pense en particulier à Wootton qui était plus à gauche que lui)⁸⁹. Selon Roberts, on peut éventuellement définir cette approche comme une forme de *minimalisme pénal*⁹⁰. Mais, dans ce cas, l'expression « utilitarisme libéral » est un pléonasme dans la mesure où l'utilitarisme est lui aussi une forme de minimalisme pénal. En effet, dans l'*Introduction aux principes de morale et de législation* de Bentham, la cinquième règle régissant la proportion entre les punitions et les infractions est : « N'infliger aucun degré de punition sans raison suffisante⁹¹. » Pour Bentham, la peine *minimale*, autrement dit, celle qui est nécessaire et suffisante pour surpasser le « profit » de l'infraction, doit en même temps être la peine *maximale*. Il exige que les peines soient « frugales », c'est-à-dire qu'elles ne produisent aucune douleur superflue ou inutile (la frugalité est la sixième des propriétés qu'il faut attribuer à une « portion » de punition)⁹².

Un autre problème est que l'utilitarisme est une forme de monisme. Le principe d'utilité est, pour les utilitaristes, le principe suprême et ultime de la morale : « Le principe d'utilité ne requiert ni n'admet d'autre régulateur que lui-même⁹³. » Un individu est utilitariste, selon Bentham, « quand l'approbation ou la désapprobation qu'il accorde à une action ou à une décision est proportionnelle à, ou déterminée par, la tendance qu'il lui attribue à augmenter ou à diminuer le bonheur de la communauté⁹⁴ ». Dans ce cas, l'expression « utilitarisme libéral » n'est plus un pléonasme, mais tout simplement une contradiction dans les termes : on ne peut pas être à la fois utilitariste et libéral, car l'utilitarisme exclut par définition qu'on utilise un autre principe que le principe d'utilité ou que ce dernier soit subordonné à un autre principe.

On pourrait définir l'utilitarisme libéral en disant qu'il s'agit d'une approche générale visant à concilier utilité générale, d'une part, et respect des libertés et des droits individuels, d'autre part. *En ce sens*, il n'est pas *faux* de dire que Hart défend une forme libérale d'utilitarisme.

E. Kelly, « Punishment », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2019 Edition), E.N. Zalta (éd.). URL : <https://plato.stanford.edu/entries/punishment/>.

89 PR, p. 188, p. 193.

90 P. Roberts, « Criminal Law Theory and the Limits of Liberalism », in A.P. Simester, A. du Bois-Pedain, U. Neumann (éd.), *Liberal Criminal Theory : Essays for Andreas von Hirsch*, Oxford : Hart Publishing, 2014, p. 339. Voir également la thèse de R. Théry (non publiée), *Libéralisme pénal : Principes, contradictions, et enjeux d'une institution non idéale* (soutenue le 12 décembre 2015 à l'EHESS).

91 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, op. cit., chapitre XIV, §13, p. 207.

92 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, op. cit., chapitre XV, §11, p. 219-220.

93 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, op. cit., chapitre II, §19, p. 49.

94 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, op. cit., chapitre I, §9, p. 27.

Toutefois, c'est *réducteur*, car les exigences auxquelles Hart tente de faire une place ne se limitent pas à l'utilité générale et au respect des libertés et des droits individuels. En outre, c'est *trompeur*, car cela suggère qu'on peut considérer Hart aussi bien comme un utilitariste que comme un libéral. Or, Hart n'est clairement pas utilitariste (bien que l'œuvre de Bentham le passionne et qu'il partage certaines thèses avec les utilitaristes) et son libéralisme est beaucoup plus ambigu qu'on ne le croit : Hart ne souscrit pas totalement au principe de liberté de Mill⁹⁵, il rejette la priorité de la liberté telle que Rawls la définit (la liberté ne peut être limitée qu'au nom de la liberté elle-même)⁹⁶, il réduit en pièces le libertarianisme de Nozick (pour qui « la valeur suprême est la liberté⁹⁷ »), il réfute l'argument de Dworkin selon lequel les libertés fondamentales procèdent de l'égalité⁹⁸, il abhorre la politique de Thatcher⁹⁹. On pourrait nous objecter qu'on confond ici libéralisme politique, libéralisme économique, libéralisme de gauche, libéralisme de droite, néolibéralisme, libertarianisme, etc. Toutefois, Hart *lui-même* considère que tous ces auteurs appartiennent à la grande famille du libéralisme et les traite comme des libéraux. En effet, dans l'introduction des *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, lorsqu'il présente ses trois essais critiques sur Mill, Rawls, Nozick et Dworkin, il écrit qu'il s'agit de « différentes formes d'*individualisme libéral* qui ont débouché sur des théories des libertés ou des droits humains fondamentaux¹⁰⁰ [...] ».

4. Une approche *goal/constraint* ?

Passons à la dernière interprétation. D'après celle-ci, Hart défendrait une approche *goal/constraint*. Certains auteurs parlent également de « rétributivisme négatif »¹⁰¹, mais cette étiquette, selon nous, prête à confusion (pour les raisons déjà énoncées dans la section

95 « But to prevent misunderstanding I wish to enter a *caveat* ; I do not propose to defend all that Mill said ; for I myself think there may be grounds justifying the legal coercion of the individual other than prevention of harm to others. » (*LLM*, p. 5.) Voir le commentaire de Bayles : « Hart *diverges from traditional liberalism* in suggesting that “there may be grounds justifying the legal coercion of the individual other than the prevention of harm to others” [...]. Some of his comments *appear rather illiberal*. » (M.D. Bayles, *Hart's Legal Philosophy : An Examination*, *op. cit.*, p. 218, nos italiques.)

96 *EJP*, p. 223-247.

97 *EJP*, p. 208.

98 *EJP*, p. 208-221.

99 H.L.A. Hart, D. Sugarman, « Hart Interviewed : H.L.A. Hart in Conversation with David Sugarman », *art. cit.*, p. 284.

100 *EJP*, p. 16, nos italiques.

101 « It is less clear whether we should treat John Rawls' and H.L.A. Hart's mixed theories of punishment as versions of negative retributivism, though they are clearly in the vicinity of such an approach. » (R.L. Lippke, « Some Surprising Implications of Negative Retributivism », *Journal of Applied Philosophy*, vol. 31, n° 1, 2014, p. 61, note 1.) On rencontre aussi parfois l'étiquette « rétributivisme limitatif » (*limiting retributivism*).

consacrée aux théories « mixtes » de la peine). L'idée générale de cette approche est la suivante. La fin du système pénal est de protéger la société et de prévenir les infractions, mais cette fin ne justifie pas tous les moyens. Au moins deux contraintes collatérales (*side-constraints*) doivent encadrer strictement la poursuite de cette fin : les innocents ne doivent pas être punis (intentionnellement), les peines ne doivent pas être disproportionnées. Ces principes ne sont pas positifs mais négatifs, ils excluent simplement les peines injustes¹⁰².

Certains auteurs formulent cette idée en disant que le mérite doit réguler l'utilité : les peines ne doivent pas être imméritées, même si les peines imméritées sont (par hypothèse) plus efficaces en termes de dissuasion, de neutralisation, de réhabilitation, etc.¹⁰³

Le principe de « maximisation sous contraintes » a été popularisé en philosophie par Nozick. Dans *Anarchy, State, and Utopia*, il rappelle la célèbre objection adressée à l'utilitarisme : pour sauver le voisinage d'un saccage vengeur, il faut punir un innocent et violer ses droits. Selon Nozick, on peut éviter ce genre de conséquences grâce aux contraintes collatérales :

Une vision *dirigée vers un but* assortie de contraintes serait : parmi les actes que vous pouvez accomplir qui ne violent pas la contrainte *C*, agissez de manière à maximiser le but *G*. Ici, les droits des autres limiteraient votre comportement dirigé vers un but. [...] Cette vision diffère de celle qui tente d'intégrer les contraintes collatérales *C* dans le but *G*¹⁰⁴ [...].

Les contraintes collatérales sont indépendantes du principe d'utilité, elles ne sont pas des « principes intermédiaires » guidant l'utilitariste de la règle. Même si elles font obstacle à la maximisation de l'utilité générale, il faut les respecter¹⁰⁵. Il s'agit de contraintes déontologiques. Toutefois, sont-elles absolues ? Peuvent-elles « être violées pour éviter une horreur morale catastrophique¹⁰⁶ » ? Nozick élude cette question. Lippke explique que, dans certaines versions du « rétributivisme négatif », les contraintes collatérales peuvent exceptionnellement être violées¹⁰⁷.

102 R.L. Lippke, « Some Surprising Implications of Negative Retributivism », *art. cit.*, 2014, p. 49.

103 Cf. D.E. Scheid, « Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments », *art. cit.*, p. 441-506.

104 R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford : Blackwell, 1974, p. 29.

105 Comme le dit Lippke, « they are not merely strategies for obtaining optimal crime reduction » (R.L. Lippke, « Some Surprising Implications of Negative Retributivism », *art. cit.*, 2014, p. 49).

106 R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, *op. cit.*, p. 30, note. Ce point est bien noté par Hart : « The moral landscape which Nozick explicitly presents contains only rights and is empty of everything else except possibly the moral permissibility of avoiding what he terms catastrophe. » (*EJP*, p. 203.)

107 R.L. Lippke, « Some Surprising Implications of Negative Retributivism », *art. cit.*, p. 49.

Hart défend-il cette approche ? Dans un premier temps, nous montrerons que Hart ne régule pas l'utilité par le mérite ; dans un deuxième temps, nous verrons que l'approche *goal/constraint* est trop superficielle.

a) Le scepticisme à l'égard du mérite

Il est bien connu que, dans sa *Théorie de la justice*, Rawls rejette le point de vue selon lequel les biens doivent être répartis en fonction du mérite : « Les principes de la justice qui gouvernent la structure de base et qui précisent les devoirs et les obligations des individus ne mentionnent pas le mérite moral et la répartition ne tend pas du tout à le refléter¹⁰⁸. » Pourquoi ? Parce qu'on ne mérite pas son mérite¹⁰⁹. On dit qu'un individu mérite davantage parce qu'il a mieux travaillé, parce qu'il est moralement admirable, mais mérite-t-il ses talents ou son caractère ? Pas vraiment, ils sont le produit de la loterie naturelle, de l'éducation qu'il a reçue, de son milieu social, etc. Certains diront que ses talents et son caractère sont le produit de ses efforts consciencieux. Cependant, mérite-t-il son sens de l'effort ? Pour Rawls, il ne l'a pas choisi¹¹⁰.

Selon nous, Hart partage le scepticisme de Rawls, se méfie de l'idée de mérite et ne pense pas que les peines puissent être distribuées en fonction du mérite ou, plus exactement, en fonction du *démérite*¹¹¹. Rawls s'est donné pour tâche de penser la *justice sociale* sans le mérite, tandis que Hart s'est donné pour tâche de penser la *justice pénale* sans le mérite¹¹². La notion de mérite est la grande absente de *Punishment and Responsibility* : ses occurrences sont très rares et peu significatives. Comme le note Bedau, elle n'apparaît même pas dans le modèle de théorie rétributiviste proposé par Hart (à la fin de *Punishment and Responsibility*), ce qui est

108 J. Rawls, *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Paris : Éditions Points, 2009, §48, p. 349.

109 Dans le même sens : « the "meritocracy", or, as I would rather say, the "cephalocracy" (since there can be no merit in being born with brains) [...] » (B. Wootton, *Crime and the Criminal Law : Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, 2^e édition, Londres : Steven & Sons, 1981, p. 24.)

110 J. Rawls, *Théorie de la justice*, *op. cit.*, §48, p. 349-350.

111 Dans ce sens : « Hart, then, cannot be invoked in defense of the desert thesis, although his work (like Rawls's) was undoubtedly important in setting the tone of the post-consequentialist era. » (M. Matravers, « Is Twenty-first Century Punishment Post-desert ? », in M. Tonry (éd.), *Retributivism Has a Past : Has It a Future ?*, Oxford : Oxford University Press, 2011, p. 35.)

112 Sur Rawls, le mérite et le parallèle justice sociale/pénale, voir B. Guillaume, *Penser la peine*, Paris : P.U.F., 2003, p. 4-6.

un comble¹¹³. Comment l'expliquer ?

Considérons la question de la responsabilité pénale. Si le mérite est une contrainte collatérale, cela signifie que, même si l'objectif de la peine est la dissuasion, seuls ceux qui méritent d'être punis peuvent l'être : ceux qui ne méritent pas d'être punis ne doivent pas l'être. Mais comment sait-on qu'une personne mérite ou ne mérite pas d'être punie ? On pourrait soutenir qu'une personne mérite d'être punie en cas de « culpabilité morale » (thèse de Hall¹¹⁴) ou de « méfait coupable » (*culpable wrongdoing*, thèse de M.S. Moore¹¹⁵). Or, Hart considère que la thèse selon laquelle il ne peut pas y avoir responsabilité pénale sans « culpabilité morale » ou « méfait coupable » est irrecevable, aussi bien sur le plan descriptif que normatif¹¹⁶. Ce qu'il faut éviter, ce n'est pas de punir ceux qui ne méritent pas de l'être, mais d'infliger des peines *injustes*, ce qui n'est pas la même chose¹¹⁷.

On pourrait éventuellement soutenir que la règle de responsabilité de Hart détermine quand une personne mérite d'être punie ou pas¹¹⁸. Toutefois, cette thèse ne fonctionne pas : en effet, pour établir qu'une personne mérite d'être punie, il ne suffit pas d'établir qu'elle possède des capacités cognitives et volitives normales et qu'elle a eu une chance raisonnable d'obéir à la loi qu'elle a enfreinte (comme le veut la règle de Hart). Cela montre uniquement que la personne est « justement punissable¹¹⁹ » (*justly punishable*), que « les exigences de la *justice* sont certainement satisfaites¹²⁰ », ce qui n'est pas la même chose. Pour établir qu'une personne mérite d'être punie, nous avons besoin d'informations supplémentaires (notamment sur ses motivations¹²¹), nous avons potentiellement besoin de connaître l'intégralité de son

113 H.A. Bedau, « Retribution and the Theory of Punishment », *The Journal of Philosophy*, vol. 75, n° 11, 1978, p. 608.

114 PR, p. 36.

115 M.S. Moore, *Placing Blame : A Theory of the Criminal Law*, Oxford : Oxford University Press, 1997, p. 168.

116 PR, p. 37. Dans le même sens, voir E.I. Kelly, *The Limits of Blame*, Cambridge : Harvard University Press, 2018, p. 3-5.

117 PR, p. 38-39. Bien souligné par Fletcher : « the emphasis is on the injustice of punishing someone who has not had a fair chance of avoiding liability, rather than on desert, wrongdoing or culpability as affirmative rationalia for distributing the burdens of the punitive system. » (G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford : Oxford University Press, 2000, p. 419.)

118 « But what is it to “deserve” something? One comes to deserve something good or bad by behaving better or worse than one could have done. And here reference to what one could have done is reference to one's capacities or one's opportunities. » (J. Glover, *Responsibility*, Londres : Routledge & Kegan Paul, 1970, p. 73.)

119 PR, p. 193.

120 PR, p. 37.

121 Dans le même sens, voir E.I. Kelly, *The Limits of Blame*, *op. cit.*, p. 101.

existence (notamment son environnement social)¹²².

Considérons maintenant la question de la détermination de la peine en qualité et en quantité. Si le mérite est une contrainte collatérale, cela veut dire au minimum que le coupable ne doit pas être puni plus sévèrement qu'il ne le mérite. Par exemple, si un violeur mérite d'être puni par cinq ans de prison, il ne doit pas être puni par dix ans de prison. Cependant, comment sait-on qu'un violeur mérite cinq ans de prison et non quatre ou six ? Cela semble totalement subjectif et arbitraire. De plus, pourquoi faudrait-il prendre en compte le mérite au moment du choix de la peine ? Comme Hart l'écrit :

il y a, pour les esprits modernes, quelque chose d'obscur et de difficile à saisir dans l'idée que nous devrions nous référer, lorsque nous choisissons la peine, à une relation intrinsèquement juste avec la malveillance de l'acte du criminel, au lieu de nous référer à l'effet de la peine sur la société et sur le criminel¹²³.

On pourrait croire que Hart tient compte du mérite au moment du choix de la peine, puisqu'il fait une place au principe de proportionnalité ordinaire. Toutefois, ce principe n'a rien à voir, selon lui, avec le mérite¹²⁴ : « les tribunaux prétendent souvent être guidés par une échelle “tarifaire” des peines classant les peines en fonction de la “gravité” de différents types d'infraction et de différents cas de la même infraction. Mais cela ne coïncide nullement avec la gradation de la peine en fonction du mérite¹²⁵. »

Hart rappelle que, pour Bentham, le mot « mérite » ne sert qu'à exprimer notre sympathie ou notre antipathie : « C'est le principe d'antipathie qui fait parler de délit comme *méritant* une peine : c'est le principe correspondant de sympathie qui fait parler de telle action comme *méritant* une récompense : ce mot *mérite* ne peut conduire qu'à des passions et à des erreurs¹²⁶. » Le mérite est, pour Bentham, une pseudo-raison mystificatrice, une réaction

122 Voir ce qu'on appelle « the whole life view of desert » (C.L. Ten, *Crime, Guilt, and Punishment*, Oxford : Oxford University Press, 1987, p. 49).

123 *PR*, p. 163.

124 Dans ce sens : « The requirement of ordinal proportionality has nothing to do with the desert thesis. It merely requires that if offender A commits an offense O with no mitigating or aggravating circumstances and receives a punishment of severity P, then offender B, who commits a similar offense in similar circumstances should also receive a punishment of severity P. » (M. Matravers, « Is Twenty-first Century Punishment Post-desert ? », *art. cit.*, p. 35.)

125 H.L.A. Hart, « Arthur Rupert Neale Cross, 1912-1980 », *art. cit.*, p. 425.

126 J. Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, in *Œuvres de J. Bentham*, éd. E. Dumont, tome 2, Bruxelles : L. Hauman, 1829-1830, p. 44. Ce passage est cité par Hart dans « Bentham », in R.S. Summers

émotionnelle se faisant passer pour une raison et Hart partageait peut-être ce point de vue¹²⁷. En outre, la notion de mérite est trop proche des cibles de Hart (en particulier le moralisme juridique et la philosophie judiciaire anglaise) pour qu'il la prenne en compte. Enfin, il écrivait à une époque où cette notion était impopulaire et où on croyait (à tort) qu'elle était en voie de disparition¹²⁸.

b) L'approche *goal/constraint* : une simplification

À première vue, Hart semble favorable au principe de maximisation sous contraintes. Prenons, par exemple, le texte suivant :

on peut utilement s'appuyer sur les idées et la terminologie des économistes. Considérons l'idée de maximisation d'une variable donnée soumise à une restriction. Dans ce cas, la variable sera l'efficacité du système dans sa réduction de la criminalité. Évidemment, on peut, sans contradiction ou sans incohérence, reconnaître qu'il s'agit du but de la peine, mais également souhaiter que ce but soit poursuivi seulement avec certaines restrictions. Certaines de ces restrictions peuvent être tenues pour absolues, au sens où aucun accroissement de l'efficacité du système ne justifierait même une infime violation de la restriction. Un veto sur la torture pourrait, par exemple, être une restriction absolue de ce genre. [...] Mais, bien sûr, nous pouvons avoir un système moins absolu que celui-ci et, évidemment, puisque nous tolérons la responsabilité stricte en cas d'infractions mineures, nous avons un système mixte qui permet qu'un surcroît d'efficacité compense l'injustice faite aux individus du fait de la violation de la restriction imposée par le principe de la *mens rea*¹²⁹.

Ainsi, il faudrait rechercher l'efficacité du système pénal dans les limites (souples, non-rigides) de la justice : ne pas punir ceux qui ne sont pas en faute, ne pas punir avec disproportion et cruauté. Ces deux principes de justice sont *indépendants* du rétributivisme et peuvent être défendus sur d'autres bases.

(éd.), *More Essays in Legal Philosophy : General Assessments of Legal Philosophies*, Berkeley : University of California Press, 1971, p. 38. Hart y explique qu'on ne trouve pas ce passage dans l'édition Bowring des œuvres de Bentham, mais que le manuscrit original est préservé à University College.

127 « “desert” and “retribution” were, to Bentham, themselves mere mystifying superstitions : not reasons for punishment but emotional reactions posing as reasons. » (*EB*, p. 37-38.)

128 Comme l'écrit Barry, un doctorant de Hart, en 1965 : « In examining the concept of desert we are examining a concept which is already in decline and may eventually disappear. » (B. Barry, *Political Argument*, Londres : Routledge, 1965, p. 112.) L'histoire récente lui a donné tort.

129 H.L.A. Hart, « Review : Barbara Wootton, *Crime and the Criminal Law* », *The Yale Law Journal*, vol. 74, n° 7, 1965, p. 1329. Voir également *PR*, p. 245.

Des quatre interprétations que nous avons examinées, celle-ci est de loin la meilleure, mais elle n'est pas pour autant satisfaisante. Premièrement, elle suggère que l'efficacité est la seule valeur à *maximiser*. Toutefois, ce n'est pas l'opinion de Hart. Le verbe « maximiser » apparaît rarement dans *Punishment and Responsibility*, mais lorsqu'il est employé, il n'est pas question d'efficacité, mais plutôt de liberté individuelle : ce qui doit être maximisé dans le cadre coercitif du droit, c'est notre liberté de choix et notre sécurité juridique¹³⁰.

Deuxièmement, on considère normalement que les contraintes collatérales sont de nature déontologique (ou quasi déontologique, au sens où leur violation *pourrait* être permise pour éviter une catastrophe morale : on parle dans ce cas de « déontologie du seuil » (*threshold deontology*)). Le problème est que Hart ne les envisage pas du tout de cette façon : dans son débat avec Wootton, il affirme à plusieurs reprises que si le prix à payer, en termes de sécurité, pour la doctrine de la *mens rea* était trop élevé, il serait prêt à l'abandonner. La « responsabilité stricte¹³¹ » (*strict liability*) est, pour lui, quelque chose qui se *néocie*. Comme le note Lippke, Hart conçoit ses principes de justice comme des « guides » (ou des principes régulateurs) plutôt que comme des « contraintes rigides » (« *as providing guidance, rather than rigid constraints*¹³² »).

Troisièmement, cette interprétation ne va pas au bout des choses, elle reste à la surface du texte et ne met pas en lumière la philosophie morale sous-jacente sur laquelle repose cette combinaison, à première vue *ad hoc*, de considérations téléologiques et de considérations de justice ou d'équité. On retrouve cet argument chez Barry, un doctorant de Hart. Au début de *Political Argument*, il explique qu'on doit abandonner l'idée selon laquelle il existe nécessairement une valeur ultime (par exemple, l'utilité générale) à laquelle toutes les autres valeurs sont réductibles. Certains voudront remplacer cette idée par le principe de maximisation sous contraintes : par exemple, maximiser l'efficacité dans les limites de

130 *PR*, p. 23.

131 Nous revenons longuement sur la responsabilité stricte dans le chapitre 3.1. En droit français, on parle de « responsabilité sans faute » ou d'infractions matérielles pour désigner les infractions de responsabilité stricte. Concrètement, il n'est pas nécessaire, pour qu'une condamnation soit prononcée, de prouver que l'accusé a accompli intentionnellement ce que la loi interdit ou aurait pu éviter de l'accomplir en étant prudent (cf. *PR*, p. 20).

132 R.L. Lippke, « Mixed Theories of Punishment and Mixed Offenders : Some Unresolved Tensions », *The Southern Journal of Philosophy*, vol. 44, 2006, p. 281. Dans le même sens, Gardner dit que la règle de responsabilité de Hart « yields a powerful but not absolute constraint » (cf. J. Gardner, « Introduction », in *PR*, p. xxii).

l'équité. Cependant, pour Barry, il s'agit d'une « simplification artificielle du vrai problème¹³³ » : le vrai problème est qu'il existe une pluralité irréductible de valeurs et le recours aux contraintes collatérales est une fausse solution. Si on reprend le même exemple, dans certains cas, l'efficacité devra prévaloir, dans d'autres cas, ce sera l'équité : toute la difficulté est de trouver le bon équilibre.

II. Une philosophie pénale pluraliste

Selon nous, la philosophie pénale de Hart repose sur deux choses : sur une méthode analytique de distinction des problèmes et sur une éthique pluraliste¹³⁴. Tout l'objectif de cette thèse est d'expliquer comment ces deux choses s'articulent, se combinent. Plus concrètement, nous aimerions montrer que la réponse de Hart à la question de la distribution de la peine repose sur son pluralisme des valeurs ; et que sa réponse à la question de la justification de la peine repose sur son pluralisme des formes de raison morale.

Dans cette partie, nous procéderons en cinq temps. Dans la première sous-partie, nous clarifierons la méthode analytique de distinction des problèmes défendue par Hart. Dans les deuxième et troisième sous-parties, nous présenterons son pluralisme moral, c'est-à-dire son pluralisme des valeurs et son pluralisme des formes de raison morale ; nous montrerons pourquoi il s'agit de la clef de compréhension de sa philosophie pénale. Dans la quatrième sous-partie, nous aborderons la question des conflits de valeurs et de leur résolution. Dans la cinquième sous-partie, nous expliquerons pourquoi notre interprétation est parfaitement cohérente avec le reste de l'œuvre de Hart.

133 B. Barry, *Political Argument*, *op. cit.*, p. 6, en note.

134 Nous ne sommes pas les seuls à considérer que Hart est un pluraliste moral. Green affirme que « Hart is obviously a value pluralist » (« Jurisprudence for Foxes », *Transnational Legal Theory*, vol. 3, n° 2, 2012, p. 156. Voir également sa préface à la troisième édition de *CL*, p. lii). P.M.S. Hacker, ancien doctorant de Hart, écrit que Hart, à la différence de Bentham, est un *ethical pluralist* (« Hart's Philosophy of Law », in P.M.S. Hacker, J. Raz (éd.), *Law, Morality, and Society : Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford : Oxford University Press, 1977, p. 8, note 12). Gardner explique que pour Hart, la peine ne peut pas être défendue « in all of its aspects, as the instrument of just one single value » (*PR*, p. xxii). Lacey considère elle aussi Hart comme un pluraliste moral puisqu'elle lui reproche de ne pas expliquer comment mettre en balance des valeurs incommensurables et développe son propre pluralisme en partant de Hart (*State Punishment : Political Principles and Community Values*, Londres : Routledge, 1988, p. 49). Twining, un des étudiants de Hart, va dans le même sens : il dit que, sous l'influence de Hart, il est devenu un pluraliste moral et il affirme que « Hart never found a satisfactory basis for his rather weak moral pluralism » (*Jurist in Context : A Memoir*, Cambridge : Cambridge University Press, 2019, p. xvi, p. 106).

1. La distinction des problèmes

Au début de « Prolegomenon to the Principles of Punishment », Hart affirme que, lorsqu'on s'interroge sur la peine, « le début de la sagesse¹³⁵ » consiste à distinguer quatre questions. Ces questions sont :

1. La question de la définition de la peine. Qu'est-ce que la peine ?
2. La question du but général justifiant (*General Justifying Aim*) de la peine. Qu'est-ce qui justifie la pratique générale de la peine (*What justifies the general practice of punishment*) ?
3. La question de la distribution de la peine. Cette question se subdivise en deux questions :
 - 3.1. La question de la responsabilité (*Liability*). Qui peut être puni (*Who may be punished*) ?
 - 3.2. La question du quantum (*Amount*) de la peine. Avec quelle sévérité peut-on punir (*How severely may we punish*) ?

Dans notre thèse, nous avons choisi de conserver cette quadripartition, même si nous lui apportons quelques petites modifications. Voici les questions que nous aborderons :

1. La question de la définition de la peine. Qu'est-ce que la peine ?
2. La question de la justification de la peine. Punir, est-ce justifié ?
3. La question de la distribution de la peine. Cette question se subdivise en deux questions :
 - 3.1. La question de la responsabilité pénale. Qui peut être puni et à quelles conditions ?
 - 3.2. La question de la détermination de la peine en qualité et en quantité. Quelle doit être la nature et le quantum de la peine ?

Cette distinction des problèmes appelle un certain nombre de remarques.

1° Hart utilise constamment cette méthode analytique de distinction des problèmes. On la

¹³⁵ PR, p. 4.

trouve au début du *Concept de droit*¹³⁶, de *Law, Liberty and Morality*¹³⁷ ou encore de son texte posthume sur la discrétion¹³⁸. Elle est également au cœur de son juspositivisme puisque, pour Hart comme pour John Austin, le juspositivisme signifie tout simplement que la question « La règle de droit *R* existe-t-elle ? » est *logiquement distincte* de la question « La règle de droit *R* est-elle juste ou injuste ? »¹³⁹.

Pour autant, peut-on dire que Hart est un « pluraliste intellectuel¹⁴⁰ » comme le soutient Green ? Pas vraiment. Premièrement, cette expression suggère que Hart défend une forme de pluralisme méthodologique. Or, Hart défend *une* méthode (la méthode analytique) qu'il considère comme étant *la* bonne : il critique vigoureusement les autres approches, notamment l'approche sociologique¹⁴¹. Deuxièmement, cette expression laisse entendre que Hart puise dans différentes traditions et prend appui sur un corpus varié. Or, et c'est sans doute un des défauts de sa philosophie pénale, ses sources sont essentiellement anglo-saxonnes : il discute peu le droit continental, il discute peu les pénalistes continentaux.

2° Nous parlons de méthode *analytique* de distinction des problèmes, car cette méthode

136 Le premier chapitre du *Concept de droit* s'appelle « Questions persistantes » *au pluriel* (cf. L. Green, « Introduction », in *CL*, p. lv). Hart explique que la question « Qu'est-ce que le droit ? » comprend en réalité trois questions distinctes : 1° En quoi le droit diffère-t-il d'ordres appuyés de menaces et en quoi leur est-il apparenté ? 2° En quoi une obligation juridique diffère-t-elle d'une obligation morale et en quoi lui est-elle apparentée ? 3° Quelle est la nature des règles et dans quelle mesure le droit est-il une affaire de règles ? (Cf. *CL*, trad. fr., p. 24-31.)

137 Voici les premières lignes de *Law, Liberty and Morality* : « These lectures are concerned with one question about the relations between law and morals. I say, advisedly, "one question", because in the heat of the controversy often generated when law and morals are mentioned in conjunction, it is often overlooked that there is not just one question concerning their relations but many different questions needing quite separate consideration. » (*LLM*, p. 1.) Hart distingue immédiatement après quatre questions : 1° Le développement du droit a-t-il été influencé par la morale ? 2° Pour définir la notion de système juridique, faut-il faire référence à la morale ? 3° Une règle de droit valide peut-elle être critiquée moralement ? 4° Faut-il réprimer une conduite simplement parce qu'elle est immorale du point de vue de la morale sociale dominante ?

138 Le texte commence ainsi : « In this field questions arise which are certainly difficult ; but as I listened last time to members of the group, I felt that the main difficulty perhaps lay in determining precisely what questions we are trying to answer. I have the conviction that if we could only say clearly what the questions are, the answers to them might not appear so elusive. » (H.L.A. Hart, « Discretion », *Harvard Law Review*, vol. 127, n° 2, 2013, p. 652.) Hart distingue ensuite cinq questions : 1° Qu'est-ce que la discrétion ? 2° A quelles conditions et pourquoi acceptons-nous la discrétion dans nos systèmes juridiques ? 3° Devons-nous accepter la discrétion et, si oui, pourquoi ? 4° Quelles valeurs l'usage de la discrétion menace-t-il, quelles valeurs promet-il ? 5° Comment maximiser les effets bénéfiques de la discrétion et minimiser ses inconvénients ?

139 « The existence of law is one thing ; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry ; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. » (J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge : Cambridge University Press, 1995, p. 157.)

140 L. Green, « Introduction », in *CL*, p. liv.

141 Perelman est sans doute une meilleure illustration que Hart de la combinaison entre pluralisme des valeurs et pluralisme des méthodes. Cf. C. Perelman, « La philosophie du pluralisme et la nouvelle rhétorique », *Revue Internationale de Philosophie*, vol. 33, n° 127/128, p. 5-17.

reflète l'influence de la philosophie analytique sur Hart et son attachement à celle-ci. En effet, Hart est convaincu que bon nombre de difficultés philosophiques sont dues uniquement au fait qu'on ne distingue pas suffisamment plusieurs problèmes logiquement distincts. Ainsi, le point de départ de toute réflexion philosophique doit être de distinguer clairement, voire de nommer ces différents problèmes : ce n'est qu'un début, mais c'est un bon début. Comme il le rappelle dans la postface de *Punishment and Responsibility* : « Une des principales sources de problèmes est évidente : il est toujours nécessaire de garder à l'esprit – et fatalement facile d'oublier – le nombre de questions différentes sur la peine que les théories de la peine cherchent ambitieusement à résoudre¹⁴². »

3° La division de la question de la distribution de la peine en deux questions, celle de la responsabilité et celle du quantum de la peine, n'est pas un hasard. Elle fait écho, comme Hart le suggère lui-même, à la division procédurale du procès pénal en Angleterre en deux phases¹⁴³ : la phase *conviction* durant laquelle l'accusé est déclaré coupable ou non coupable ; et la phase *sentencing* durant laquelle le coupable est condamné à telle ou telle peine (amende, prison avec sursis, prison ferme, etc.).

En revanche, contrairement à l'opinion reçue, la distinction entre la question de la justification et celle de la distribution ne recoupe pas la distinction (qu'on ne doit pas à Rawls mais plutôt à l'aristotélicien Ross¹⁴⁴) entre le niveau du législateur et celui du juge, entre le niveau du général et celui du particulier. Même si Hart fait ce rapprochement en 1958¹⁴⁵, il explique dix ans plus tard dans une note qu'il prête à confusion¹⁴⁶. La question de savoir comment, en général, distribuer la peine, est tout aussi générale que la question de savoir si, en général, punir est justifié. Le législateur est autant concerné par l'une que par l'autre. (Et c'est quelque chose qu'il faut bien garder à l'esprit quand on étudie la théorie benthamienne de la responsabilité.)

142 PR, p. 231. Voir aussi : « in our inherited ways of talking or thinking about punishment there is some persistent drive towards an over-simplification of multiple issues which require separate consideration. » (PR, p. 3.)

143 PR, p. 114-115. On parle de « système de la césure ». Cette séparation n'existe pas en France, car à l'audience le tribunal possède un dossier aussi bien sur les faits que sur la personne : il y a fusion en une seule décision du problème de la culpabilité et de celui de la peine (cf. J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Paris : Dalloz, 1995, n° 428, p. 528).

144 W.D. Ross, *The Right and the Good*, Oxford : Oxford University Press, 2002, p. 61-62.

145 PR, p. 39.

146 PR, p. 244-245.

4° Au moins trois critiques ont été adressées à la quadripartition proposée par Hart. Première critique, elle serait incomplète. Hart omettrait certaines questions comme « Qui doit se charger de punir¹⁴⁷ ? » ou encore « Quels types de comportement doivent être punis ? ». On peut défendre Hart en disant que sa liste de questions ne prétend pas être exhaustive. Hart cherche simplement à distinguer les questions qui sont le plus souvent confondues dans les débats sur la peine et qui doivent être distinguées pour faire avancer la discussion¹⁴⁸. En outre, les deux questions susmentionnées sont, on le verra, comprises dans la question de la justification de la peine : justifier la peine, c'est justifier le monopole de la répression des infractions par l'autorité judiciaire ; justifier la peine, c'est justifier la répression de tel ou tel type de comportement.

Deuxième critique, elle serait obscure. Certains auteurs ont reproché à la notion de *General Justifying Aim* d'être un néologisme abscons ou à la notion de *Distribution* d'être inadéquate¹⁴⁹. Il est vrai que la notion de *General Justifying Aim* est problématique, comme nous le montrerons au début du chapitre 2. Toutefois, il ne faut pas y attacher une importance excessive : elle n'est utilisée que dans un seul article et sert surtout à *nommer* la question « What justifies the general practice of punishment¹⁵⁰ ? ». Par ailleurs, la notion de *Distribution* n'est pas du tout inadéquate : au contraire, les questions de justice distributive apparaissent « lorsqu'on se trouve amené à répartir des charges ou des profits¹⁵¹ » et la peine est une de ces charges.

Troisième critique, elle serait artificielle. Comme l'explique Hart dans une note, certains auteurs lui ont reproché de séparer des questions qui ne peuvent être traitées séparément¹⁵². Premièrement, Goldinger soutient que la réponse à la question de la justification détermine la réponse à la question de la distribution¹⁵³. Deuxièmement, Dolinko soutient qu'il est impossible de savoir si la peine est justifiée sans connaître sa distribution¹⁵⁴.

L'objection de Goldinger est faible. Tout l'objectif de Hart est justement de montrer que, pour

147 J. Gardner, « Introduction », in *PR*, p. lii.

148 « I think that most of the puzzles about the principles of punishment which trouble ordinary men can be reduced to these questions. » (*PR*, p. 73.)

149 W.R.P. Kaufman, *Honor and Revenge : A Theory of Punishment*, Dordrecht : Springer, 2013, p. 83.

150 *PR*, p. 3.

151 *CL*, trad. fr., p. 159.

152 *PR*, p. 238.

153 M. Goldinger, « Punishment, Justice, and the Separation of Issues », *The Monist*, vol. 49, n° 3, 1965, p. 459.

154 D. Dolinko, « Some Thoughts About Retributivism », *Ethics*, vol. 101, n° 3, 1991, p. 541.

un pluraliste, il est possible de suivre Bentham sur la question de la justification de la peine sans le suivre sur la question de la distribution de la peine. En revanche, l'objection de Dolinko est forte. Comme nous le verrons, il est possible que la justification utilitariste de la peine, pour être recevable, présuppose qu'on punisse uniquement ceux qui ont eu une chance raisonnable d'obéir à la loi (condition distributive).

Toutefois, que veut réellement dire Hart lorsqu'il soutient que la justification de la peine et sa distribution sont deux choses distinctes ? Selon nous, il veut dire que la justification de la peine et *de* sa distribution sont deux choses distinctes. Certes, la peine est justifiée seulement si certaines conditions distributives sont satisfaites. Toutefois, *la justification de ces conditions distributives elles-mêmes est indépendante de la justification de la peine*. On peut défendre la justification utilitariste de la peine et, en même temps, défendre une justification non utilitariste du principe de proportionnalité (par exemple). Le début de « Prolegomenon to the Principles of Punishment » doit être lu attentivement. Hart explique qu'on ne doit pas répondre à toutes les questions à l'aide d'un seul principe, que « nous sommes confrontés à une institution complexe présentant différentes caractéristiques *interdépendantes* qui doivent être expliquées séparément ; ou alors qui doivent être *justifiées séparément* si la moralité de l'institution est remise en cause¹⁵⁵ ». On le voit, Hart ne nie pas l'interdépendance : ce qu'il propose, c'est de séparer les *justifications*.

2. Le pluralisme des valeurs

Le pluralisme moral de Hart a deux aspects. Le premier aspect est ce que nous appellerons le « pluralisme des valeurs ». Hart estime qu'il existe une pluralité irréductible de valeurs qui ne peuvent pas toujours être poursuivies en même temps : elles peuvent entrer en conflit et, dans ce cas, un choix, un sacrifice ou un compromis est nécessaire. Le deuxième aspect est ce que nous appellerons le « pluralisme des formes de raison morale ». Hart considère qu'il existe plusieurs types de raison morale, irréductibles les uns aux autres : par exemple, « parce que j'ai l'obligation de le faire », « parce que c'est mon devoir de le faire », « parce que c'est juste de le faire », « parce que c'est une bonne chose de le faire », etc., ne sont pas des raisons morales du même type, elles proviennent de différents « segments de la morale¹⁵⁶ » (*segments*

¹⁵⁵ *PR*, p. 4, nos italiques.

¹⁵⁶ H.L.A. Hart, « Are There Any Natural Rights ? », *The Philosophical Review*, vol. 64, n° 2, 1955, p. 179, note 7.

of morality). À nouveau, il est possible que ces différentes formes de raison morale, provenant de différents segments de la morale, entrent en conflit et créent des dilemmes moraux.

Le contraire du pluralisme des valeurs est le « monisme des valeurs », c'est-à-dire l'idée selon laquelle il n'existe qu'une seule valeur (par exemple l'utilité générale) à laquelle toutes les autres valeurs sont réductibles. Le contraire du pluralisme des formes de raisons morales peut être l'idée selon laquelle toutes les raisons pour une action autres que ses effets bons ou mauvais sont des pseudo-raisons (ce que Hart nomme la « doctrine restrictive de Bentham en matière de raison d'agir », *Bentham's restrictive doctrine of reason*¹⁵⁷) ; cela peut également être l'idée selon laquelle chaque action que, moralement parlant, on doit ou on devrait faire est un devoir moral¹⁵⁸.

Bien qu'il y ait, comme nous allons le montrer, de nombreuses preuves dans les écrits de Hart de son pluralisme moral, il ne s'agit pas d'une thèse qu'il a explicitement défendue de façon approfondie, comme le positivisme juridique. Il s'agit plutôt d'un *leitmotiv*, d'un présupposé implicite qui, selon nous, permet de comprendre correctement sa philosophie pénale. Ce que Hart dit sur la pensée de Bentham s'applique aussi à la sienne : « certaines caractéristiques fondamentales de la pensée de Bentham [...] se trouvent sous la surface dans de nombreuses parties différentes de ses œuvres. Ils doivent être ramenés à la surface et examinés avec soin¹⁵⁹. »

Commençons par présenter le pluralisme *des valeurs* de Hart. Pour cela, nous partirons du pluralisme des valeurs de Berlin, pour au moins trois raisons : Berlin est le théoricien le plus connu du pluralisme des valeurs¹⁶⁰ ; le pluralisme de Berlin est très proche de celui de Hart ; enfin, Berlin était l'ami le plus proche de Hart (par conséquent, les influences mutuelles sont plus que probables).

157 H.L.A. Hart, « Bentham », *art. cit.*, p. 42.

158 « one factor obscuring the nature of a right is the philosophical use of “duty” and “obligation” for all cases where there are moral reasons for saying an action ought to be done or not done. » (H.L.A. Hart, « Are There Any Natural Rights ? », *art. cit.*, p. 179, note 7.) Voir également H.L.A. Hart, « Legal and Moral Obligation », in A.I. Melden (éd.), *Essays in Moral Philosophy*, Seattle : University of Washington Press, 1958, p. 82-83.

159 H.L.A. Hart, « Bentham », *art. cit.*, p. 36.

160 « It is Berlin, however, who is the most influential pluralist in contemporary political thought, certainly in the Anglo-American literature. » (G. Crowder, « Pluralism, Relativism, and Liberalism », in J.L. Cherniss (éd.), *The Cambridge Companion to Isaiah Berlin*, Cambridge : Cambridge University Press, 2018, p. 230.)

a) Le pluralisme des valeurs de Berlin

Dans la dernière section de sa célèbre conférence de 1958, « Two Concepts of Liberty », Berlin oppose le monisme au pluralisme. Qu'est-ce que le monisme ? Il s'agit de « la foi dans un principe unique¹⁶¹ » ou de la conviction selon laquelle « toutes les valeurs positives auxquelles les hommes sont attachés sont finalement compatibles et peut-être interdépendantes¹⁶² ». Ainsi, le monisme semble désigner pour Berlin deux croyances à la fois : la croyance en une valeur unique ou la croyance en une parfaite compatibilité des valeurs. La première croyance nie la pluralité ; la deuxième ne nie pas la pluralité, mais la conflictualité.

Le pluralisme est tout simplement l'inverse du monisme. Il s'agit, selon Berlin, de la conviction selon laquelle les valeurs, les fins, les biens et les idéaux ne sont pas toujours compatibles et peuvent se heurter¹⁶³ ; selon laquelle nous sommes contraints de faire des choix pénibles et douloureux entre des exigences également absolues. Être pluraliste, c'est d'une part affirmer la pluralité des valeurs et d'autre part affirmer leur possible, voire leur nécessaire incompatibilité. Pour Berlin, l'obligation de choisir entre des valeurs concurrentes est une composante intrinsèque et indépassable de l'existence humaine¹⁶⁴. On retrouve ici un thème cher à Sartre¹⁶⁵. Il est difficile de ne pas penser à l'existentialisme lorsqu'on lit le passage suivant :

Mais un certain nombre de valeurs humaines ne peuvent être conciliées parce qu'elles sont en conflit ; c'est pourquoi il doit y avoir des choix. Très souvent ces choix sont pénibles. Si vous choisissez A, vous êtes désolé de perdre B. Ainsi, nous ne pouvons éviter de faire des choix entre des valeurs humaines essentielles qui sont des fins en elles-mêmes. Les choix sont souvent pénibles, mais ils sont inévitables dans n'importe quel monde que nous puissions concevoir, les valeurs incompatibles restant incompatibles dans leur globalité. Tout ce que

161 I. Berlin, « Deux conceptions de la liberté », in *Éloge de la liberté*, trad. J. Carnaud, J. Lahana, Paris : Presses Pocket, 1990, p. 217.

162 I. Berlin, « Deux conceptions de la liberté », *art. cit.*, p. 213.

163 On notera que Berlin ne distingue pas rigoureusement les valeurs, les fins, les biens et les idéaux. Comme l'écrit Gray : « It is not obvious what "values" designates – goods, options, virtues, whole conceptions of the good or entire cultural traditions or forms of life, or merely wants and preferences. » (J. Gray, *Isaiah Berlin : An Interpretation of His Thought*, Princeton : Princeton University Press, 2013, p. 85.)

164 I. Berlin, « Deux conceptions de la liberté », *art. cit.*, p. 215.

165 Rapprochement qu'on trouve également chez A. Butin, *Isaiah Berlin, libéral et pluraliste*, Paris : Michel Houdiard, 2014, p. 179.

nous puissions faire c'est de faire en sorte que ces choix ne soient pas trop déchirants¹⁶⁶.

Selon Berlin, Machiavel est un des précurseurs du pluralisme, puisqu'il a été un des premiers à avoir mis en évidence le fait que les valeurs de la morale païenne de la *virtù* (affirmation de soi, courage républicain, poursuite du pouvoir, patriotisme civique, etc.) sont incompatibles avec les valeurs chrétiennes (détachement des biens de ce monde, humilité, abnégation, etc.). On ne peut pas poursuivre ces valeurs en même temps, on ne peut pas en même temps être un bon chrétien et un héros romain¹⁶⁷.

Pourquoi Berlin attaque-t-il le monisme et défend-il le pluralisme ? Première raison, le monisme est une conviction dangereuse, responsable de nombreux drames de l'histoire. Si on pense qu'il n'existe qu'une seule valeur, par exemple le bonheur collectif, alors nous ne devons pas craindre d'éliminer tout ce qui fait obstacle à son avènement. De même, si on pense connaître la solution ultime permettant d'harmoniser, de faire coexister toutes les valeurs sans devoir en sacrifier aucune, pourquoi ne pas l'imposer par la force ? Comme l'écrit Berlin : « C'est, j'en suis convaincu, ce genre de certitude dogmatique qui explique la conviction profonde, sereine, inébranlable des plus impitoyables persécuteurs et tyrans de l'histoire selon laquelle leurs buts justifient leurs actes¹⁶⁸. »

Deuxième raison, le monisme s'oppose à l'expérience¹⁶⁹. L'observation empirique ordinaire montre que les valeurs entrent souvent en conflit : la vérité avec le bonheur ; la justice avec la pitié et la compassion ; la liberté avec l'égalité ou l'ordre public ; la fidélité privée avec la fidélité publique, etc. Elle montre également que les valeurs contiennent *en leur sein* des éléments conflictuels : la liberté contient des libertés concurrentes comme le droit à l'information et le droit à la protection de la vie privée ; l'égalité contient des égalités concurrentes comme l'égalité des chances et l'égalité des résultats¹⁷⁰.

Troisième raison, le monisme est logiquement incohérent. Pour Berlin, « l'accomplissement de certains de nos idéaux peut, par définition, rendre impossible la réalisation d'autres

166 I. Berlin, *En toutes libertés : Entretiens avec Ramin Jahanbegloo*, trad. G. Lorimy, Paris : Le Félin Poche, 2006, p. 173.

167 I. Berlin, *En toutes libertés : Entretiens avec Ramin Jahanbegloo*, *op. cit.*, p. 66.

168 I. Berlin, « Deux conceptions de la liberté », *art. cit.*, p. 215.

169 I. Berlin, « Deux conceptions de la liberté », *art. cit.*, p. 214. Berlin se revendiquait de l'empirisme.

170 J. Gray, *Isaiah Berlin : An Interpretation of His Thought*, *op. cit.*, p. 79.

idéaux¹⁷¹ ». Par exemple, on ne peut pas en même temps être un planificateur méticuleux et quelqu'un de spontané : ces deux choses, aussi désirables soient-elles, sont par définition incompatibles¹⁷².

Quatrième et dernière raison, l'importance que nous attachons à la liberté de choix serait incompréhensible ou inexplicable si nous n'avions pas à choisir entre des valeurs inconciliables : « [si les hommes] avaient l'assurance que, dans un État parfait susceptible d'être réalisé sur terre, les fins qu'ils poursuivent n'entreraient jamais en conflit, la nécessité et les affres du choix disparaîtraient et, avec elle, l'importance cruciale de la liberté de choisir¹⁷³. »

Pour Berlin, les valeurs sont *conditionnelles*. Qu'est-ce à dire ? Kekes oppose les valeurs conditionnelles aux valeurs prépondérantes (*overriding*). Une valeur est prépondérante si, lorsqu'elle entre en conflit avec une autre valeur, elle l'emporte toujours ; et si on ne peut la sacrifier que pour mieux la servir¹⁷⁴. Kekes donne l'exemple de la vie : elle est une valeur prépondérante si elle l'emporte toujours en cas de conflit avec, mettons, la liberté ou la justice ; et si on ne peut prendre une vie que lorsque cela permet de sauver d'autres vies. On pourrait également donner l'exemple de la liberté : pour Rawls, la liberté (ou le principe de liberté) est une valeur prépondérante puisqu'elle prime l'égalité (ou l'égalité des chances), et cette dernière prime la fraternité (ou le principe de différence). Il parle d'ordre lexical. En outre, la liberté ne peut être restreinte qu'au nom de la liberté elle-même.

Une valeur conditionnelle est, à l'inverse, une valeur qui peut être vaincue par une autre valeur. Kekes donne à nouveau l'exemple de la vie : elle est une valeur conditionnelle si, en cas de conflit avec la liberté (sacrifier une vie pour mettre un terme à la tyrannie) ou avec la justice (risquer une vie pour combattre l'injustice), elle peut ne pas l'emporter¹⁷⁵.

Même si pour Berlin et Kekes, aucune valeur n'est prépondérante, cela ne veut pas dire que

171 I. Berlin, « Deux conceptions de la liberté », *art. cit.*, p. 214.

172 I. Berlin, *En toutes libertés : Entretiens avec Ramin Jahanbegloo*, *op. cit.*, p. 172.

173 I. Berlin, « Deux conceptions de la liberté », *art. cit.*, p. 215.

174 J. Kekes, *The Morality of Pluralism*, Princeton : Princeton University Press, 1993, p. 19. Comme le précise Kekes, une valeur prépondérante n'est pas nécessairement une valeur absolue. En effet, une valeur absolue ne peut en aucun cas être violée, tandis qu'une valeur prépondérante peut être sacrifiée si cela permet de mieux la servir. Si la vie est une valeur absolue, alors on ne peut pas la prendre, même en cas de légitime défense.

175 J. Kekes, *The Morality of Pluralism*, *op. cit.*, p. 20.

certaines valeurs ne sont pas, en temps normal, plus importantes que d'autres : « Il faut établir des priorités, qui ne seront jamais définitives ni absolues¹⁷⁶. »

Les valeurs sont-elles, pour Berlin, commensurables ? Il affirme que « les fins humaines sont multiples, *pas toujours commensurables* et en perpétuelle rivalité les unes avec les autres¹⁷⁷ ». Qu'est-ce à dire ? On dit de deux grandeurs qu'elles sont commensurables lorsqu'elles peuvent être comparées par l'emploi d'une unité de mesure commune. Par exemple, 6 et 8 sont des nombres commensurables, puisqu'on peut les diviser par 2 : dans 6, il y a 3 fois 2, dans 8, il y a 4 fois 2. Littré donne l'exemple de la toise et de la brasse : elles étaient commensurables, car la première valait 6 pieds, la deuxième 5 pieds : le pied était la commune mesure de l'une et de l'autre. Ainsi, lorsque Berlin affirme que les valeurs ne sont pas toujours commensurables, il semble vouloir dire qu'elles n'ont pas toujours de commune mesure. Peut-on, par exemple, comparer la vérité et la justice en termes de (quantité de) bien-être, de (quantité de) plaisir ? Berlin ne le pense pas et rejette l'utilitarisme : « Supposer que toutes les valeurs peuvent s'ordonner sur une seule échelle, de sorte qu'il ne s'agirait plus que de déterminer laquelle est la plus haute, me semble aller à l'encontre de ce que nous savons¹⁷⁸ [...] ». »

Le pluralisme des valeurs de Berlin est-il une forme de relativisme ? Berlin le nie explicitement. Selon lui, il existe ce que Kekes nomme des « valeurs primaires¹⁷⁹ » :

Il existe des valeurs universelles. C'est un fait empirique concernant l'humanité, ce que Leibniz appelait *vérités de fait* et non pas *vérités de la raison*. Il existe des valeurs qu'un grand nombre d'êtres humains dans la très grande majorité des lieux et des situations, à quasiment toutes les époques, ont effectivement en commun¹⁸⁰ [...].

176 I. Berlin, « La recherche de l'idéal », in *Le bois tordu de l'humanité : Romantisme, nationalisme et totalitarisme*, trad. M. Thymbres, Paris : Albin Michel, 1992, p. 30.

177 I. Berlin, « Deux conceptions de la liberté », *art. cit.*, p. 217, nos italiques.

178 I. Berlin, « Deux conceptions de la liberté », *art. cit.*, p. 217. Pour Berlin, c'est quelque chose que Machiavel avait déjà compris : « Il ne condamne pas les vertus chrétiennes : il signale simplement que les deux morales sont incompatibles, et il ne reconnaît pas de critère supérieur qui nous permette de trancher entre elles. La combinaison de la *virtù* et des valeurs chrétiennes constitue pour lui impossibilité. Il vous laisse simplement devant le choix – lui sait où vont ses préférences. » (I. Berlin, « La recherche de l'idéal », *art. cit.*, p. 22.)

179 J. Kekes, *The Morality of Pluralism*, *op. cit.*, p. 18.

180 I. Berlin, *En toutes libertés : Entretiens avec Ramin Jahanbegloo*, *op. cit.*, p. 58. Voir aussi : « il existe de larges zones de consensus parmi les gens de diverses sociétés durant de longues périodes de temps quant au bien et au mal, au vrai et au faux. [...] Il y a, sinon des valeurs universelles, *du moins un minimum sans lequel les sociétés ne pourraient guère survivre*. » (I. Berlin, « La recherche de l'idéal », *art. cit.*, p. 31, nos italiques.)

Berlin donne l'exemple du courage : dans toutes les sociétés, il est admiré. On pourrait également donner l'exemple de la véracité : dans toutes les sociétés, elle est valorisée, car elle est essentielle au bon fonctionnement de la vie sociale. Bien sûr, cela ne doit pas nous faire oublier qu'il existe *aussi* des valeurs relatives ou « secondaires ».

Récapitulons. Pour Berlin, les valeurs sont irréductiblement plurielles et conflictuelles. Certaines d'entre elles sont universelles, d'autres sont relatives. Dans un cas comme dans l'autre, elles sont toujours conditionnelles et souvent incommensurables. La condition humaine ne nous permet pas de tout avoir et nous condamne à choisir.

b) Le pluralisme des valeurs de Hart

En avril 1957, un an avant la conférence de Berlin, Hart donna à Harvard une conférence elle aussi très célèbre, « Positivism and the Separation of Law and Morals ». Or, c'est dans cette conférence qu'il révèle le plus explicitement son pluralisme des valeurs. Le contexte est celui de la critique du jusnaturaliste allemand Radbruch. Dans « Injustice légale et droit supralégal », article écrit pendant la dénazification, Radbruch affirme que le droit doit promouvoir au moins trois valeurs : la justice, la sécurité du droit (*Rechtssicherheit*, c'est-à-dire à la fois la sécurité par le droit, la certitude du droit en vigueur et la sécurité contre des modifications¹⁸¹) et l'utilité. Pour Radbruch, il y a un « ordre hiérarchique¹⁸² » entre ces valeurs : l'utilité se trouve tout en bas, la justice se trouve tout en haut, la sécurité du droit occupe une place intermédiaire. Que faire en cas de conflit ? La réponse se trouve dans ce qu'on appelle la formule de Radbruch (*Radbruchsche Formel*) qui contient elle-même trois formules :

- En règle générale, la sécurité du droit doit primer : la loi doit être appliquée et rester en vigueur même lorsque son contenu est injuste ou inapproprié.
- Lorsque l'injustice atteint un *degré insupportable*, la justice doit l'emporter sur la sécurité du droit.
- Lorsque la loi ne recherche pas la justice, désavoue sciemment l'égalité, elle est dénuée de toute nature juridique : « on ne peut définir le droit, et donc le droit

181 Cf. la note g du traducteur in G. Radbruch, « Injustice légale et droit supralégal », trad. M. Walz, *Archives de philosophie du droit*, vol. 39, 1995, p. 315.

182 G. Radbruch, « Injustice légale et droit supralégal », *art. cit.*, p. 315.

positif, autrement que par un ordre et règlement dont l'esprit est de servir la justice¹⁸³. »

Hart s'attaque surtout à la troisième formule (qu'on qualifie parfois de « formule de la négation »). Durant la dénazification, de nombreux juges, bourreaux et dénonciateurs ont été condamnés (alors qu'ils n'avaient pas enfreint la loi en vigueur au moment des faits) au motif que les lois nazies, en raison de leur caractère profondément injuste, étaient invalides et non juridiques. Hart donne l'exemple d'une femme ayant dénoncé son mari aux autorités nazies pour s'en débarrasser. Son mari fut condamné à mort et, en 1949, elle fut elle-même condamnée pour privation illégale de liberté. Le commentaire de Hart mérite d'être cité dans son intégralité :

On serait nombreux à applaudir le but – punir une femme pour un acte outrageusement immoral –, mais, pour l'atteindre, il a fallu déclarer qu'une loi établie depuis 1934 n'avait pas force de loi ; mais je doute que c'était là ce qu'il y avait de plus sage à faire. Il y avait évidemment deux autres choix possibles. L'un était de laisser la femme impunie ; on peut être d'accord pour soutenir que cela aurait été une mauvaise solution. L'autre était d'affronter le fait que si la femme devait être punie, elle devait l'être conformément à une loi explicitement rétroactive, en ayant pleinement conscience de ce qui était sacrifié en la punissant de cette manière. Aussi odieuses les lois pénales et les peines rétroactives soient-elles, s'y référer ouvertement dans cette affaire aurait au moins eu le mérite d'être franc. Cela aurait montré qu'en punissant la femme, un choix devait être fait entre deux maux, celui de la laisser impunie et celui de sacrifier un principe moral très précieux reconnu par la plupart des systèmes juridiques. Si l'histoire de la morale nous a appris quelque chose, c'est que, face à un dilemme moral, la meilleure chose à faire est de ne pas l'occulter. Comme les cornes du taureau, les circonstances dans lesquelles la vie nous contraint à choisir le moindre mal doivent être saisies en ayant conscience qu'elles sont ce qu'elles sont. Le principe selon lequel, dans certains cas limités, ce qui est totalement immoral ne peut être du droit ou ne peut être légal, présente un défaut : il sert à dissimuler la véritable nature des problèmes auxquels nous sommes confrontés et il va dans le sens de l'optimisme romantique qui consiste à penser que toutes les valeurs auxquelles nous sommes attachés formeront un seul système sans qu'aucune n'ait à être sacrifiée ni compromise pour s'accommoder aux autres :

Toute discorde est une harmonie incomprise

183 G. Radbruch, « Injustice légale et droit supralégal », *art. cit.*, p. 316.

Tout mal particulier est un bien universel¹⁸⁴

C'est certainement faux et on ne peut pas aborder le problème en présentant le dilemme à résoudre comme un cas ordinaire¹⁸⁵.

Ce texte est une véritable profession de foi pluraliste. Comme Berlin, Hart dénonce l'optimisme romantique selon lequel toutes les valeurs auxquelles nous sommes attachés peuvent être conciliées et affirme l'inéluctabilité des dilemmes et la nécessité de choisir. En fait, Hart n'est pas totalement en désaccord avec Radbruch : s'il rejette la troisième formule, il ne s'oppose pas à la deuxième formule (qu'on qualifie parfois de « formule de l'intolérance »). En effet, Hart reconnaît comme Radbruch la pluralité des valeurs et l'importance de la justice, de la sécurité juridique et de l'utilité. Il reconnaît comme Radbruch la conflictualité des valeurs et la nécessité, dans certains cas, de sacrifier une valeur (la sécurité juridique et la non-rétroactivité des peines) au profit d'une autre.

Pour Hart, le pluralisme des valeurs est une réalité que nous devons intégrer : « La vie sociale ne nous permet pas en principe de poursuivre une seule valeur ou une seule fin morale, en ignorant le besoin de trouver un compromis avec d'autres valeurs¹⁸⁶. » Dans une recension d'un ouvrage de Mackie, il reproche à ce dernier de suggérer que les conflits moraux peuvent être facilement résolus et ne doivent pas nous perturber. D'après Hart, la morale ne forme pas un tout cohérent¹⁸⁷. Pour appuyer son propos il cite J.L. Austin : « nous souscrivons joyeusement à – ou avons la bonne grâce d'être déchiré entre – des idéaux simplement disparates ; pourquoi *doit-il* exister un amalgame concevable, la Vie vertueuse pour l'être humain¹⁸⁸ ? » Selon Hart, nos institutions sociales, y compris celle du contrat, ne peuvent être comprises que comme un compromis entre plusieurs valeurs concurrentes : leur existence promeut une valeur donnée, mais elles ne promeuvent pas cette valeur coûte que coûte, sans tenir compte d'autres valeurs¹⁸⁹.

184 Il s'agit de vers tirés de *An Essay on Man* d'Alexander Pope.

185 *EJP*, p. 76-77. Pour la traduction : H.L.A. Hart, « Le positivisme et la séparation du droit et de la morale », trad. C. Béal (modifiée), in C. Béal (éd.), *Philosophie du droit : Norme, validité et interprétation*, Paris : J. Vrin, 2015, p. 220-221.

186 *LLM*, p. 38.

187 H.L.A. Hart, « Morality and Reality », *The New York Review of Books*, vol. 25, n° 3, 1978, p. 38.

188 J.L. Austin, « Plaidoyer pour les excuses », in *Écrits philosophiques*, trad. L. Aubert, A.-L. Hacker, Paris : Éditions du Seuil, 1994, p. 169, note 17.

189 *PR*, p. 10, p. 33-34.

À notre connaissance, Hart ne définit pas plus que Berlin le terme de valeur. Au contraire, il fait comme Berlin un usage extrêmement large de ce terme : il qualifie certains *principes de valeurs*, par exemple le principe de légalité¹⁹⁰ ; il utilise parfois de manière interchangeable les termes « but » et « valeur »¹⁹¹. En fait, les valeurs désignent *a minima* des choses auxquelles on attache de l'*importance* : il peut alors s'agir de biens (à promouvoir), de buts (à poursuivre), de principes (à respecter), etc.

Dans l'extrait ci-dessus de « Positivism and the Separation of Law and Morals », Hart cite Pope, mais le monisme auquel il s'attaque le plus souvent est le monisme utilitariste. En effet, pour les utilitaristes classiques (au sens chronologique du terme), il existe un principe ultime (le principe d'utilité) et une valeur ultime (le bonheur général)¹⁹². D'après Mill, la justice, conçue comme le respect des droits individuels, est seulement « une espèce ou une branche particulière de l'utilité générale¹⁹³ » et « tous les exemples de justice sont également des exemples de ce qui est avantageux¹⁹⁴ » : elle désigne des « utilités sociales¹⁹⁵ » de première importance, auxquelles s'attache un sentiment spécifique¹⁹⁶. Pour Hart, Mill se trompe lorsqu'il affirme qu'il ne peut pas y avoir de conflit entre la justice, conçue comme le respect des droits individuels, et la maximisation de l'utilité générale : il y a, entre ces deux *valeurs distinctes*¹⁹⁷, un « fossé infranchissable¹⁹⁸ » (*unbridgeable gap*). Le respect des droits individuels *modère* la maximisation de l'utilité générale et suppose une *concession* de la part de l'utilitarisme.

L'idée de Berlin selon laquelle le monisme peut être dangereux n'est pas étrangère à Hart. En effet, il insiste lui aussi sur le danger du monisme utilitariste :

dans une philosophie exclusivement utilitariste, il y a quelque chose de *très dangereux* pour

190 « The particular value which they sacrificed is the principle of legality [...]. » (*LLM*, p. 12.)

191 *PR*, p. 3.

192 « je renonce à tout avantage que je pourrais tirer au cours de mon argumentation de l'idée d'un droit abstrait, indépendant de l'utilité. Je considère l'utilité comme le critère absolu dans toutes les questions éthiques [...]. » (J.S. Mill, *De la liberté*, *op. cit.*, p. 76.)

193 J.S. Mill, *L'utilitarisme & Essai sur Bentham*, *op. cit.*, p. 102.

194 J.S. Mill, *L'utilitarisme & Essai sur Bentham*, *op. cit.*, p. 142.

195 J.S. Mill, *L'utilitarisme & Essai sur Bentham*, *op. cit.*, p. 143.

196 Dans le même sens : « Mais la justice n'est qu'un exemple d'*axiome intermédiaire*. Elle semble désirée pour elle-même, mais elle n'est qu'un prête-nom de l'utilité. » (D. Baranger, « Mill », in P. Raynaud, S. Rials (éd.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : P.U.F., 2003, p. 456.)

197 « Surely only if an increase in general utility was a value distinct from respecting an individual's rights could it be the reason for respecting them. » (*EJP*, p. 191.)

198 *EJP*, p. 188.

les conceptions contemporaines aussi bien que pour les conceptions plus anciennes des libertés civiles. [...] cette philosophie, mise en avant comme seul critère de la moralité des institutions juridiques, a un côté plus sombre. Cela se traduit par le fait qu'elle est prête à rendre négociables, au nom de la sécurité générale de la société, des protections que beaucoup considéreraient comme des droits fondamentaux de tous les individus contre l'État¹⁹⁹ [...].

Toutefois, ce passage ne doit pas nous inciter à penser qu'il existe pour Hart des droits *absolument inviolables* en toutes circonstances. En effet, « aucun homme n'a un droit absolu ou inconditionnel de faire ou de ne pas faire telle chose ou d'être traité de telle manière ; la contrainte ou la restriction de toute action peut être justifiée dans des conditions spéciales²⁰⁰ [...] ». Pour Hart comme pour Berlin, toutes les valeurs sont conditionnelles²⁰¹. Par exemple, même si les deux auteurs sont très attachés à la liberté, ils ne considèrent pas qu'il s'agisse d'une valeur prépondérante (c'est-à-dire qui l'emporte toujours ou qui ne peut être sacrifiée qu'en son nom). Berlin l'affirme *explicitement* dans « Two Concepts of Liberty »²⁰². Hart l'affirme *implicitement* dans sa recension de la *Théorie de la justice* de Rawls. En effet, Rawls soutient, on l'a rappelé plus haut, que la liberté ne peut être limitée qu'au nom de la liberté elle-même : si la liberté est réduite, le citoyen représentatif doit y trouver un gain pour sa liberté²⁰³. Rawls donne l'exemple du débat réglé (c'est-à-dire d'une réunion dans laquelle la prise de parole est soumise à des règles convenues à l'avance) : en réglant la prise de parole, on restreint certes la liberté de parole (en particulier celle de ceux qui ont tendance à la monopoliser), mais on permet également à tout le monde d'intervenir²⁰⁴. L'objection de Hart est que, dans cet exemple, d'autres valeurs que la liberté sont en jeu : par exemple, l'équité, l'efficacité, la qualité de la discussion, etc. La liberté n'est pas (seulement) limitée au nom de la liberté, mais pour que le débat soit *meilleur*²⁰⁵. Pour Hart, de nombreuses restrictions de la liberté (par exemple, les lois interdisant la diffamation, la calomnie, les atteintes à la vie

199 *EB*, p. 36, nos italiques.

200 H.L.A. Hart, « Are There Any Natural Rights ? », *art. cit.*, p. 176. Voir le passage suivant sur le droit au silence : « such rights might have to be suspended as in wartime if the scale of escape of the guilty threatened the fabric of society in which alone rights can be enjoyed. » (*EB*, p. 38.)

201 Comme il l'écrit : « the exclusion of all uncertainty at whatever costs in other values is not a goal which I have ever envisaged [...] » (*CL*, p. 251.)

202 « Je ne veux pas dire que la liberté individuelle constitue, même dans les sociétés les plus libérales, l'unique critère, ou même le critère dominant, de l'action politique. Nous obligeons nos enfants à recevoir une éducation, nous interdisons les exécutions publiques. Ce sont là assurément des limites posées à la liberté. Nous les justifions en disant que l'ignorance, une éducation barbare ou des plaisirs cruels sont pires que la somme des contraintes nécessaires à leur contention » (I. Berlin, « Deux conceptions de la liberté », *art. cit.*, p. 215-216.)

203 J. Rawls, *Théorie de la justice*, *op. cit.*, §39, p. 280-281.

204 J. Rawls, *Théorie de la justice*, *op. cit.*, §32, p. 239.

205 *EJP*, p. 233.

privée, l'utilisation de la voiture dans certains lieux, etc.) ne renforcent pas le système total de la liberté que tous partagent, mais nous protègent contre divers préjudices : dans ce cas, on ne met pas en balance la liberté avec la liberté, mais la liberté avec la protection contre divers préjudices²⁰⁶. Hart conclut sa recension en disant que si Rawls a jeté la lumière sur la relation entre la liberté et d'autres valeurs, il n'a pas réussi à démontrer sa priorité²⁰⁷.

Comme Berlin, Hart ne pense pas que les valeurs soient toujours commensurables. Il donne l'exemple suivant. L'école gratuite, laïque et obligatoire pour tous (qui répond à un idéal d'égalité) implique non seulement que la liberté de ceux qui veulent éduquer leurs enfants eux-mêmes soit sacrifiée, mais également que les investissements publics soient réduits dans d'autres domaines (mettons l'industrie). Certaines personnes voudront défendre ce choix au nom du « bien commun ». Mais, comme l'affirme Hart : « La signification des expressions n'est pas limpide parce qu'il semble qu'il n'y ait pas d'échelle qui permette d'évaluer la contribution des différentes options à la réalisation du bien commun et de déterminer la plus importante de ces contributions²⁰⁸. »

L'« existentialisme » de Berlin, c'est-à-dire l'idée selon laquelle la condition humaine nous condamne à choisir, se retrouve également chez Hart. Nous l'avons vu dans sa critique de Radbruch, mais on le voit également dans sa discussion du problème de la punition de l'innocent : celle-ci *peut* s'imposer comme une mesure tragique de dernier recours, mais dans ce cas nous devons avoir *conscience de sacrifier* un principe important, de *choisir* un moindre mal²⁰⁹. En réalité, une des raisons pour lesquelles Hart est pluraliste et n'est pas utilitariste est que l'utilitarisme, à l'inverse du pluralisme, est incompatible avec l'existence de dilemmes moraux²¹⁰. Pour Hart, le droit et plus généralement les êtres humains sont constamment confrontés à des dilemmes moraux, par exemple lorsqu'ils doivent obéir à des lois injustes²¹¹.

206 *EJP*, p. 239.

207 *EJP*, p. 247.

208 *CL*, trad. fr., p. 184-185. Dans le même sens, voir sa recension de la *Théorie de la justice* de Rawls : « other conflicts between basic liberties will be such that different resolutions of the conflict will correspond to the interests of different people who will diverge over the relative value they set on the conflicting liberties. In such cases, there will be no resolution which will be uniquely selected by reference to the common good. » (*EJP*, p. 235.)

209 *PR*, p. 12.

210 C. Tappolet, « Dilemmes moraux », in M. Canto-Sperber (éd.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Paris : P.U.F., 1996, p. 417-418. Voir aussi : « Si l'utilité est la source ultime des obligations morales, l'utilité peut être invoquée pour décider entre elles quand leurs exigences sont incompatibles. » (J.S. Mill, *L'utilitarisme & Essai sur Bentham*, op. cit., p. 68.)

211 Hart parle du dilemme humain (*human dilemma*) qui peut se poser : « if laws reached a certain degree of iniquity then there would be a plain moral obligation to resist them and to withhold obedience. » (*EJP*, p. 73.)

Hart tient à ce que ces dilemmes ne soient pas occultés et un des plus gros défauts de l'utilitarisme est, précisément, de les simplifier.

Nous avons signalé que, pour Berlin, il existait certaines valeurs universelles, qualifiées par Kekes de valeurs primaires. Hart rejoint Berlin sur ce point²¹². Dans *Law, Liberty and Morality*, il écrit :

toutes les morales sociales, peu importe leur contenu par ailleurs, font une place, dans une certaine mesure, à des valeurs universelles telles que la liberté individuelle, la sauvegarde de la vie et la protection contre les préjudices délibérément infligés. Il y aura donc toujours une bonne partie de la morale sociale qui vaudra la peine d'être préservée, et ce malgré le coût – en termes de ces mêmes valeurs – qu'implique sa mise en œuvre par le droit [...] ; la préservation d'une société donnée a de la valeur, car, entre autres choses, elle garantit aux êtres humains, dans une certaine mesure, ces valeurs universelles. On peut en effet soutenir qu'une société humaine dont la morale ne reconnaîtrait pas du tout ces valeurs n'est ni empiriquement ni logiquement possible, et même si elle l'était, une telle société ne pourrait être d'aucune valeur pratique pour les êtres humains²¹³.

Les valeurs universelles citées ici par Hart forment ce qu'il appelle le « contenu minimum du droit naturel²¹⁴ ». Étant donné un certain nombre de truismes sur la condition naturelle de l'homme (son désir de survivre, sa vulnérabilité, son altruisme et sa force de volonté limités, la rareté des ressources, etc.), un certain nombre de principes sont nécessaires : sans eux, il n'y aurait pas d'association humaine, pas d'avenir pour l'espèce humaine. Ces principes sont universels, ils forment un substrat commun au droit et à la morale conventionnelle de toutes les sociétés distinguant le droit et la morale²¹⁵.

Cependant, le fait qu'il existe des valeurs universelles ne doit pas masquer le fait, tout aussi important, qu'il existe des *désaccords axiologiques* fondamentaux. Il est très courant que nous n'ayons pas les mêmes valeurs ou que nous n'accordions pas le même poids à des valeurs que nous avons en commun :

212 Ou plutôt, Berlin rejoint Hart sur ce point. D'après certains commentateurs, Berlin aurait emprunté à Hart son idée de contenu minimum du droit naturel. Cf. J. Riley, « Liberal Pluralism and Common Decency », in J.-W. Müller (éd.), *Isaiah Berlin's Cold War Liberalism*, Palgrave Macmillan, 2019, p. 71, note 25.

213 *LLM*, p. 70.

214 Gray met lui aussi en parallèle les valeurs primaires et le contenu minimum du droit naturel de Hart. Cf. J. Gray, *Isaiah Berlin : An Interpretation of His Thought*, op. cit., p. 100.

215 *CL*, trad. fr., p. 203-217.

La dénonciation d'une restriction de la liberté peut se voir opposer la thèse selon laquelle le fait de sacrifier la liberté à l'égalité sociale ou économique ou encore à la sécurité était lui-même justifié. Ces différences de poids ou d'accent placé sur des valeurs morales différentes peuvent s'avérer irréconciliables. Elles peuvent se ramener à des conceptions idéales et radicalement différentes de la société, qui forment l'assise morale de partis politiques opposés²¹⁶.

Bref, étant donné tous ces éléments de preuve, on peut affirmer avec confiance que Hart défend le pluralisme des valeurs. Toutefois, c'est dans sa philosophie pénale qu'on en trouve la meilleure illustration.

c) Le pluralisme des valeurs et la distribution de la peine

Quel est le lien entre la philosophie pénale de Hart et son pluralisme des valeurs ? Son pluralisme des valeurs lui permet de répondre à la question de la distribution de la peine. Voyons comment. Selon Hart, le système pénal doit globalement être tourné vers l'avenir (et, en particulier, vers la réduction de la criminalité). Toutefois, à au moins deux étapes, il doit en partie être tourné vers le passé. La première étape est celle de la déclaration de culpabilité (*conviction*). Hart soutient que seuls ceux qui auraient pu agir autrement (c'est-à-dire seuls ceux qui ont commis un acte illégal, possèdent certaines capacités physiques et mentales et ont eu une chance raisonnable d'obéir à la loi) peuvent être condamnés. Pourquoi ? Si la prévention de la criminalité, la dissuasion, la sécurité, l'efficacité du système pénal, etc., étaient nos seules préoccupations, alors nous pourrions ne pas tenir compte de cette exigence. Toutefois, si comme Hart nous sommes attachés à la liberté et à la justice, alors nous ne pouvons pas l'ignorer. Comme il l'écrit :

Il y a des valeurs bien distinctes de celles de la peine rétributive que le système de responsabilité maintient, et qui restent d'une grande importance même si nos objectifs en matière de peine sont les objectifs tournés vers l'avenir de protection de la société. [...] Ce dont nous avons besoin, c'est d'une réinterprétation des notions de mérite et de responsabilité, d'une analyse à nouveaux frais de l'importance du principe selon lequel un acte volontaire devrait normalement être une condition nécessaire pour encourir une peine. Une telle

216 CL, trad. fr., p. 201.

réinterprétation [...] *mettrait l'accent sur les idées pratiquement universelles d'équité et de justice et sur la valeur de la liberté individuelle*²¹⁷.

La deuxième étape est celle de la détermination de la peine en qualité et en quantité (*sentencing*). Hart soutient, entre autres, que les infractions de gravité différente doivent être traitées de façon différente : celui qui a commis un délit mineur ne doit pas être puni de la même manière que celui qui a commis un crime extrêmement grave, une certaine proportion entre l'infraction et la peine doit être maintenue. Pourquoi ? À nouveau, si la prévention de la criminalité, la dissuasion, la sécurité, l'efficacité du système pénal, etc., étaient nos seules préoccupations, alors la proportionnalité serait optionnelle, voire nuisible. Mais ce ne sont pas nos seules préoccupations : nous voulons aussi être justes envers ceux que nous punissons, « même si en garantissant cette forme de justice envers ceux que nous punissons, nous garantissons un niveau moindre de conformité à la loi²¹⁸ ».

Dans *Le concept de droit*, Hart fait référence au dieu romain Janus (qui possède deux visages, l'un tourné vers le passé et l'autre vers l'avenir) et soutient que l'affirmation selon laquelle un système juridique existe est, comme le visage de Janus, à la fois tournée vers l'obéissance des particuliers et vers l'acceptation des règles secondaires par les autorités²¹⁹. De la même façon, on pourrait dire que le système pénal, comme le visage de Janus, doit être tourné à la fois vers ce qui a été fait/aurait pu être fait et vers ce qu'il faut faire pour que le passé ne se reproduise plus. Cette double orientation reflète notre attachement à des valeurs conflictuelles et notre souhait de les accommoder. Au début de « Prolegomenon to the Principles of Punishment », Hart affirme que les non-philosophes ont l'intuition qu'on ne peut pas répondre à *toutes* les questions concernant la justification de la peine à l'aide d'une seule valeur, mais n'arrivent pas expliquer comment ces différentes valeurs « s'articulent dans la justification de la peine²²⁰ » : c'est précisément ce que Hart essaye d'expliquer.

Dans un grand nombre de ses essais de philosophie pénale, Hart critique le procédé consistant à déduire la distribution de la peine de son *General Justifying Aim* et inversement. Donnons deux exemples. Premier exemple, *si* le but de la peine est de protéger la société, *alors* il n'est pas logique de fixer un maximum légal : les criminels doivent être remis en liberté lorsqu'ils

217 PR, p. 180-181, nos italiques.

218 PR, p. 201.

219 CL, trad. fr., p. 136.

220 PR, p. 2.

ne présentent plus aucun danger pour la société. Deuxième exemple, *si* nous punissons uniquement ceux qui auraient pu agir autrement, *alors* cela signifie que le but de la peine n'est pas de protéger la société, mais de faire payer celui a démerité. Pour Hart, ce procédé est sophistique. On ne peut pas déduire logiquement la distribution de la peine de son but, car le but de la peine n'est pas le seul but que nous poursuivons ou la seule chose qui compte ; inversement, on ne peut pas déduire le but de la peine de sa distribution, car la distribution de la peine peut très bien refléter des valeurs restreignant la poursuite de son but. Comme l'écrit Hart dans un passage en partie déjà cité :

Il est en général vrai qu'on ne peut pas inférer à partir des principes appliqués dans la détermination de la sévérité de la peine, quelles sont les finalités du système pénal et quelles sortes de conduite peuvent légitimement être sanctionnées. En effet, certains de ces principes, par exemple, l'exclusion de la torture ou des peines cruelles, peuvent représenter d'autres valeurs avec lesquelles on peut souhaiter trouver un compromis, compromis restreignant la poursuite des principales valeurs justifiant la peine. [...] dans la théorie de la peine, ce qui au bout du compte est moralement tolérable est généralement plus complexe que ce que nos théories suggèrent au départ. La vie sociale ne nous permet pas en principe de poursuivre une seule valeur ou une seule fin morale, en ignorant le besoin de trouver un compromis avec d'autres valeurs²²¹.

Une question qui revient constamment chez Hart est : Quel est le prix à payer pour quel gain (du point de vue des valeurs auxquelles nous sommes attachés) ? Sommes-nous prêts à le payer ? Nous *pourrions* avoir un système pénal benthamien, entièrement soumis au principe d'utilité et conçu pour maximiser la somme totale de bien-être dans le monde. Mais à quel prix ? Comme nous le verrons tout au long de cette thèse, le monisme de Bentham n'est pas nécessairement compatible avec un certain nombre de principes auxquels nous sommes (peut-être irrationnellement) attachés. Il implique de nombreux sacrifices dont il faut être conscient.

De même, nous *pourrions* avoir un système d'« hygiène sociale » basé sur la neutralisation du danger et l'intervention *ante delictum*. Celui-ci contiendrait la criminalité sans doute plus efficacement que les systèmes pénaux dont nous sommes familiers. Mais à quel prix ? Comme l'écrit Hart :

221 LLM, p. 37-38.

On peut concevoir que le contrôle juridique de la conduite prenne la forme d'un conditionnement à la *Brave New World*, afin que les gens ne soient jamais tentés de désobéir à la loi, ou prenne la forme de mesures préventives ou neutralisatrices, afin que les gens ne soient pas en mesure de désobéir. Par opposition à de telles formes de contrôle, le droit criminel et le droit de la responsabilité délictuelle, indépendamment des sanctions, s'adressent en premier lieu aux individus comme à des êtres intelligents dont on présume qu'ils sont capables de contrôler leur conduite et les invitent à la contrôler. Ils diffèrent la coercition et les mesures punitives jusqu'à ce qu'il soit démontré que ce premier appel a été ignoré, c'est-à-dire jusqu'à ce qu'un crime ait été commis ou un préjudice causé. *Il s'agit du prix à payer pour une forme de contrôle social qui invite les sujets de droit à obéir et de la sorte, en préservant la possibilité de désobéir, maximise la liberté dans le cadre des sanctions coercitives*²²².

Comme nous l'expliquions précédemment, pour Berlin et Hart, aucune valeur n'est *absolue* ou *prépondérante*. Les développements de Hart sur la distribution de la peine l'illustrent avec éloquence. En effet, Hart serait prêt, dans certaines circonstances extraordinaires, à sacrifier le principe de justice selon lequel seul un infracteur peut être puni pour son infraction s'il s'agit du seul moyen d'éviter une catastrophe majeure : « Si l'on pouvait éviter suffisamment de misère en sacrifiant une personne innocente, il pourrait y avoir des situations dans lesquelles il pourrait être jugé moralement acceptable de franchir ce pas²²³. » Il serait également prêt à sacrifier le principe d'équité selon lequel les cas semblables doivent être traités de la même façon et à infliger des peines exemplaires si cela était nécessaire pour mettre fin à des émeutes ou à une vague de délits :

L'équité entre les différents infracteurs, exprimée en termes de sanctions différentes, n'est pas une fin en soi, mais une manière de poursuivre d'autres objectifs qui a effectivement moralement droit à notre attention ; et nous devrions la mettre en œuvre lorsqu'elle n'entrave pas la poursuite des objectifs principaux de la peine. C'est précisément sous cet angle que les juges anglais ont très souvent examiné les demandes d'égalité de traitement de différents infracteurs. Lorsqu'un crime est devenu exceptionnellement ou dangereusement fréquent, les juges ont défendu la nécessité de punir un délinquant plus sévèrement que les précédents au motif que cette mesure était nécessaire pour endiguer un mal majeur²²⁴.

222 *CIL*, p. lxxix, nos italiques. Comparer avec le passage suivant : « our system takes a risk which these alternative systems do not. Our system does not interfere till harm has been done and has been proved to have been done with the appropriate *mens rea*. But the risk that is here taken is not taken for nothing. It is the price we pay for general recognition that a man's fate should depend upon his choice [...]. » (*PR*, p. 182.)

223 *PR*, p. 81. Voir également *PR*, p. 12, p. 21.

224 *PR*, p. 172. Voir aussi : « In this brief outline of justice we have considered only some of its simpler

Enfin, Hart serait prêt à aménager la doctrine de la *mens rea* si le prix à payer pour son maintien, en termes de sécurité, était trop élevé : « Mon seul souci a été de montrer que le principe de responsabilité [...] peut être sacrifié lorsque le coût social de son maintien est trop élevé²²⁵ [...] ». Il propose par exemple de ne plus tenir compte de la maladie mentale au stade de la déclaration de culpabilité, mais seulement au stade de la détermination de la peine²²⁶.

S'il fallait retenir une leçon de la philosophie pluraliste de Hart, ce serait que nous devons renoncer au rêve d'un système pénal *parfait* ou *sans perte* qui réaliserait toutes les valeurs auxquelles nous sommes attachés, sans jamais devoir faire des sacrifices ou des compromis, sans jamais devoir établir des priorités. Dans un passage du *Concept de droit* consacré à la texture ouverte des règles de droit, il écrit :

il existe une autre raison de ne pas caresser, même comme idéal, l'idée d'une règle à ce point détaillée que la question de savoir si elle s'applique ou non à un cas particulier serait toujours résolue d'avance, et n'impliquerait jamais, à l'occasion d'une application effective, un choix nouveau entre différentes solutions possibles. En bref, cette raison est que la nécessité d'un tel choix s'impose à nous par le fait que nous sommes des hommes et non des dieux²²⁷.

La même chose peut être dite du système pénal. Parce que nous sommes des hommes et non des dieux, nous ne devons pas caresser, même comme idéal, l'idée d'un système pénal qui serait parfaitement juste, efficace et humain et ne nous obligerait pas à choisir. Évidemment, nous pouvons et nous devons, selon Hart, aspirer à un équilibre, à un bon compromis. Toutefois, un système équilibré n'est pas un système parfait, sauf à considérer que l'équilibre est la seule forme de perfection réalisable sur terre. Lorsque Lacey résume dans *State Punishment* sa propre conception de la peine, elle croit proposer une conception légèrement différente de celle de Hart, mais en vérité leurs conceptions sont identiques :

applications in order to show the specific form of excellence attributed to laws which are appraised as just. Not only is this distinct from other values which laws may have or lack, but sometimes *the demands of justice may conflict with other values*. This may occur, when a court, in sentencing a particular offender for a crime which has become prevalent, passes a severer sentence than that passed in other similar cases, and avowedly does this "as a warning". There is here a sacrifice of the principle "Treat like cases alike" to the general security or welfare of society. » (CL, p. 165-166, nos italiques.)

225 PR, p. 185.

226 PR, p. 195-196.

227 CL, trad. fr., p. 147.

la conception de la peine que j'ai défendue est pluraliste [...] en ce sens qu'elle définit la peine comme poursuivant et respectant un ensemble de valeurs distinctes qui ne peuvent pas nécessairement être réduites les unes aux autres, ou réduites à une commune mesure supérieure comme l'utilité générale. Mais il y a une différence importante entre ma conception pluraliste et celle des théories mixtes. En premier lieu, tout en conservant la vision pluraliste, j'ai résisté à une hiérarchisation rigide des valeurs en jeu, ou à la spécification de l'une d'entre elles comme *side constraint* pour les autres²²⁸.

Une autre référence avec laquelle le parallèle s'impose est, paradoxalement, *The Morality of Law* de Fuller. Nous disons « paradoxalement » parce que Hart et Fuller étaient, c'est bien connu, loin d'être d'accord. Selon Fuller, l'existence d'un système juridique dépend du respect de huit exigences, de huit « types d'excellence juridique²²⁹ » constituant ce qu'il appelle la morale interne au droit : les règles de droit doivent être générales, compréhensibles, stables, ni rétroactives ni contradictoires, publiées, ne pas exiger l'impossible, appliquées par les autorités. La thèse de Fuller qui nous intéresse ici est que ces multiples exigences ne peuvent pas être réalisées à la perfection, puisqu'elles peuvent entrer en conflit. Fuller donne l'exemple suivant. Au début du régime communiste en Pologne, les autorités s'efforcèrent de rédiger des lois claires, c'est-à-dire compréhensibles même pour l'ouvrier et le paysan. Toutefois, elles prirent conscience du fait que la clarté comportait un coût caché : elle rendait plus capricieuse et moins prévisible l'application de la loi par les tribunaux ; elle ne permettait ni d'agencer les lois de manière harmonieuse, ni de les appliquer de façon cohérente. Par conséquent, les autorités durent revenir à une forme d'équilibre, au détriment de la clarté²³⁰. Selon Fuller, un système juridique parfait, dans lequel les règles sont parfaitement claires, cohérentes, connues de tous, jamais rétroactives, constantes à travers le temps, raisonnablement exigeantes, etc., est une utopie²³¹. Au contraire, nous devons chercher un compromis entre ces multiples exigences, toutes aussi légitimes les unes que les autres : « Toute quête humaine est un jour confrontée au problème de l'équilibre à trouver, au fur et à mesure qu'on parcourt le long trajet qui mène de l'abîme de l'échec total aux cimes de l'excellence humaine²³². »

228 N. Lacey, *State Punishment : Political Principles and Community Values*, Londres : Routledge, 1988, p. 199.

229 L.L. Fuller, *La moralité du droit*, trad. J. Van Meerbeeck, Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 2017, p. 50

230 L.L. Fuller, *La moralité du droit*, op. cit., p. 54.

231 L.L. Fuller, *La moralité du droit*, op. cit., p. 51.

232 L.L. Fuller, *La moralité du droit*, op. cit., p. 55.

Selon Hart, la partie de *The Morality of Law* consacrée aux « antinomies » qui peuvent surgir au sein de la morale interne au droit est la meilleure partie de l'ouvrage, celle dans laquelle Fuller dit des choses importantes et nouvelles²³³. Il admet que « des exceptions sont nécessaires, tout comme de nombreux compromis et ajustements²³⁴ ». Cela n'a rien d'étonnant puisque le propos de Fuller est, en l'occurrence, très proche de celui de Hart.

3. Le pluralisme des formes de raison morale

Le pluralisme des valeurs n'est pas le seul aspect du pluralisme moral de Hart : non seulement les valeurs sont irréductiblement plurielles, mais en outre les « formes de raison morale²³⁵ » (*forms of moral reason*) sont irréductiblement plurielles.

Dans cette sous-partie, nous ne partirons pas de Berlin, mais d'un article de Nagel, « La fragmentation de la valeur ». Ensuite, nous examinerons à la lumière de cet article le pluralisme des formes de raison morale de Hart. Enfin, nous montrerons l'importance du pluralisme des formes de raison morale pour la question de la justification de la peine.

a) Nagel et la fragmentation de la valeur

Selon Nagel, il existe cinq *types* de valeur, formellement distincts, qui peuvent entrer en conflit. Ces cinq types de valeur sont²³⁶ :

1° Les obligations spécifiques envers des personnes ou des institutions : les obligations envers nos parents, nos amis, notre université, etc. Elles sont *dues* à ces personnes ou à ces institutions et elles découlent soit d'un engagement volontaire, soit d'une relation spécifique avec ces personnes ou ces institutions.

2° Les droits généraux que tout le monde a d'accomplir certaines choses ou de ne pas être traité d'une certaine manière. Ces droits ne dépendent d'aucune obligation spécifique. Nous les avons simplement parce que nous sommes des êtres humains, et non parce que nous avons

²³³ *EJP*, p. 347-348.

²³⁴ *EJP*, p. 348.

²³⁵ H.L.A. Hart, « Are There Any Natural Rights ? », *art. cit.*, p. 186.

²³⁶ T. Nagel, *Mortal Questions*, Cambridge : Cambridge University Press, 1979, p. 129-130.

une relation spécifique avec certaines personnes ou certaines institutions.

3° L'utilité générale : « La considérer consiste à prendre en compte les effets de ce que l'on fait dans l'intérêt de tout le monde – que les composantes de cet intérêt soient liées ou non à des obligations particulières ou à des droits généraux. L'utilité comprend tous les aspects du bien et du tort que l'on fait à tous les gens (ou à tous les êtres doués d'une sensibilité), et pas simplement à ceux avec lesquels l'agent a une relation particulière, ou envers lesquels il a pris un certain engagement²³⁷. »

4° Les fins ou les valeurs perfectionnistes (*perfectionist ends or values*) : la découverte scientifique, la création artistique, l'exploration spatiale, etc., ont toutes une valeur intrinsèque. Beaucoup considèrent qu'il est fondamental de faire de grandes avancées mathématiques, même si peu sont capables de les comprendre, même si leur utilité pratique est quasiment nulle, même si cela implique de gros sacrifices.

5° Les engagements envers nos propres projets : la poursuite d'un projet (comme l'écriture d'un livre), une fois initiée, peut acquérir une importance majeure et devenir une valeur en soi en concurrence avec d'autres valeurs. Elle peut nous conduire à sacrifier certaines choses auxquelles on tient par ailleurs.

Pour Nagel, aucun de ces cinq types de valeur n'est prépondérant : « il est absurde de soutenir que des obligations ne peuvent jamais avoir plus de poids que des droits, ou que l'utilité, aussi grande soit-elle, ne peut jamais avoir plus de poids que des obligations²³⁸. » Il distingue les raisons personnelles, impersonnelles, centrées sur l'agent et centrées sur le résultat. Les engagements envers nos propres projets et les obligations spécifiques sont des raisons personnelles, centrées sur l'agent. Les droits sont des raisons un peu moins personnelles que les obligations, mais centrées sur l'agent : ils ne dérivent pas d'une relation spécifique avec certaines personnes, mais ils donnent surtout aux individus des raisons de ne pas traiter d'autres individus d'une certaine manière ; ils ne se préoccupent pas de ce qui serait tout compte fait mieux pour tout le monde. Enfin, l'utilité générale et les valeurs perfectionnistes sont des raisons impersonnelles, centrées sur le résultat : ce qui compte, c'est l'état du monde

237 T. Nagel, *Mortal Questions*, *op. cit.*, p. 129. Pour la traduction citée ici : T. Nagel, *Questions mortelles*, trad. P. Engel, C. Engel-Tiercelin, Paris : P.U.F., 1983, p. 153.

238 T. Nagel, *Mortal Questions*, *op. cit.*, p. 131.

avant et après mon action²³⁹.

Pour Nagel, la « fragmentation de la valeur » est due au fait que l'être humain est capable d'adopter plusieurs perspectives irréductibles : il peut envisager le monde d'un point de vue individuel, d'un point de vue relationnel, d'un point de vue impersonnel, etc. Comme Nagel l'écrit :

Nous apprécions la force des raisons impersonnelles quand nous nous détachons de notre situation personnelle et de nos relations particulières aux autres. Des considérations utilitaires apparaissent de cette manière quand notre détachement prend la forme de l'adoption d'un point de vue général qui englobe la vision que chacun a du monde dans lequel il se trouve. Bien sûr les résultats ne seront pas toujours clairs. Mais une telle vision d'ensemble est évidemment très différente de celle qui apparaît dans le souci qu'une personne peut avoir de ses obligations particulières envers sa famille, ses amis, ou ses collègues. Dans ce cas-là, elle pense beaucoup à sa propre situation particulière dans le monde. Les deux motifs proviennent de deux points de vue différents, qui sont tous deux importants, mais fondamentalement irréductibles à une base commune²⁴⁰.

Selon nous, on trouve chez Hart un point de vue assez proche, bien qu'il soit seulement esquissé.

b) Hart et la pluralité des formes de raison morale

Pour Hart, la morale comprend différents « segments²⁴¹ » (différentes « branches²⁴² », différentes « dimensions²⁴³ », différents « secteurs²⁴⁴ ») qui fournissent chacun différentes formes de raison morale. Ainsi, les termes « devoir », « obligation », « *right* », « bon » proviennent de (et renvoient à) différents segments de la morale : ils ne concernent pas les

239 T. Nagel, *Mortal Questions*, *op. cit.*, p. 132-133.

240 T. Nagel, *Mortal Questions*, *op. cit.*, p. 133. Pour la traduction : T. Nagel, *Questions mortelles*, *op. cit.*, p. 157.

241 H.L.A. Hart, « Are There Any Natural Rights ? », *art. cit.*, p. 179, note 7. Cette expression revient souvent, comme ici : « Justice constitutes one *segment of morality* primarily concerned not with individual conduct but with the ways in which classes of individuals are treated. » (*CL*, p. 167, nos italiques.) Ou ici : « Yet this is no better ground for the identification of what are disparate, though of course related, *segments of morality* [...] » (H.L.A. Hart, « Legal and Moral Obligation », *art. cit.*, p. 83, nos italiques.) Ou ici : « no account of justice as a distinct *segment of morality* could be given. » (*EJP*, p. 187-188, nos italiques.)

242 H.L.A. Hart, « Are There Any Natural Rights ? », *art. cit.*, p. 177.

243 H.L.A. Hart, « Are There Any Natural Rights ? », *art. cit.*, p. 186.

244 H.L.A. Hart, « Are There Any Natural Rights ? », *art. cit.*, p. 178.

mêmes types de conduite et nous permettent de faire des critiques ou des évaluations morales qui ne sont pas du même type²⁴⁵. Comme Hart l'écrit dans une petite entrée rédigée pour un dictionnaire des sciences sociales :

Dans de nombreuses discussions philosophiques, le mot « devoir » est utilisé dans un sens large [...] pour désigner *toute action qu'une personne a une raison morale de faire ou de ne pas faire*. Certains s'opposent à cet usage au motif que la « morale » comprend de nombreux types différents de raison d'agir, et une conduite qui est moralement désirable simplement en vertu de ses conséquences, ou qui est moralement admirable car surérogatoire, ou l'héroïsme, devraient être distingués des devoirs qui représentent un *minimum* moral prescrit par des règles bien établies essentielles à la vie sociale²⁴⁶.

L'usage très large que font les philosophes du mot « obligation » ou « devoir », selon Hart, nous empêche de voir la « variété et la complexité²⁴⁷ » de la morale. Nous devons résister à la tentation (à laquelle les philosophes succombent trop souvent) d'assimiler tous les types de jugement moral à un seul type²⁴⁸. Pour Hart, il est essentiel d'avoir une vue claire de chaque secteur de la morale, des différents types de *moral ground* nous permettant de dire « *You ought...* » ou « *You ought not...* »²⁴⁹. Il y en a au moins six.

Premier segment, les droits moraux²⁵⁰. Dire « Je n'ai pas le droit de... » est un premier type de raison morale. Selon Hart, les droits moraux sont une branche de la morale dont la fonction est de déterminer dans quelles circonstances la liberté d'un individu peut être restreinte par celle d'un autre²⁵¹. Il distingue les droits spéciaux et les droits généraux (nous verrons dans le chapitre 2 qu'il emploie, au tournant des années 1970-80, une autre terminologie et oppose les « droits moraux positifs » aux « droits naturels »). Les droits spéciaux ont pour source une transaction ou une relation spécifique entre individus. Par exemple, j'ai le droit spécial (que

245 H.L.A. Hart, « Are There Any Natural Rights ? », *art. cit.*, p. 179, note 7.

246 H.L.A. Hart, « Duty », in J. Gould, W.L. Kolb (éd.), *A Dictionary of the Social Sciences*, New York : Free Press, 1964, p. 214, nos italiques.

247 « the extension of these terms to the whole field of morality blinds us to its variety and complexity. » (H.L.A. Hart, « Legal and Moral Obligation », *art. cit.*, p. 83.) Nous revenons sur l'importance de la complexité chez Hart et, plus généralement, au sein de la philosophie du langage ordinaire, à la fin de cette introduction.

248 H.L.A. Hart, « Legal and Moral Obligation », *art. cit.*, p. 100.

249 H.L.A. Hart, « Are There Any Natural Rights ? », *art. cit.*, p. 189.

250 « there is much still to be done to identify the peculiar features of the dimension of morality constituted by the conception of basic moral rights and the way in which that dimension of morality relates to other values pursued through government. » (*EJP*, p. 221-222.)

251 H.L.A. Hart, « Are There Any Natural Rights ? », *art. cit.*, p. 177.

les autres n'ont pas) d'utiliser la voiture de Paul parce qu'il y a consenti. Les droits généraux sont différents des droits spéciaux pour trois raisons : ils n'ont pas pour source une transaction ou une relation spécifique entre individus ; ils appartiennent à tous les individus capables de choix ; ils imposent des obligations à tout le monde, pas seulement à des personnes spécifiques comme dans le cas du consentement, par exemple²⁵².

Dans sa recension de *Anarchy, State, and Utopia*, Hart insiste bien sur le fait que les droits ne sont pas le seul segment de la morale. Un des défauts de la théorie de Nozick est qu'elle repose justement une forme de monisme moral : le paysage moral offert par Nozick ne contient que des droits ; la faute morale n'a qu'une seule forme, à savoir violer les droits d'autrui ; tant que les droits d'autrui ne sont pas violés, les besoins des individus, leur misère ou les inégalités importent peu d'un point de vue moral²⁵³. Mais, comme le demande Hart : « Pourquoi un critique de la société devrait-il ainsi supposer qu'il n'y a qu'une seule forme de faute morale, à savoir la violation des droits individuels ? Pourquoi devrait-il détourner son regard des conséquences en termes de bonheur ou de misère humaine produites par le fonctionnement d'un système de tels droits²⁵⁴ ? »

Deuxième segment, les obligations. Dire « J'ai l'obligation de... » est un autre type de raison morale. De même que Hart distingue les droits spéciaux et les droits généraux, il distingue les obligations spéciales et les obligations générales²⁵⁵. Les obligations spéciales ont au moins deux caractéristiques. Premièrement, elles résultent d'actions volontaires (par exemple, une promesse). Deuxièmement, elles sont dues à des personnes bien définies (par exemple, la personne à qui j'ai fait une promesse, qui a le droit d'en exiger l'exécution)²⁵⁶.

Les obligations générales sont des obligations que tout adulte normal est censé avoir d'un bout à l'autre de sa vie, par exemple, s'abstenir de toute forme de violence, ne pas être cruel, aider autrui, etc.²⁵⁷ Elles correspondent à ce que Rawls qualifie de « devoirs naturels » : elles s'appliquent à nous indépendamment de nos actes volontaires, elles n'ont pas de relation nécessaire avec des pratiques sociales (comme la promesse, par exemple)²⁵⁸. Parmi ces

252 H.L.A. Hart, « Are There Any Natural Rights ? », *art. cit.*, p. 183-188.

253 *EJP*, p. 203.

254 *EJP*, p. 205.

255 *CL*, trad. fr., p. 189.

256 H.L.A. Hart, « Are There Any Natural Rights ? », *art. cit.*, p. 179, note 7.

257 *CL*, trad. fr., p. 189.

258 J. Rawls, *Théorie de la justice*, *op. cit.*, §19, p. 144.

obligations générales, on pourrait distinguer les obligations générales strictes et les obligations générales larges. Les premières sont impératives, mais en ce qui concerne les deuxièmes, « on ne considère pas leur réalisation comme allant de soi, [...] mais comme un fait digne d'éloge²⁵⁹ ».

Troisième segment, les devoirs. Dire « C'est mon devoir de... » est encore un autre type de raison morale. Ce qui distingue les devoirs des obligations spéciales est qu'ils ne résultent pas d'actions volontaires antérieures ; ce qui distingue les devoirs des obligations générales est qu'ils s'attachent à des fonctions ou à des rôles relativement distincts et permanents, que tous les membres de la société n'ont pas²⁶⁰ : les parents ont le devoir de protéger leurs enfants, les enfants ont le devoir d'aider leurs parents, un médecin a le devoir d'informer clairement son patient des risques auxquels il s'expose, etc. Évidemment, les devoirs peuvent varier d'une société à une autre, d'une époque à une autre : « dans une société donnée, le devoir d'une épouse peut très bien être de se jeter dans le bûcher aux funérailles de son mari²⁶¹ [...] ».

Quatrième segment, les conséquences ou l'utilité générale. Dire « Ce ne serait pas une bonne chose, tout compte fait, de... » est à nouveau un autre type de raison morale. On ne peut pas parler d'obligation dans ce cas-là :

il est pour le moins trompeur de dire que nous avons reconnu (ou admis) une obligation lorsque, dans des circonstances difficiles, non prévues par ce que l'on pourrait raisonnablement appeler une règle, nous réfléchissons aux conséquences d'autres lignes de conduite et décidons de ce qui est dans l'ensemble la meilleure chose à faire²⁶².

Dans un manuscrit (cité par Hart²⁶³) intitulé « Fausses manières de raisonner en matière de législation », Bentham soutient que la seule raison valable qu'on peut donner en faveur d'une loi est ses *effets positifs*. Toutes les raisons d'un autre type sont de mauvaises raisons, de pseudo-raisons : antiquité de la loi n'est pas raison, autorité religieuse n'est pas raison, antipathie n'est pas raison, sympathie n'est pas raison, etc.²⁶⁴ Le propos est encore plus radical

259 *CL*, trad. fr., p. 200.

260 H.L.A. Hart, « Legal and Moral Obligation », *art. cit.*, p. 103-104.

261 *CL*, trad. fr., p. 189.

262 H.L.A. Hart, « Legal and Moral Obligation », *art. cit.*, p. 82.

263 H.L.A. Hart, « Bentham », *art. cit.*, p. 38, note 1.

264 « Qu'est-ce que donner une *bonne raison* en fait de loi ? C'est alléguer des biens ou des maux que cette loi tend à produire : autant de biens, autant d'arguments en sa faveur : autant de maux, autant d'arguments contre elle. [...] Qu'est-ce que donner une *fausse raison* ? C'est alléguer pour ou contre une loi tout autre chose que

dans l'*Introduction aux principes de morale et de législation* :

La seule bonne raison d'agir qui puisse exister est, au bout du compte, la considération de l'utilité [...]. Il existe une foule d'autres principes, c'est-à-dire d'autres motifs qui expliquent pourquoi tel ou tel acte *a été* commis : il s'agit des raisons ou des causes qui expliquent qu'il ait été commis. Mais il n'y a que le principe d'utilité qui puisse donner la raison pour laquelle il aurait pu ou aurait dû être fait²⁶⁵.

Selon Hart, la doctrine restrictive de Bentham en matière de raison d'agir explique beaucoup de choses. Elle explique pourquoi il rejette les droits moraux : en effet, ceux-ci supposent de traiter comme une raison d'agir quelque chose qui, pour Bentham, ne peut en aucun cas être une raison d'agir²⁶⁶. Elle explique pourquoi la « conscience » ne fait pas partie de sa table des ressorts de l'action²⁶⁷ : en effet, « la conscience implique nécessairement d'accepter les méfaits passés comme une raison en soi d'avoir des remords et de les réparer²⁶⁸ ».

Pour Hart, la doctrine restrictive de Bentham nous force à abandonner de nombreux concepts, comme celui de gratitude. En effet, on ne peut parler de gratitude que lorsque le service rendu ou le bienfait reçu (qui appartiennent au passé) sont *en eux-mêmes une raison* d'exprimer notre reconnaissance ou de rendre la pareille²⁶⁹. La doctrine restrictive de Bentham nous oblige également à abandonner le concept de droit moral. En effet :

la classe de raisons qui sont des supports logiquement appropriés pour l'attribution de droits moraux [...] doit se référer aux propriétés actuelles ou aux actions passées des individus qui sont censés avoir des droits moraux comme étant en soi des raisons suffisantes pour les traiter d'une certaine manière indépendamment des conséquences bénéfiques pour la société²⁷⁰.

Par exemple, si je dis que Marie a (moralement) droit au même salaire que Jean, je ne peux pas justifier mon affirmation en disant que l'entreprise profiterait d'une augmentation de son

ses effets, soit en bien, soit en mal. » (J. Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, *op. cit.*, p. 40.)

265 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, *op. cit.*, chapitre II, §19, p. 48-49.

266 H.L.A. Hart, « Bentham », *art. cit.*, p. 38.

267 C'est un des reproches adressés par Mill à Bentham dans son *Essai sur Bentham* : « Rien n'est plus curieux que de constater l'absence dans ses écrits de toute reconnaissance de l'existence de la conscience [...]. » (J.S. Mill, *L'utilitarisme & Essai sur Bentham*, trad. C. Audard, P. Thierry, 2^e édition, Paris : P.U.F., 2009, p. 201.)

268 H.L.A. Hart, « Bentham », *art. cit.*, p. 39.

269 H.L.A. Hart, « Bentham », *art. cit.*, p. 41.

270 H.L.A. Hart, « Bentham », *art. cit.*, p. 38.

salaires (c'est peut-être vrai, mais ce n'est pas le sujet)²⁷¹. Je peux en revanche la justifier en disant qu'ils ont exactement les mêmes compétences, qu'ils font le même travail, qu'ils ont la même ancienneté, etc. Enfin, la doctrine restrictive de Bentham nous oblige à abandonner le concept d'obligation, puisque « dans les énoncés d'une obligation, même juridique, est analytiquement impliquée l'acceptation de l'idée selon laquelle l'acte passé ou l'inaction est une raison ou une justification en termes de règles juridiques pour l'infliction de "sanctions"²⁷² ».

Selon Hart, le concept restrictif de raison défendu par Bentham n'est certainement pas *notre* concept de raison²⁷³. Ce qu'on peut éventuellement soutenir, c'est que l'utilité est une raison primordiale (*paramount reason*) qui peut l'emporter, en cas de conflit, sur d'autres raisons²⁷⁴.

Cinquième segment, la justice. Dire « C'est injuste de... » est encore un autre type de raison morale. Dans *Le concept de droit*, Hart écrit :

Il y a assurément de très bonnes raisons pour donner à la justice une place de choix dans la critique des dispositions juridiques ; il est cependant important de voir que la justice constitue un segment restreint de la morale et que les règles de droit ainsi que leur mise en œuvre peuvent posséder ou ne pas posséder des excellences qui ne sont pas du même type. Une réflexion très sommaire portant sur quelques types courants de jugement moral suffit à montrer ce caractère particulier de la justice. On estimera la plupart du temps qu'un homme coupable de cruauté grave à l'égard de son enfant a fait d'un point de vue moral quelque chose de *mal*, de *mauvais*, ou même de *pervers* ou encore qu'il a enfreint son *obligation* morale ou son devoir à l'égard de son enfant. Mais il paraîtra par contre étrange de critiquer sa conduite en la qualifiant d'*injuste*. Ce n'est pas parce que le mot « injuste » a trop peu de pouvoir condamnatrice, mais parce que l'objet de la critique morale en termes de justice ou d'injustice est habituellement différent et plus spécifique que les autres types généraux de critique morale qui conviennent à ce cas particulier et sont formulés à l'aide de termes tels que « mal »,

271 On retrouve ici l'idée d'« erreur de catégorie » de Ryle, mais utilisée dans le domaine moral.

272 H.L.A. Hart, « Bentham », *art. cit.*, p. 40.

273 H.L.A. Hart, « Bentham », *art. cit.*, p. 41. On pourrait ici faire un rapprochement entre Hart et Dancy (années 1990). Dans *Moral Reasons*, Dancy s'attaque au conséquentialisme qu'il définit ainsi : « Consequentialism stands as a restriction on the sorts of reasons there can be, and typically it is said to allow only the agent-neutral. » (J. Dancy, *Moral Reasons*, Oxford : Blackwell, 1993, p. 166.) On retrouve ici ce que Hart appelle la doctrine restrictive de Bentham en matière de raison d'agir. Dancy soutient qu'il existe *a minima* trois types de raisons morales : les raisons conséquentialistes, les options et les contraintes. (J. Dancy, *Moral Reasons*, *op. cit.*, p. 167.) On retrouve ici la distinction faite par Hart dans la petite entrée de dictionnaire citée plus haut.

274 H.L.A. Hart, « Bentham », *art. cit.*, p. 42.

« mauvais » ou « pervers »²⁷⁵.

Ainsi, la justice est un segment de la morale concernant principalement le partage de certaines charges et de certains bénéfices entre différentes *catégories* d'individus²⁷⁶. Il y aura injustice, par exemple, si on interdit aux Noirs et pas aux Blancs (catégories) d'avoir accès aux parcs ou aux transports en commun (bénéfices).

Sixième segment, les vertus morales. Dire « Ce serait vertueux (brave, courageux) d'agir ainsi » est encore un autre type de raison morale. À nouveau, c'est dans *Le concept de droit* que Hart donne les principales caractéristiques de ce segment de la morale :

Un grand nombre de vertus morales sont des qualités qui consistent à être capable et disposé à dépasser les limites du devoir pour aller dans le sens de l'intérêt d'autrui et du sacrifice sur le plan de l'intérêt personnel qu'exige cette démarche. La bienveillance et la charité en sont des exemples. D'autres vertus morales, comme la tempérance, la patience, le courage et la droiture sont, dans un sens, subordonnées : elles constituent des qualités de caractère que l'on manifeste dans une fidélité exceptionnelle à son devoir ou dans la poursuite de grands idéaux moraux, au moment où l'on se trouve exposé à une tentation pressante ou au danger²⁷⁷.

Ainsi, les vertus morales, pour Hart, sont proches des obligations générales larges. Toutefois, elles s'en distinguent puisqu'elles sont des qualités de caractère.

Selon Hart, les différentes formes de raison morale peuvent entrer en conflit. Il prend l'exemple de la promesse. Une fois que j'ai promis à quelqu'un de faire quelque chose, j'ai l'obligation de tenir parole. Toutefois, il se peut qu'en tenant parole, je crée une catastrophe. Dans ce cas, je suis face à un dilemme : j'ai une raison morale d'un certain type (l'obligation) de tenir parole et une raison morale d'une autre type (les mauvaises conséquences) de ne pas tenir parole :

Il n'y a aucune contradiction ou incorrection à dire « J'ai l'obligation de faire X, quelqu'un a le droit de me demander de le faire, mais je vois à présent que je ne dois pas le faire (*I ought not to do it*) ». Dans des situations douloureuses, ce sera parfois un moindre mal que de ne pas tenir compte des droits des personnes et de ne pas respecter nos obligations envers elles. Cela

275 CL, trad. fr. modifiée, p. 175-176.

276 CL, trad. fr., p. 176.

277 CL, trad. fr., p. 200.

me semble particulièrement évident dans le cas des promesses : je peux promettre de faire quelque chose et ainsi contracter une obligation simplement parce que c'est une des manières de créer des obligations (à distinguer d'autres formes de raisons morales d'agir) ; la réflexion peut montrer qu'il ne faut pas, dans les circonstances, tenir cette promesse en raison des souffrances qu'elle pourrait causer et nous pouvons exprimer ceci en disant « *Je ne dois pas le faire (I ought not to do it)* bien que *j'aie l'obligation envers lui* de le faire », simplement parce que les expressions en italique ne sont pas synonymes mais proviennent de différentes dimensions de la morale. La tentative d'expliquer cette situation en disant que notre véritable obligation est ici d'éviter la souffrance et qu'il n'y a qu'une obligation *prima facie* de tenir la promesse me semble confondre deux types de raison morale bien différents et, en pratique, une telle terminologie obscurcit le caractère précis de ce qui est en jeu lorsque « pour un plus grand bien » nous enfreignons les droits des personnes ou ne remplissons pas nos obligations envers elles²⁷⁸.

Bien évidemment, la classification de Hart et ses analyses pourraient être modifiées, complétées, raffinées. Il l'admet lui-même : « On peut établir des classifications très diverses des obligations et devoirs moraux²⁷⁹. » Toutefois, notre but était surtout de montrer qu'il n'existe pas une seule forme de raison morale, que la morale est *complexe*. Il s'agit d'un autre point commun entre Hart et Fuller : Hart approuve sa critique des « conceptions monolithiques » de la morale et sa tentative de montrer que la morale n'est pas un concept unitaire, mais comprend différentes « dimensions d'évaluation » (*dimensions of assessment*)²⁸⁰.

c) Le pluralisme des formes de raison morale et la justification de la peine

Quel est le lien entre la philosophie pénale de Hart et son pluralisme des formes de raison morale ? Son pluralisme des formes de raison morale est essentiel pour résoudre la question de la justification de la peine. Voyons pourquoi.

1° Nous venons d'expliquer que les différentes formes de raison morale pouvaient entrer en conflit et nous avons pris l'exemple de la promesse. Hart prend exactement le même exemple

278 H.L.A. Hart, « Are There Any Natural Rights ? », *art. cit.*, p. 186.

279 *CL*, trad. fr., p. 188.

280 *EJP*, p. 345.

pour montrer que les différentes formes de raison morale peuvent, à l'inverse, se renforcer mutuellement :

En suggérant de distinguer un type de jugement moral d'un autre, je ne veux absolument pas nier que la conduite qu'ils exigent peut souvent être identique. Il arrive souvent qu'une seule et même action particulière soit requise par des principes moraux différents. Si je promets de m'occuper de l'enfant d'un voisin et de le protéger, j'ai une obligation de le faire qui découle de ma promesse ; mais je peux aussi penser qu'il est incompatible avec mes principes moraux de permettre que cet enfant souffre inutilement, comme n'importe quel autre enfant ; cependant, je n'exprimerai pas naturellement ma reconnaissance de ce dernier principe en termes de reconnaissance d'une obligation²⁸¹.

Dans le même sens, il explique dans « Natural Rights : Bentham and John Stuart Mill » que la création d'un seul et même droit juridique peut être justifiée à l'aide de différents types de justification morale. L'utilité générale et l'existence de droits moraux antérieurs, par exemple, sont deux justifications différentes. Dans certains cas, elles peuvent entrer en conflit. Mais dans d'autres cas, « ces deux justifications peuvent être données pour la création d'un seul et même droit juridique²⁸² ».

On en vient donc naturellement à se poser la question suivante : peut-on justifier la pratique de la peine en s'appuyant sur différents types de justification morale ? Selon nous, Hart propose (ou, du moins, laisse la place à) deux justifications provenant de deux segments de la morale : la première justification est fondée sur l'utilité générale, la seconde est fondée sur les droits moraux. Nous appelons la première justification la « justification benthamienne » et la seconde la « justification fondée sur les droits²⁸³ ». Selon la justification benthamienne, punir certaines infractions telles que les atteintes aux personnes et aux biens est justifié, car cela est nécessaire pour éviter un mal plus grand. Selon la première formulation de la justification fondée sur les droits, punir les « passagers clandestins²⁸⁴ » (*free riders*) est justifié, car les

281 H.L.A. Hart, « Legal and Moral Obligation », *art. cit.*, p. 100-101. Voir également à propos des raisons morales d'obéir à la loi : « Of course to say that there is such a moral obligation upon those who have benefited by the submission of other members of society to restrictive rules to obey these rules in their turn does not entail either that this is *the only kind of moral reason for obedience* [...] » (H.L.A. Hart, « Are There Any Natural Rights ? », *art. cit.*, p. 185-186, nos italiques.)

282 *EB*, p. 94.

283 Nous empruntons cette expression à A. Marmor, « Right-Based Justification of Punishment », *Israel Law Review*, vol. 22, n° 1, 1987, p. 97-106.

284 Il s'agit d'un concept bien connu des économistes : le *free rider* est, *grosso modo*, celui qui profite d'un avantage sans jouer le jeu, c'est-à-dire se soumettre aux règles.

membres coopérants ont droit à leur obéissance aux règles. Selon la deuxième formulation, punir les atteintes aux personnes et aux biens est justifié, car les êtres humains ont droit à un niveau raisonnable de sécurité. Ces deux justifications ont un point en commun : elles considèrent la peine comme un moyen en vue d'une fin ; elles considèrent la peine ou bien comme un moyen de prévention, ou bien comme un moyen d'obtenir l'obéissance, ou bien comme un moyen d'assurer la sécurité. Toutefois, elles se distinguent dans leur manière de justifier l'utilisation de ce moyen. Si nous reprenons la distinction de Nagel, la justification benthamienne est impersonnelle et centrée sur le résultat tandis que la justification fondée sur les droits est centrée sur l'agent.

Le point sur lequel il convient d'insister est qu'il n'y a pas nécessairement *une* justification de la peine qui serait *la* justification ultime de la peine : plusieurs types de justification peuvent se renforcer mutuellement, sans contradiction, et contribuer à établir le bien-fondé d'une pratique problématique.

2° Pour Hart, les raisons qu'on peut invoquer pour justifier *la pratique de la peine* sont différentes de celles qu'on peut invoquer pour justifier *l'infliction d'une peine à un individu donné*. Si un enfant demande à sa mère pourquoi un monsieur a été mis en prison hier, la mère lui répondra probablement « Parce qu'il a fait quelque chose de très méchant » (ou quelque chose de ce genre). En revanche, si l'enfant demande pourquoi on met des gens en prison quand ils ont fait quelque chose de très méchant, la mère lui répondra probablement « Pour qu'ils ne recommencent pas leur bêtise » (ou quelque chose de ce genre). La réponse à la première question est tournée vers le passé, la réponse à la deuxième question est tournée vers l'avenir²⁸⁵. Hart ne nie pas que la commission d'une infraction, c'est-à-dire un événement *passé*, soit en elle-même une bonne raison de punir l'auteur de l'infraction. C'est même, en principe, une raison *sine qua non* :

Le juge, en punissant, prend en effet la règle pour *guide* et considère la violation de la règle comme la *raison* et la *justification* de la punition qu'il inflige au délinquant. Il n'envisage pas la règle comme une assertion selon laquelle il est probable que lui-même et d'autres puniront les infractions, encore qu'un observateur puisse parfaitement envisager la règle de cette manière. L'aspect de prédiction que comporte la règle (bien qu'assez réel) est sans rapport

285 J. Rawls, « Two Concepts of Rules », *art. cit.*, p. 5-6.

avec ses intentions, tandis que son statut de guide et de moyen de justification est essentiel²⁸⁶.

Hart nie plutôt, premièrement, que la raison pour laquelle nous sommes justifiés à punir les gens quand ils ont fait quelque chose de très méchant est qu'ils ont fait quelque chose de très méchant ; deuxièmement, que la commission d'une infraction, même si elle est une *bonne* raison de punir l'auteur de l'infraction, est une raison *prépondérante*. Dans certaines circonstances, on peut décider de ne pas punir un individu (par exemple pour le protéger, lui donner une deuxième chance), alors qu'il serait justifié de le punir, pour la simple et bonne raison qu'il a commis une infraction. Les différents segments de la morale peuvent entrer en conflit : le segment des obligations (l'infracteur est tenu d'obéir à la loi et, de ce fait, la sanction est justifiée) peut entrer en conflit avec le segment des conséquences ou de l'utilité générale (le punir serait une très mauvaise chose, tant pour lui que pour la société).

4. Comment résoudre un conflit de valeurs ?

Dans ce qui précède, nous avons affirmé à plusieurs reprises que les valeurs et les formes de raison morale pouvaient entrer en conflit. Nous avons donné quelques exemples, mais nous n'avons quasiment pas abordé la question de savoir comment résoudre ces conflits, si tant est qu'on puisse les résoudre.

Dans cette sous-partie, nous procéderons comme dans les sous-parties précédentes : nous partirons des éléments de réponse donnés par Berlin et Nagel avant d'examiner ceux donnés par Hart.

a) Le retour à Aristote et à la notion de *phronesis*

Comme le demande Berlin : « si nous admettons que des valeurs majeures peuvent s'opposer, que certaines d'entre elles ne peuvent coexister, [...] alors, comme le demandèrent autrefois Tchernychevski et Lénine : “Que faire ?” Comment allons-nous choisir entre les possibles ? Quoi et combien devons-nous sacrifier à quoi²⁸⁷ ? » Selon lui, il n'y a pas de réponse évidente à cette question. On peut éventuellement donner quelques conseils qui paraîtront extrêmement

²⁸⁶ CL, trad. fr., p. 29.

²⁸⁷ I. Berlin, « La recherche de l'idéal », *art. cit.*, p. 30.

plats ou ternes²⁸⁸. Premièrement, nous devons prendre en considération tous les facteurs pertinents. Deuxièmement, nous devons être particulièrement prudents avant de sacrifier une valeur importante au profit d'une autre, car ce sacrifice n'est peut-être pas nécessaire et ses conséquences peuvent être pires que ce qu'on imagine. Troisièmement, nous devons chercher des compromis, nous livrer à un système de concessions mutuelles. Quatrièmement, nous devons établir des priorités, qui ne sont ni définitives, ni absolues. Selon Berlin, les conflits ne peuvent pas être résolus *in abstracto*, mais seulement *in concreto* et *in situ* : « les règles, les valeurs, les principes doivent céder les uns aux autres, à divers degrés, dans des situations particulières. [...] La situation concrète est presque tout²⁸⁹. »

La position de Nagel est proche. Il nous met en garde contre deux écueils : l'hyperrationalisation et le défaitisme romantique²⁹⁰. Le premier écueil (hyperrationalisation) serait d'établir un système de priorités entre les différents types de valeur. Il écrit :

On pourrait essayer de les ordonner. Par exemple : ne violez jamais des droits généraux et contractez uniquement des obligations spécifiques qui ne peuvent conduire à la violation des droits de quiconque ; maximisez l'utilité à l'intérieur du domaine des actions permises par les contraintes des droits et des obligations ; là où l'utilité serait aussi bien promue par différentes politiques, déterminez votre choix en référence aux valeurs perfectionnistes ; et finalement là où cette procédure conduit à l'indécision, décidez sur la base de vos engagements personnels ou même de vos simples préférences²⁹¹.

Pour Nagel, cet ordonnancement est absurde : non pas parce que les types de valeurs ne sont pas dans le bon ordre, mais parce qu'ils sont ordonnés de manière rigide. Cela n'a pas de sens, selon lui, d'affirmer que les obligations ne peuvent jamais avoir plus de poids que les droits, que l'utilité, aussi grande soit-elle, ne peut jamais prévaloir sur les obligations²⁹².

Le deuxième écueil (défaitisme romantique) serait de considérer que nos décisions, en cas de conflit entre types de valeur, sont nécessairement arbitraires ou irrationnelles. Pour Nagel, on peut dire (et, de fait, il arrive souvent qu'on dise) qu'une décision était la bonne, que nous

288 I. Berlin, « La recherche de l'idéal », *art. cit.*, p. 31.

289 I. Berlin, « La recherche de l'idéal », *art. cit.*, p. 31.

290 T. Nagel, *Mortal Questions*, *op. cit.*, p. 137.

291 T. Nagel, *Mortal Questions*, *op. cit.*, p. 131. Pour la traduction (modifiée) : T. Nagel, *Questions mortelles*, *op. cit.*, p. 154-155.

292 T. Nagel, *Mortal Questions*, *op. cit.*, p. 131.

avons fait le bon choix, que nous avons bien fait, même s'il est difficile d'expliquer pourquoi. Selon lui, ce qui nous permet de résoudre (en général, mais pas toujours) les conflits entre types de valeurs et de prendre une décision défendable, c'est la *phronesis* aristotélicienne, la sagesse pratique, le *jugement*²⁹³ (au sens où on dit d'une personne qu'elle a du jugement), c'est-à-dire cette « faculté intellectuelle qui porte à bien juger, à porter des appréciations sages, des jugements sains, pleins de discernement et de bon sens²⁹⁴ ».

b) Hart et les vertus judiciaires

Lacey reproche à Hart de ne pas nous expliquer comment trouver un compromis en cas de conflit de valeurs, de ne pas nous dire quand une injustice peut être compensée par un gain en sécurité ou en liberté²⁹⁵. On trouve un reproche similaire chez Bagaric : Hart affirme que dans des « cas extrêmes », certains principes de justice peuvent être enfreints, mais il ne nous dit pas quand on atteint de telles extrémités²⁹⁶.

En vérité, si on cherche bien, on trouve quelques éléments de réponse à ce problème. Pour Hart, on ne peut pas régler les conflits de valeur à l'avance ; on ne peut pas, avant d'être confronté à un cas particulier, dire *a priori* quelle valeur doit être sacrifiée, quel compromis doit être fait²⁹⁷ ; on ne peut pas faire l'économie du « saut » dans le vide, c'est-à-dire du moment où on devra faire un choix entre plusieurs possibilités sans être guidé par un principe supérieur :

Je me suis focalisé dans ce papier, certes introductif, sur le « saut » (*leap*) qu'implique nécessairement le fait d'user de discrétion, une fois qu'on a fait tout ce qu'on pouvait pour que les conditions de son exercice soient optimales. C'est important, car les expressions souvent employées pour décrire la discrétion, telles que « l'intuition » ou « la reconnaissance d'un objectif directeur implicite », peuvent donner l'illusion que nous n'atteignons jamais le point où nous devons concilier des valeurs conflictuelles ou alors choisir entre elles sans avoir de principe ultime pour nous guider. Selon moi, l'idée selon laquelle nous n'atteignons jamais le

293 T. Nagel, *Mortal Questions*, op. cit., p. 134-135.

294 Définition du *Trésor de la langue française*.

295 N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart : The Nightmare and the Noble Dream*, op. cit., p. 282-283.

296 M. Bagaric, *Punishment and Sentencing : A Rational Approach*, Londres, Sydney : Cavendish Publishing Limited, 2001, p. 49.

297 « we are unable to consider before particular cases arise precisely what sacrifice or compromise of interests or values we wish to make in order to reduce the risk of harm. » (H.L.A. Hart, « Discretion », art. cit., p. 663.)

point du « saut » est tout aussi fausse que l'idée selon laquelle la discrétion n'est qu'un choix arbitraire. Il me semble clair que, puisqu'il existe un moment où nous ne pouvons plus être guidés par des principes et où nous pouvons au mieux demander la confirmation de notre jugement par des personnes qui se sont soumises à une discipline similaire avant de décider, la discrétion est une sphère dans laquelle les arguments en faveur d'une décision ou d'une autre peuvent être rationnels sans être concluants. [...] Ce qui mériterait d'être étudié dans ce domaine, selon moi, ce sont les standards auxquels nous faisons appel lorsque, considérant des décisions discrétionnaires qui ont été prises, nous disons quelque chose comme : « C'était un bon compromis entre différentes valeurs. » Faisons-nous ici appel au jugement d'une pluralité de spectateurs impartiaux ou y a-t-il des principes plus précis à l'œuvre²⁹⁸ ?

Pour Hart, on ne peut pas non plus *démontrer* que la décision prise est la bonne : « étant donné qu'une pluralité de principes de ce genre est toujours possible, on ne peut *démontrer* qu'une décision soit la seule correcte²⁹⁹ [...] ». En effet, on l'a vu précédemment, les individus n'accordent pas nécessairement le même poids aux mêmes valeurs. Hart prend l'exemple d'une personne qui organise un dîner et se demande si elle doit privilégier le confort des invités ou la beauté de la table. Il écrit :

Il n'y a pas [...] de solution qui soit clairement la bonne ou la mauvaise (*a clear right or wrong*). En ce qui concerne la situation de l'hôtesse, nous devrions dire que des personnes honnêtes et sensées peuvent avoir des opinions différentes et, bien qu'il y ait des arguments qui pèsent en faveur de l'une ou l'autre voie, ceux-ci ne sont pas concluants, même s'ils ont du poids³⁰⁰.

Dans un passage consacré au raisonnement judiciaire, aux *hard cases* et aux choix que le juge doit faire lorsque la règle n'est pas explicite, Hart dit :

Cependant, quelle que soit la manière dont on l'envisage sur le plan moral, il semble difficile en droit de justifier l'affirmation selon laquelle un juge confronté à un ensemble de considérations contradictoires doit toujours partir du principe qu'il existe une seule et unique solution correcte du conflit et tenter de démontrer qu'il l'a découverte³⁰¹.

298 H.L.A. Hart, « Discretion », *art. cit.*, p. 665.

299 *CL*, trad. fr., p. 222.

300 H.L.A. Hart, « Discretion », *art. cit.*, p. 659.

301 *EJP*, p. 108.

Il ne fait aucun doute que, selon Hart, ce qui vaut pour le droit vaut aussi pour la morale³⁰². Toutefois, même s'il n'y a pas de bonne ou de mauvaise solution, on peut rendre notre décision acceptable ou compréhensible. Comment ? En déployant certaines « vertus judiciaires » (*judicial virtues*, le terme de vertu est important, car il fait à nouveau écho à Aristote), à savoir « l'impartialité et la neutralité dans l'examen des différentes solutions possibles, la prise en considération de l'intérêt de tous ceux qui seront concernés et le souci de déployer quelque principe général acceptable comme base raisonnable de décision³⁰³ ».

On peut dire la même chose différemment. Si la décision est contestée, elle peut être défendue de deux façons. Premièrement, on peut la justifier (*justification*) en expliquant de quelle manière elle a été prise : toutes les données importantes ont été examinées minutieusement ; chaque scénario a été envisagé ; les personnes expérimentées ont été consultées ; les cas similaires ont été pris en considération. Comme l'écrit Hart :

Défendre le choix de cette manière, c'est d'abord faire appel à la manière dont le choix a été fait et à la tentative honnête de [...] trouver de façon impartiale un compromis [...]. Cela signifie que, pour des choix de ce type, nous avons une idée assez précise des conditions optimales pour parvenir à une décision judicieuse, même si nous n'avons pas une idée précise de ce qu'est le bon ou le mauvais choix (*the right or wrong choice*)³⁰⁴.

Deuxièmement, on peut faire valoir les bons résultats de la décision (*vindication by results*) : tout le monde est finalement satisfait, ce n'était donc pas un mauvais choix.

On le voit, Hart cherche à éviter, comme à son habitude, deux extrémités : le choix arbitraire et la décision mécanique³⁰⁵. Il ne nous donne pas de « solution miracle » pour résoudre les conflits de valeur, mais il nous dit plutôt dans quel état d'esprit il faut les aborder, quelles *vertus* il faut déployer dans ce cas de figure. Notre modèle doit être le juge faisant preuve de jugement au sens aristotélicien du terme : « Lorsqu'un juge doit trouver l'équilibre entre ces exigences, avec toute la latitude et les perplexités que cela implique, sa tâche semble être un

302 « philosophers may dispute the claim that as a matter of logical coherence anyone who attempts to answer a question of value [...] must, in order to give sense to such questions, assume that there is a single objective right answer in all such cases. » (*EJP*, p. 140.)

303 *CL*, trad. fr., p. 222.

304 H.L.A. Hart, « Discretion », *art. cit.*, p. 660.

305 *CL*, trad. fr., p. 222.

exemple aussi clair que possible de l'exercice du jugement moral³⁰⁶ [...]. »

On pourrait regretter que Hart ne nous donne pas une réponse plus poussée. Toutefois, il est important pour lui que nous fassions face à nos responsabilités au lieu de les fuir, que nous ayons conscience de la nécessité de choisir et que l'autonomie de l'individu soit respectée : on peut « seulement imposer des limites à notre choix, mais pas imposer le choix lui-même³⁰⁷ ». Dans *Le concept de droit*, Hart écrit que le vice du formalisme « consiste en une attitude à l'égard des règles formulées verbalement, qui cherche à la fois à déguiser et à minimiser la nécessité d'un tel choix, après que la règle générale a été édictée³⁰⁸ ». Selon nous, le même reproche s'applique aux théories qui tentent ambitieusement de trancher les conflits avant leur apparition.

5. L'anti-réductionnisme de Hart

Avant de conclure cette introduction et d'annoncer le plan de notre étude, nous aimerions montrer que notre affirmation selon laquelle Hart est un pluraliste moral, en plus d'être largement corroborée par les textes, est parfaitement cohérente avec le reste de son œuvre. Nous donnerons ici trois exemples.

Premier exemple, sa conception de la règle de droit. Une des cibles de Hart dans *Le concept de droit* est le monisme³⁰⁹, c'est-à-dire la thèse selon laquelle toutes les règles de droit (y compris celles qui confèrent des pouvoirs) sont réductibles « à une forme unique, considérée comme la quintessence du droit³¹⁰ ». Austin est moniste, dans la mesure où il considère que toutes les lois sont des ordres généraux appuyés de menaces. Kelsen est également moniste, car selon lui toutes les normes juridiques ont une forme hypothétique : elles spécifient à quelles conditions un acte de contrainte doit être exécuté par les autorités. Hart s'oppose à l'un comme à l'autre (et il n'est pas nécessaire ici de détailler ses objections). Il soutient qu'il existe *au moins* deux types de règle de droit (dans les systèmes juridiques dont nous sommes familiers) : celles conférant des pouvoirs et celles imposant des obligations. Il affirme qu'il faut se libérer du préjugé selon lequel toutes les règles de droit « *doivent* être réductibles à un

306 *EJP*, p. 70.

307 *EJP*, p. 87.

308 *CL*, trad. fr., p. 148.

309 L. Green, « Jurisprudence for Foxes », *art. cit.*, p. 152.

310 *CL*, trad. fr., p. 57.

type unique³¹¹ », de cette « envie irrépressible d'uniformité³¹² » (*itch for uniformity*) ou encore de « cette tendance “réductionniste” à la simplification qui est si souvent un piège dans d'autres branches de la philosophie³¹³ ». Dans le domaine théorique, comme dans le domaine pratique, le *prix* du monisme est trop élevé :

La critique spécifique (que nous développons ici) des deux formes que prend la théorie, réside dans le fait qu'elles acquièrent à un prix trop élevé l'unité appréciable du modèle auquel elles réduisent toutes les règles de droit : ce prix est celui de la déformation des différentes fonctions sociales que remplissent ces différents types de règles de droit³¹⁴.

Deuxième exemple, sa position en matière de criminalisation et de décriminalisation. On attribue souvent à Mill la thèse d'après laquelle on ne peut restreindre la liberté d'un adulte responsable qu'à *une seule et unique* condition : il faut qu'il porte préjudice ou risque de porter préjudice à autrui³¹⁵. Selon Mill, le fait qu'une conduite soit immorale au regard de la morale sociale dominante, ou alors offensante, ou alors contraire au bien-être de l'agent, n'est pas en soi une raison valable de la réprimer. Hart, dans son débat avec Lord Devlin, ne cesse d'affirmer que sa position *n'est pas* celle qu'on attribue souvent à Mill. Pourquoi ? Selon Hart, le fait qu'une conduite soit préjudiciable pour autrui est certes *une* raison valable de la réprimer, mais une conduite peut également être réprimée pour *d'autres raisons tout aussi valables*. Hart ne s'oppose pas, par exemple, au paternalisme physique, au fait d'imposer aux motards le port du casque pour les protéger physiquement contre eux-mêmes. Il rejette l'approche moniste selon laquelle il ne *doit* y avoir qu'*un seul* motif légitime de restriction de la liberté :

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

311 CL, trad. fr., p. 51.

312 CL, trad. fr. modifiée, p. 51. Comparer avec Wittgenstein : « nous sommes assoiffés de généralité. Cette soif de généralité est la résultante de nombreuses tendances liées à des confusions philosophiques particulières. » (L. Wittgenstein, *Le Cahier bleu et le Cahier brun*, trad. M. Goldberg, J. Sackur, Paris : Gallimard, 1996, p. 56-57.)

313 H.L.A. Hart, « Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century : A Reply to Professor Bodenheimer », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 105, n° 7, 1957, p. 959.

314 CL, trad. fr., p. 57.

315 La position de Mill, à vrai dire, est plus complexe : Mill admet également dans *De la liberté* qu'on peut contraindre un adulte à *accomplir* certaines actions telles que payer ses impôts, prêter assistance à une personne en danger, témoigner au tribunal, etc. Sur ce point, voir D.O. Brink, *Mill's Progressive Principles*, Oxford : Oxford University Press, 2013, p. 180-187.

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 humaine³¹⁶.

Troisième exemple, son analyse du concept de cause. Le point de départ de *Causation in the Law* est qu'il n'existe pas un seul et unique concept de cause, mais une famille de concepts causaux³¹⁷. Ils identifient au moins *trois types* de relation de causalité : 1° interférer avec le cours normal des choses (par exemple, la forêt prend feu parce que j'y ai jeté un mégot – la cause est le jet du mégot)³¹⁸ ; 2° induire quelqu'un à faire quelque chose (par exemple, Jean me donne son portefeuille parce que je l'ai menacé – la cause est la menace)³¹⁹ ; 3° donner à quelqu'un la possibilité (*opportunity*) de faire quelque chose (par exemple, on me cambriole parce que j'ai laissé négligemment la porte de ma maison ouverte – la cause est la négligence)³²⁰.

Partout on retrouve ce que Raz a appelé la « posture anti-réductionniste³²¹ » (*anti-reductivist stance*) de Hart. Partout on retrouve ce primat de la « complexité » sur la « simplicité », typique de la philosophie du langage ordinaire³²². La philosophie pénale de Hart, ainsi que la méthode analytique de distinction des problèmes et le pluralisme moral sur lesquels elle repose, découlent de cette volonté de ne rien simplifier, de rendre justice à la complexité des choses³²³.

316 H.L.A. Hart, « Immoralité et trahison », trad. M. Carpentier, *Droit et Philosophie*, vol. 6, 2014, p. 160.

317 *CIL*, p. 25-26.

318 *CIL*, p. 27.

319 *CIL*, p. 48.

320 *CIL*, p. 55.

321 J. Raz, « H.L.A. Hart (1907-1992) », *Utilitas*, vol. 5, n° 2, 1993, p. 147.

322 « No other variety of linguistic philosophy was as radical as Wittgenstein on the subject of proof. But there was that strain which they all shared with him of recovering the complexity of ordinary experience. The idea of clarity, here, is connecting with substituting complexity for obscurity. Philosophy is allowed to be complex because life is complex. And one of the great accusations against previous philosophers is that although they've been dark, difficult and solemn, what they've actually done is vastly to over-simplify. » (B. Williams, B. Magee, « The Spell of Linguistic Philosophy : Dialogue with Bernard Williams », in B. Magee, *Talking Philosophy : Dialogues with Fifteen Leading Philosophers*, Oxford : Oxford University Press, 1978, p. 118.) J'ai ici une dette envers G. Bligh, *Les bases philosophiques du positivisme juridique de H.L.A. Hart*, Paris : Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 551-629.

323 Dans ses « Prolégomènes », il écrit qu'il cherche à développer notre « sens de la complexité de la peine » (*PR*, p. 3), que la peine est une « institution complexe » (*PR*, p. 4) présentant des caractéristiques interdépendantes qui doivent être justifiées séparément. Dans le même sens, il affirme dans *Law, Liberty and Morality* que « in the theory of punishment, what is in the end morally tolerable is apt to be more complex than our theories initially suggest » (*LLM*, p. 38). Voir aussi le début de « Intention and Punishment » dans lequel Hart écrit qu'il faut « éviter les dangers d'une simplification excessive » (*PR*, p. 114). Pour une

Notre thèse comporte cinq chapitres. Dans le chapitre 1, nous abordons la question de la définition de la peine. Nous partons de la définition proposée par Hart dans « Prolegomenon to the Principles of Punishment ». Après une rapide contextualisation, nous expliquons pourquoi, selon Hart, l'utilité des définitions est limitée, en particulier pour répondre aux objections adressées à l'utilitarisme. Dans un deuxième temps, nous retravaillons la définition de Hart afin de proposer une définition plus inclusive de la peine. Nous consacrons une longue section à l'objection de Feinberg selon laquelle la définition de Hart échoue à rendre compte du caractère expressif de la peine. Pour finir, nous faisons quelques distinctions conceptuelles qui seront utiles pour la suite du propos : peine/pratique de la peine, peine/système pénal, peine/droit pénal, peine/mesure, etc.

Dans le chapitre 2, nous nous attaquons à la question de la justification de la peine. Après avoir clarifié la signification de cette question, nous présentons une première justification, la justification benthamienne (acceptée par Hart). Nous expliquons pourquoi cette justification pose des conditions difficiles à remplir et à vérifier. Par la suite, nous examinons deux justifications écartées par Hart, la justification rétributiviste et la justification expressiviste. Pour terminer, nous analysons la justification fondée sur les droits, dont on trouve les principaux éléments dans « Are There Any Natural Rights ? » et *Essays on Bentham*. Ceci nous permet d'illustrer ce que nous avons appelé le pluralisme des formes de raison morale.

Dans les chapitres 3.1 et 3.2, nous tentons de résoudre la question de la distribution de la peine. Dans le chapitre 3.1, consacré à la responsabilité pénale, nous procédons en cinq temps. Dans l'introduction, nous clarifions la notion de responsabilité et nous présentons grossièrement la règle de responsabilité de Hart (selon laquelle seuls ceux qui ont accompli un acte illégal, possèdent certaines capacités physiques et mentales et ont eu une chance raisonnable d'obéir à la loi peuvent être punis). Dans la première partie, nous dévoilons l'origine de la règle de responsabilité de Hart, nous expliquons pourquoi elle doit beaucoup à la philosophie du langage ordinaire (en particulier à J.L. Austin et à Ryle). Dans la deuxième

interprétation de Hart dans le même sens, voir le chapitre V de *Sens et non-sens de la peine : entre mythe et mystification*, op. cit., de M. van de Kerchove qui s'intitule précisément « Tentatives de conciliation. De la simplicité à la complexité ».

partie, nous clarifions la signification de la règle de responsabilité de Hart, en particulier les notions de *capacity* et de *fair opportunity*. Dans la troisième partie, nous examinons la justification pluraliste de cette règle proposée par Hart : nous montrons pourquoi elle ne repose pas sur le principe d'utilité, mais sur au moins deux valeurs, la liberté et la justice. Dans la quatrième partie, nous étudions les rapports entre la règle de responsabilité de Hart et le déterminisme.

Dans le chapitre 3.2, consacré à la détermination de la peine en qualité et en quantité, nous suivons un parcours proche. Nous clarifions la signification des principes défendus par Hart concernant la quantité/qualité de la peine : le principe de proportionnalité ordinale, le principe d'humanité, le principe d'égalité de traitement et le principe d'individualisation de la peine. Nous insistons sur le fait que certains principes valent au niveau législatif, d'autres au niveau judiciaire. Dans un deuxième temps, nous examinons comment Hart justifie ces principes. À nouveau, sa justification témoigne de son pluralisme des valeurs et de son opposition au monisme utilitariste.

Dans le chapitre 4, le dernier chapitre, nous nous focalisons sur le débat Hart/Wootton. Nous expliquons que ce débat ne porte pas seulement sur la doctrine de la *mens rea*, mais plus généralement sur le bien-fondé du *système pénal* : pourquoi ne pas remplacer celui-ci par un *système préventif* entièrement tourné vers l'avenir ? Nous présentons l'alternative de Wootton ainsi que les arguments en sa faveur. Enfin, nous examinons les objections ambiguës de Hart et les concessions qu'il fait à Wootton.

En annexe, nous proposons une traduction française inédite de « Prolegomenon to the Principles of Punishment », suivie par la bibliographie de ce travail.

Chapitre 1 : La définition de la peine

Plan du chapitre

I. La définition de <i>standard punishment</i> de Hart.....	72
1. Hart et les définitions.....	74
a) Les méthodes de définition.....	74
b) À quoi bon définir ?.....	77
2. L'origine de la définition de Hart.....	78
3. Le subterfuge de Quinton.....	80
4. L'argument logique de Rawls.....	81
II. Révision de la définition de Hart.....	83
1. Une peine doit-elle avoir des conséquences normalement considérées comme désagréables ?.....	84
2. Une peine doit-elle être infligée pour une infraction à des règles juridiques ?.....	86
3. Une peine doit-elle être infligée à un infracteur (ou à un infracteur supposé) pour son infraction ?.....	88
4. Une peine doit-elle être administrée intentionnellement par d'autres êtres humains que l'infracteur ?.....	90
5. Une peine doit-elle être imposée et administrée par l'autorité judiciaire ?.....	92
6. La critique expressiviste.....	93
a) La critique de Feinberg.....	93
b) Réponse de Hart à la critique.....	95
i) Éléments qui semblent aller dans le sens de Feinberg.....	95
ii) L'argument sociologique contre Feinberg.....	98
c) La part de vérité de la thèse de Feinberg.....	102
III. Ce que la peine n'est pas.....	105
1. La peine <i>qua</i> acte et la peine <i>qua</i> pratique.....	105
2. La peine et le système pénal.....	106
3. La peine et le droit pénal.....	107
4. Peine et menace.....	108
5. Peine et taxe.....	110
6. Peine et mesure.....	111

Le premier chapitre de cette thèse sera consacré à la définition de la peine et gravitera autour de la définition de *standard punishment* proposée par Hart dans « Prolegomenon to the Principles of Punishment ». Il est indispensable de commencer par là et, surtout, de ne pas négliger cette étape. En effet, on ne peut pas résoudre correctement la question de la justification de la peine si on ne sait pas exactement ce qu'on doit justifier¹. Il y a une priorité logique de la question de la définition sur la question de la justification. Ce constat remet-il en cause la méthode de Hart consistant à distinguer les problèmes et à les aborder séparément ?

1 Comme l'écrit Hart : « a clear understanding [...] is, I think, an important preliminary to any useful moral criticism of law. » (*CL*, p. 240.) Dans le même sens : « l'entreprise de justification de la peine suppose, comme point de départ, une description précise de la pratique que l'on cherche à défendre. » (B. Guillaume, *Penser la peine*, Paris : P.U.F., 2003, p. 9.) Ou encore : « But careful analysis is a necessary precondition of any rationally persuasive discussion of the value questions. » (N. MacCormick, *H.L.A. Hart*, Stanford : Stanford University Press, 2008, p. 172.)

Pas vraiment, puisque la définition de la peine ne nous permet pas, à elle seule, de résoudre la question normative de sa justification (ou de sa distribution) : elle ne fait que « préparer le terrain ». En d'autres termes, une fois qu'on sait précisément ce qu'est la peine et ce qui la distingue des pratiques ou des notions voisines, on peut se demander si elle est justifiée, on peut avancer une ou plusieurs justifications.

Une autre raison pour laquelle il est très important de définir la peine avec rigueur est que le débat Hart/Wootton porte ultimement sur la question de savoir si le système pénal, dont la mission principale est d'infliger des *peines*, est préférable à un système préventif, dont la mission principale est de prendre des *mesures préventives*. Qu'est-ce qui distingue conceptuellement une peine d'une mesure ? Cette distinction est-elle nette ?

Dans ce chapitre, nous procéderons en trois temps. Dans un premier temps, nous nous focaliserons sur le contexte de la définition de *standard punishment* donnée par Hart et sur l'importance des arguments logiques dans les débats sur la peine en langue anglaise dans les années 1950. Dans un deuxième temps, nous reprendrons point par point la définition de Hart afin de proposer une définition plus inclusive de la peine ; nous consacrerons une longue section à l'objection de Feinberg selon laquelle la définition de Hart ne rend pas compte de la nature « expressive » de la peine. Enfin, dans un dernier temps, nous ferons un certain nombre de distinctions conceptuelles qui nous paraissent cruciales, mais qui ne sont pas assez explicitées par Hart.

I. La définition de *standard punishment* de Hart

Dans « Prolegomenon to the Principles of Punishment », Hart propose une définition de « *the standard or central case of "punishment"*² ». Première difficulté, comment traduire *punishment* ? Par peine, punition, châtiment ? Le français dispose de trois mots là où l'anglais n'en a qu'un seul. Le mot « châtiment » a une coloration religieuse (on parle de « châtiment divin ») et connote la rigueur, la sévérité, ce qui n'est pas le cas de *punishment*. Le mot « punition » est légèrement infantilisant (on pense immédiatement aux punitions infligées par les parents ou aux punitions à l'école), ce qui n'est pas le cas de *punishment*. Enfin, le mot « peine » est ambigu : il peut signifier ou bien « sanction pénale », ou bien « douleur »,

2 PR, p. 4.

« chagrin », ce qui n'est pas le cas de *punishment*³.

La solution la plus simple, selon nous, est de traduire *punishment* par « peine » (tout en gardant à l'esprit que les deux termes ne sont pas strictement équivalents). En effet, Hart ne s'intéresse pas du tout aux punitions non juridiques (et c'est d'ailleurs un reproche qui lui a souvent été adressé). En outre, sa définition est beaucoup plus convaincante si elle est comprise comme une définition de la peine standard.

Une deuxième difficulté est que *punishment*, comme le note Bentham, peut désigner deux choses à la fois : ou bien l'acte de punir, ou bien le résultat de cet acte⁴. (Ceci vaut également pour d'autres mots comme « soumission » qui signifie à la fois l'acte de se soumettre et le résultat de cet acte.) La définition de Hart porte-t-elle sur l'acte de punir ou sur le résultat de cet acte ? Il nous semble que, dans sa définition, Hart s'intéresse plutôt à l'acte.

Ainsi, selon Hart, une peine standard (l'acte standard de punir) possède cinq caractéristiques saillantes⁵ :

1. Elle a des conséquences normalement considérées comme désagréables (par exemple, elle est douloureuse).
2. Elle est infligée pour une infraction à des règles juridiques.
3. Elle est infligée à un infracteur (ou à un infracteur supposé) pour son infraction.
4. Elle est administrée intentionnellement par d'autres êtres humains que l'infracteur.
5. Elle est imposée et administrée par l'autorité judiciaire.

Hart tient à préciser que toutes les peines ne présentent pas ces caractéristiques – plus précisément, ne présentent pas les caractéristiques n° 2, n° 3 et n° 5. En effet, certaines peines non standards (*sub-standard*) ne sont pas infligées pour une infraction à des règles juridiques : par exemple, les peines scolaires (en français, on parlerait plutôt de punitions scolaires) peuvent être infligées pour un devoir non rendu. Certaines peines non standards ne sont pas infligées à un infracteur (ou à un infracteur supposé) pour son infraction : on pourrait donner l'exemple des peines collectives ou des peines pour fait d'autrui. Enfin, certaines peines non

3 Sur ces difficultés de traduction, voir également D. Fassin, *Punir : une passion contemporaine*, Paris : Seuil, 2017, p. 19-20.

4 J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, Londres : Robert Heward, 1830, p. 2, note.

5 *PR*, p. 5.

standards ne sont pas imposées et administrées par l'autorité judiciaire : Hart donne l'exemple des « sanctions décentralisées », c'est-à-dire du « recours à la guerre ou à des représailles énergiques par un État qui prétend qu'un autre a violé ses droits découlant du droit international⁶ ».

La définition de Hart est déroutante. Pour mieux la comprendre, il est nécessaire de revenir brièvement sur ses réflexions concernant les définitions.

1. Hart et les définitions

Hart s'est beaucoup intéressé dans ses travaux aux définitions, en particulier entre son retour à Oxford et la parution du *Concept de droit*⁷. Voici ses deux principales thèses sur ce sujet : 1° les méthodes de définition le plus souvent utilisées par les philosophes sont inadéquates ; 2° les philosophes accordent trop d'importance aux définitions.

a) Les méthodes de définition

Hart critique deux méthodes de définition : la méthode de définition des logiciens, c'est-à-dire en termes de conditions individuellement nécessaires et conjointement suffisantes ; la méthode de définition aristotélicienne, c'est-à-dire *per genus et differentiam*⁸.

La critique de la méthode de définition en termes de conditions individuellement nécessaires et conjointement suffisantes est un lieu commun de la philosophie du langage ordinaire, sur lequel il n'est pas nécessaire de s'appesantir. Hart a lu Wittgenstein et fait explicitement référence au célèbre §66 des *Recherches philosophiques* dans lequel se trouve la notion de « ressemblance de famille »⁹. Il a également lu Waismann à qui il reprend la notion de « texture ouverte ». La contribution originale de Hart à cette critique se trouve dans son premier article de philosophie, « The Ascription of Responsibility and Rights ». Il y soutient que la plupart des concepts juridiques ne peuvent pas être définis en termes de conditions nécessaires et suffisantes, car ils sont « défaisables » (*defeasible*) : même lorsque les

6 CL, trad. fr., p. 250.

7 Sa conférence inaugurale, lors de son accession à la chaire de *Jurisprudence*, s'intitulait « Definition and Theory in Jurisprudence » (*EJP*, p. 21-48).

8 Il est possible que ces deux méthodes soient deux « modes de présentation » d'une seule et même méthode.

9 CL, trad. fr., p. 298.

conditions nécessaires à leur application sont remplies, une exception (dont la liste ne peut pas être fixée à l'avance) peut faire obstacle à leur application. Lorsqu'un étudiant en droit apprend ce qu'est un contrat et quelles conditions doivent être remplies pour qu'un contrat valide soit signé, il doit aussi apprendre les « à moins que » (*unless*) dont la liste peut toujours évoluer¹⁰.

La critique de la méthode de définition *per genus et differentiam* s'inspire, quant à elle, de Bentham. Pour Bentham, cette méthode n'est pas toujours utilisable, car le *definiendum* ne peut pas toujours être subsumé sous un genre supérieur¹¹. Hart ajoute que ces définitions sont parfois peu éclairantes, car le genre supérieur (lorsqu'il y en a un) peut être aussi obscur, voire plus obscur que le *definiendum* :

il n'est pas toujours possible d'y recourir et, quand cela est possible, ce type de définition n'est pas toujours éclairant. Son succès dépend de conditions qui souvent ne se trouvent pas réunies. La principale d'entre elles est qu'il doit exister une famille de choses plus vaste ou *genre*, dont nous connaissons les caractères avec certitude, et à l'intérieur duquel la définition situe ce qu'elle définit ; il est en effet évident qu'une définition qui nous apprend qu'une chose appartient à une famille ne peut pas nous être utile si nous n'avons que des idées vagues ou confuses relatives aux particularités de cette famille. C'est cette exigence qui rend cette forme de définition inutile en ce qui concerne le droit, car il n'existe dans ce cas aucune catégorie générale familière et bien connue à laquelle le droit appartiendrait¹².

Hart propose plusieurs méthodes alternatives¹³. Celle exemplifiée dans sa définition de *standard punishment* peut être qualifiée de méthode du prototype¹⁴. Elle consiste à énumérer les caractéristiques saillantes du prototype (cas standard, cas central, « cas paradigmatique¹⁵ »)

10 H.L.A. Hart, « The Ascription of Responsibility and Rights », *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 49, 1949, p. 175. Sur ce sujet, voir M. Carpentier, *Normes et exception : essai sur la défaisabilité en droit*, Paris : Institut Universitaire Varenne, 2014.

11 *EJP*, p. 31.

12 *CL*, trad. fr., p. 33.

13 Nous ne parlerons pas ici de la méthode de la paraphrase qu'il emprunte à Bentham, cf. *EJP*, p. 34. À ce sujet, on peut consulter J.-Y. Chérot, « L'analyse des concepts en droit : Sur quatre thèses de Hart et quelques questions », *Revue de la recherche juridique*, vol. 37, n° 145, 2013, p. 2273-2285.

14 La référence à la sémantique du prototype de Rosch est volontaire. Sur ce sujet, voir G. Kleber, *La sémantique du prototype : Catégories et sens lexical*, Paris : P.U.F., 1990. Kramer, pour sa part, parle de « central-instance method » (cf. M.H. Kramer, *H.L.A. Hart : The Nature of Law*, Cambridge : Polity Press, 2018, p. 8).

15 H.L.A. Hart, « Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century : A Reply to Professor Bodenheimer », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 105, n° 7, 1957, p. 968.

de la notion à définir¹⁶. Certaines de ces caractéristiques sont nécessaires, d'autres ne le sont pas¹⁷. Les cas limites possèdent seulement une partie (voire aucune) des caractéristiques non nécessaires (et c'est la raison pour laquelle on peut hésiter à les ranger dans la même catégorie). Prenons l'exemple du concept de *système juridique*. Les caractéristiques saillantes d'un système juridique national d'une société moderne développée (*municipal legal system of an advanced modern society*) – c'est-à-dire du prototype d'un système juridique – sont¹⁸ :

1. Tribunaux.
2. Règles donnant compétence aux tribunaux et prévoyant la nomination et les conditions d'exercice des fonctions judiciaires.
3. Règles de procédure pour les tribunaux.
4. Règles de preuves pour les tribunaux.
5. Règles de fond en matière civile.
6. Règles de fond en matière pénale.
7. Corps législatif.
8. Règles constitutionnelles fournissant des critères valides pour le système afin d'identifier les règles du système (sources du droit).
9. Sanctions.
10. Possibilité de contestation.
11. Portée universelle.
12. Le droit pénal doit contenir certains veto minimums contre le recours à la violence personnelle.
13. Les lois pénales ou civiles ou les deux doivent prévoir une forme minimale de propriété ou de possession

Cette liste n'est pas exhaustive. L'existence de règles est, parmi ces caractéristiques saillantes, une caractéristique nécessaire (donc commune au cas central et aux cas limites) : il ne peut pas y avoir pas de système juridique sans règles. (On doit bien insister sur le fait que Hart n'exclut pas l'existence de conditions nécessaires¹⁹ et, de ce point de vue, il est moins radical

16 H.L.A. Hart, « Discretion », *Harvard Law Review*, vol. 127, n° 2, 2013, p. 653.

17 H.L.A. Hart, « Theory and Definition in Jurisprudence », *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 29, 1955, p. 251-252.

18 H.L.A. Hart, « Theory and Definition in Jurisprudence », *art. cit.*, p. 252.

19 Ce point ne contredit pas sa thèse sur la défaisabilité des concepts juridiques. En effet, pour qu'il y ait un contrat valide, il est nécessaire qu'il y ait au moins deux parties, une offre par une des parties, etc. Toutefois, « these conditions, *although necessary*, are not always sufficient and [the student] has still to learn what can defeat a claim that there is a valid contract, even though all these conditions are satisfied » (H.L.A. Hart, « The Ascription of Responsibility and Rights », *art. cit.*, p. 175, nos italiques).

que Wittgenstein²⁰.) Ce n'est pas le cas de l'existence de sanctions : le droit international, par exemple, ne prévoit pas de sanctions organisées d'une manière centralisée²¹ et c'est la raison pour laquelle il s'agit d'un cas limite.

b) À quoi bon définir ?

Si Hart passe très peu de temps sur la question de la définition et se contente pour l'essentiel de reprendre (comme on va le voir) le travail de Flew, c'est parce qu'il estime que les définitions sont incapables de mettre fin aux difficultés ou perplexités philosophiques²². Ce qu'il affirme à propos de la notion d'État s'applique parfaitement, selon nous, à la notion de peine :

il n'y a guère de désaccord sur le fait que l'État est une organisation de personnes vivant sur un territoire sous un certain type de système juridique : le véritable différend porte plutôt sur la forme que l'État devrait prendre en accord avec ces caractéristiques primaires et sur ce que nous voulons que l'État fasse pour nous. Dans les cas de ce type, je conviens que les questions fondamentales sont déformées lorsqu'on les présente comme de simples questions de définition²³.

Mais cela ne veut pas dire que les définitions soient inutiles. Au contraire, elles ont pour Hart un triple intérêt. Premièrement, comme les personnes qui savent s'orienter dans une ville mais sont incapables d'en dessiner la carte, nous savons utiliser nos concepts mais sommes incapables de citer les règles qui gouvernent leur usage. Les définitions peuvent alors nous servir de carte²⁴. Grâce à elles, nous pouvons *expliquer* pourquoi tel mot s'applique dans telle situation et pas dans telle autre.

Deuxièmement, les définitions peuvent nous instruire au sujet du *definiendum* lui-même²⁵.

20 « Ne dis pas : “Il *doit* y avoir quelque chose de commun à tous, sans quoi ils ne s'appelleraient pas des ‘jeux’” – mais *regarde* s'il y a quelque chose de commun à tous. – Car si tu le fais, tu ne verras rien de commun à *tous*, mais tu verras des ressemblances, des parentés, et tu en verras toute une série. » (L. Wittgenstein, *Recherches philosophiques*, trad. F. Dastur et alii, Paris : Gallimard, 2004, §66, p. 64.)

21 *CL*, p. 217.

22 *CL*, trad. fr., p. 23.

23 H.L.A. Hart, « Discretion », *art. cit.*, p. 654.

24 *CL*, trad. fr., p. 32. Hart reprend cette image à Ryle, qui l'utilise dans *The Concept of Mind*, Londres : Routledge, 2009, p. lx. Voir également H.L.A. Hart, « Discretion », *art. cit.*, p. 654.

25 Hart cite (dans *CL*, trad. fr., p. 32-33) un célèbre passage de J.L. Austin : « Quand nous examinons ce que nous dirions quand, quels mots employer dans quelles situations, encore une fois, nous ne regardons *pas*

Lorsque je dis à un enfant qu'un éléphant est un quadrupède qu'on distingue des autres parce qu'il possède une peau épaisse, des défenses et une trompe, je lui donne des informations élémentaires sur les éléphants²⁶. Imaginons qu'on demande à un homme, observant à l'aide de jumelles une bataille au loin, s'il s'intéresse à la bataille *ou alors* à l'image dans les jumelles. Cet homme répondra qu'il s'intéresse aux deux, qu'il ajuste l'image pour mieux voir la bataille²⁷. De même, l'analyse conceptuelle nous permet d'affiner la connaissance de ce dont on parle :

La clarification des concepts ne peut pas ne pas accroître notre compréhension du monde auquel nous les appliquons. Réussir l'analyse ou la définition de termes ou de formes d'expression complexes – ou provoquant la perplexité – présente assurément certains des éléments essentiels d'une découverte d'ordre factuel. En effet, lorsque nous élucidons un concept, nous attirons inévitablement l'attention sur les différences et les similitudes qui existent entre le type de phénomène auquel nous appliquons le concept et d'autres phénomènes²⁸.

Ainsi, la définition de la peine nous donne des informations élémentaires sur la peine, informations révélant en partie pourquoi elle a besoin d'être justifiée.

Troisièmement, comme nous l'avons expliqué au début de ce chapitre, avant de se lancer dans une entreprise de justification, il est important d'expliquer ce qu'on cherche à justifier. La portée de la justification sera très limitée si ce qu'on entend par « peine » n'a rien à voir avec ce qui est ordinairement entendu par ce terme.

2. L'origine de la définition de Hart

Pour élaborer sa définition de *standard punishment*, Hart s'est beaucoup inspiré (comme il le reconnaît lui-même²⁹) d'un article de Flew, « The Justification of Punishment ». Dans cet

seulement les mots (ou les "significations", quelles qu'elles soient), mais également les réalités dont nous parlons avec les mots ; nous nous servons de la conscience affinée que nous avons des mots pour affiner notre perception, qui n'est toutefois pas l'arbitre ultime, des phénomènes. » (J.L. Austin, « Plaidoyer pour les excuses », in J.L. Austin, *Écrits philosophiques*, trad. L. Aubert, A.-L. Hacker, Paris : Seuil, 1994, p. 144.)

26 *CL*, trad. fr., p. 32.

27 H.L.A. Hart, « Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century : A Reply to Professor Bodenheimer », *art. cit.*, p. 967.

28 H.L.A. Hart, « Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century : A Reply to Professor Bodenheimer », *art. cit.*, p. 967.

29 Hart mentionne également l'article de S.I. Benn, « An Approach to the Problems of Punishment »,

article, Flew s'intéresse lui aussi au « *standard case of punishment, in the primary sense of the word*³⁰ » et soutient qu'il remplit cinq critères³¹.

Premièrement, une peine standard est un mal (*an evil*) ou quelque chose de désagréable (*an unpleasantness*). En affirmant qu'une peine standard est un mal, Flew s'inscrit dans la lignée de Hobbes et de Bentham. En effet, Hobbes définit la peine dans le *Léviathan* comme « un mal (*an evil*) infligé par l'autorité publique³² » et Bentham affirme que « toute punition est en elle-même un mal (*is evil*)³³ ». Hart ne reprend pas dans sa définition l'idée selon laquelle une peine standard est un mal. Pourquoi ? Une explication possible est que cette définition n'est pas neutre³⁴ (dire que la peine est un mal, c'est déjà porter un jugement) et ne serait pas acceptée par tous les rétributivistes. En effet, pour certains rétributivistes, une peine *méritée*, même si elle est désagréable, n'est pas un mal³⁵.

Deuxièmement, une peine standard est infligée pour une infraction. Hart précise légèrement ce point. Selon lui, une peine standard n'est pas infligée pour n'importe quel type d'infraction : elle est infligée pour une infraction à des règles juridiques.

Troisièmement, une peine standard est infligée à un infracteur (ou à un infracteur supposé). Flew sait que les erreurs judiciaires existent et que ceux qu'on condamne sont parfois innocents. Néanmoins, on les croyait coupables. Hart, à nouveau, précise légèrement ce point. Une peine standard est infligée à un infracteur (ou à un infracteur supposé) *pour son infraction*. En effet, il est concevable de punir un infracteur pour une infraction qu'il n'a pas commise, de punir un violeur pour un meurtre qu'il n'a pas commis ou qui a été commis par quelqu'un d'autre. Toutefois, il ne s'agit pas d'un cas standard.

Quatrièmement, une peine standard est infligée par des personnes (*personal agencies*). Lorsqu'on tombe malade après avoir trop mangé, lorsqu'on chute d'un arbre après l'avoir

Philosophy, vol. 33, n° 127, 1958, p. 325-341. Toutefois, l'article de Benn reprend mot pour mot la définition de Flew, ce qui n'est pas le cas de Hart.

30 A. Flew, « The Justification of Punishment », *Philosophy*, vol. 29, n° 111, 1954, p. 292.

31 A. Flew, « The Justification of Punishment », *art. cit.*, p. 293-295.

32 T. Hobbes, *Leviathan*, Indianapolis : Hacket Publishing Company, 1994, chapitre XXVIII, p. 203.

33 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, trad. du Centre Bentham, Paris : J. Vrin, 2011, chapitre XIII, §2, p. 193.

34 « The word "evil" is misleading because it carries too much moral flavour. » (J.D. Mabbott, « Professor Flew on Punishment », *Philosophy*, vol. 30, n° 114, 1955, p. 257.)

35 D. Boonin, *The Problem of Punishment*, Cambridge : Cambridge University Press, 2008, p. 6.

escaladé imprudemment, ces désagréments ne sont pas des peines (même si on les désigne parfois ainsi, au second degré). Il est difficile de savoir si Hart a simplement voulu reformuler cette idée en disant qu'une peine standard est administrée intentionnellement par d'autres êtres humains que l'infracteur. Il a peut-être voulu dire que les conséquences désagréables de la peine sont visées comme telles, puisque dans une note qui précède légèrement sa définition, il écrit, en faisant allusion à Benn, que « l'infliction *délibérée* de souffrances [...] est la caractéristique qu'il faut justifier³⁶ ».

Cinquièmement, une peine standard est infligée par une autorité : un parent, un professeur, un juge, etc. Hart, à nouveau, précise légèrement ce point. Une peine standard n'est pas infligée par n'importe quelle autorité : elle est infligée par l'autorité judiciaire.

Les raisons pour lesquelles Flew s'intéresse surtout aux peines standards et à ce qui les caractérise sont très proches de celles de Hart. En effet, il considère que *punishment* est un terme vague, ayant une texture ouverte et impliquant plusieurs critères logiquement indépendants. Il est vague parce qu'il arrive souvent qu'on ne sache pas vraiment si un traitement donné est une peine ou n'en est pas une ; il a une texture ouverte parce que, même si on le définissait strictement, il y aurait toujours des cas de figure non anticipés et inédits soulevant la question de son application ; il implique plusieurs critères logiquement indépendants parce qu'il peut être correctement appliqué, même lorsqu'un des cinq critères susmentionnés n'est pas rempli³⁷.

3. Le subterfuge de Quinton

Hart est au moins aussi connu pour sa définition de la peine que pour sa critique d'un argument de Quinton fondé sur la définition de la peine. Quinton tente de défendre l'utilitarisme contre l'objection qui lui est inlassablement adressée, à savoir de légitimer l'acte de punir un innocent (par exemple lors d'un procès truqué). Pour Quinton, l'utilitarisme n'a pas ou, plus précisément, *ne peut pas logiquement* avoir cette implication, car il est logiquement impossible de *punir* un innocent. De même que le concept de connaissance exclut qu'on sache une chose fausse, le concept de peine, selon Quinton, exclut qu'on punisse délibérément un individu innocent. Bien évidemment, de la même façon qu'on peut *croire* une

³⁶ *PR*, p. 2, note 3, nos italiques.

³⁷ A. Flew, « The Justification of Punishment », *art. cit.*, p. 291-292.

chose fausse, on peut *enfermer* ou *tuer* délibérément un individu innocent, mais pas le punir³⁸.

Flew qualifie cet argument de « joker définitionnel³⁹ » (*definitional joker*) et Hart, s'inspirant sans doute à nouveau de Flew, le qualifie de « stop définitionnel⁴⁰ » (*definitional stop*). Voici, selon Hart, ses trois faiblesses.

Premièrement, ce n'est pas vrai qu'il est logiquement impossible de punir un innocent. Un instituteur peut punir tous les enfants d'un groupe, même ceux dont il reconnaît l'innocence, parce que l'un d'entre eux a commis un acte répréhensible. Notre interlocuteur nous comprendra si on lui dit cela, alors qu'il nous regardera bizarrement si on lui dit : « Je sais que Paris est la capitale des États-Unis. » Il s'empressera de nous corriger dans le second cas, pas dans le premier.

Deuxièmement, même si c'était vrai, l'argument de Quinton ne fait que repousser le problème au lieu de le résoudre. Il laisse la difficulté intacte. Celui qui reproche à l'utilitarisme de légitimer l'acte de punir un innocent pourrait répondre : « Vous ne montrez pas que l'utilitarisme n'a pas cette implication, *peu importe le nom qu'on lui donne*. Si vous préférez, l'utilitarisme légitime l'acte de « télir » un innocent, ce qui est tout aussi problématique. »

Troisièmement, si on dit d'emblée qu'il est logiquement impossible de punir délibérément un innocent, on perd une occasion : celle de nous interroger sur les *raisons* pour lesquelles nous sommes attachés à un système qui refuse la responsabilité sans faute ou la responsabilité du fait d'autrui. Pourquoi est-ce si important ? Comme Hart l'écrit en parlant de Wootton : « elle a forcé ses adversaires (dans certains cas apparemment pour la première fois) à se demander pourquoi précisément ils accordent de l'importance à la doctrine de la *mens rea* dans un système de droit pénal et pourquoi précisément la responsabilité stricte est odieuse⁴¹. »

4. L'argument logique de Rawls

Une position très proche de celle de Quinton est celle du jeune Rawls, comme ce dernier le

38 A.M. Quinton, « On Punishment », *Analysis*, vol. 14, n° 6, 1954, p. 133-142.

39 A. Flew, « The Justification of Punishment », *art. cit.*, p. 292.

40 *PR*, p. 5.

41 H.L.A. Hart, « Review : Barbara Wootton, *Crime and the Criminal Law* », *The Yale Law Journal*, vol. 74, n° 7, 1965, p. 1325.

reconnaît lui-même⁴². En effet, Rawls cherche lui aussi à défendre l'utilitarisme en montrant que l'acte de punir un innocent est *logiquement* exclu, bien qu'il ne tombe pas dans le piège du stop définitionnel⁴³. Comme il l'écrit : « L'argument que j'ai avancé est plutôt d'ordre logique⁴⁴. »

Rawls distingue deux conceptions des règles, une première qu'il appelle la *summary conception* et une deuxième qu'il appelle la *practice conception*. Celle qui nous intéresse ici elle la *practice conception*. Les règles qui correspondent à cette conception *définissent* une pratique qui n'existerait pas sans elles. Ce sont des règles constitutives, comme celles du jeu d'échecs⁴⁵. Pour jouer aux échecs, il faut respecter les règles du jeu et, sans celles-ci, on ne pourrait plus faire échec et mat (on ne pourrait plus décrire un coup ou le déplacement d'une pièce en ces termes). À l'inverse, les règles des bonnes manières à table régulent une pratique qui leur préexiste (manger à table) et qui peut survivre à leur disparition.

L'argument de Rawls (rarement bien compris, car éclipsé par la première partie de son article) est que les règles de l'institution pénale (qui doivent être choisies conformément au principe d'utilité), en particulier celle selon laquelle seul l'auteur d'une infraction peut être puni, sont des règles constitutives ; dès lors, pour infliger une sanction pénale, il est nécessaire de suivre ces règles : « Si on veut accomplir une action spécifiée par une certaine pratique alors on n'a pas d'autre choix que de suivre les règles qui la définissent⁴⁶. » De même qu'un joueur de football ne peut pas logiquement marquer un but en jetant la balle dans les cages avec ses mains (le point ne comptera pas), de même, un juge ne peut pas logiquement condamner un innocent même s'il pense que c'est un moindre mal (la décision sera *nulle*) :

On ne voit pas qu'un pouvoir discrétionnaire de décider au cas par cas sur des bases utilitaristes est incompatible avec le concept de pratique ; et que le pouvoir discrétionnaire

42 « While this paper was being revised, Quinton's appeared [...]. There are several respects in which my remarks are similar to his. » (J. Rawls, « Two Concepts of Rules », *The Philosophical Review*, vol. 64, n° 1, 1955, p. 4, note 4.)

43 « The real question, however, is whether the utilitarian, in justifying punishment, hasn't used arguments which commit him to accepting the infliction of suffering on innocent persons if it is for the good of society (*whether or not one calls this punishment*). » (J. Rawls, « Two Concepts of Rules », *art. cit.*, p. 9, nos italiques.)

44 « The point I have been making is rather a logical point. » (J. Rawls, « Two Concepts of Rules », *art. cit.*, p. 32.)

45 J.R. Searle, *Les actes de langage : Essai de philosophie du langage*, trad. H. Pauchard, Paris : Hermann, 1972, p. 72-82.

46 J. Rawls, « Two Concepts of Rules », *art. cit.*, p. 26.

dont on dispose est lui-même défini par la pratique (par exemple, un juge possède une certaine latitude pour déterminer la peine dans certaines limites). Les objections traditionnelles adressées à l'utilitarisme que j'ai discutées supposent d'attribuer aux juges [...] une autorité morale pleine et entière de décider au cas par cas sur des bases utilitaristes. Mais une fois qu'on associe l'utilitarisme et la notion de pratique [...] on comprend que cette attribution est *logiquement exclue*⁴⁷.

Alors que pour Quinton, la punition de l'innocent est exclue *par les règles constitutives du concept de peine*, pour Rawls, la punition de l'innocent est exclue *par les règles constitutives de l'institution pénale*. Dans les deux cas, la punition de l'innocent est exclue *a priori*. On peut dire par avance que l'innocent ne pourra pas être puni : ce n'est pas compatible avec les règles du langage ou les règles de l'institution pénale.

Si cet argument de Rawls est plus sophistiqué et plus puissant que celui de Quinton, il n'en est pas moins problématique. Une des difficultés de cet argument, selon Hart, est la suivante⁴⁸. Lors d'une partie de football, un joueur peut très bien marquer un point en trichant, avec la complicité de l'arbitre. De même, lors d'un procès, un juge peut très bien condamner un innocent en transgressant la procédure pénale, avec la complicité des autorités ou des services de renseignement. Il est vrai que les règles de l'institution pénale excluent qu'un innocent soit puni de la même façon que les règles du football excluent qu'on marque un point en position de hors-jeu. Toutefois, ce ne sont que des règles, il est toujours possible de les contourner, surtout lorsqu'on est chargé de les appliquer.

Ainsi, de nombreux commentateurs ont tort d'assimiler la position de Hart à celle de Rawls, car elles n'ont absolument rien à voir. Hart propose un examen *moral* du problème de la punition de l'innocent, alors que Rawls propose une solution *logique* à ce problème. Plus que le stop définitionnel, ce que Hart rejette est le *stop logique* : le fait de répondre à l'objection de la punition de l'innocent en disant qu'elle est logiquement exclue.

II. Révision de la définition de Hart

Selon nous, il est possible de retravailler la définition de Hart et d'en proposer une plus

47 J. Rawls, « Two Concepts of Rules », *art. cit.*, p. 30, nos italiques.

48 *PR*, p. 12.

inclusive, c'est-à-dire englobant à la fois les cas standards et les cas non standards. Nous avons vu que, pour Hart, certaines caractéristiques du *definiendum* pouvaient être nécessaires. Dans le cas de la peine, quelles sont ces caractéristiques ? Parmi toutes les conditions énumérées par Hart, y en a-t-il une qui soit nécessaire ?

1. Une peine doit-elle avoir des conséquences normalement considérées comme désagréables ?

À première vue, oui. On ne peut pas vous punir en vous donnant des vacances ou en vous payant un restaurant (sauf si vous détestez les vacances ou les restaurants). Cependant, peut-on dire que la peine de mort a des conséquences normalement considérées comme désagréables ? Est-ce le terme approprié ? Si vous êtes mort, vous ne sentez plus rien, ni impression agréable, ni impression désagréable. De plus, l'exécution peut parfois être indolore. (Hart, on l'a vu, fait une remarque similaire lorsqu'il affirme qu'il serait étrange de critiquer au moyen de l'adjectif « injuste » la conduite d'un homme coupable de cruauté grave à l'égard de son enfant⁴⁹.)

Une solution serait de dire que la peine doit avoir des conséquences normalement *aversives*⁵⁰. Une peine doit être quelque chose pour lequel les gens ont, en temps normal, une aversion (c'est-à-dire quelque chose qu'ils fuient, qu'ils évitent, qu'ils redoutent, dont ils n'ont pas envie, etc.)⁵¹. Si, en temps normal, les gens appréciaient ou recherchaient activement l'enfermement, les coups de fouet ou la mort, on ne pourrait plus les punir en les enfermant, en les fouettant ou en les tuant⁵². Une peine est, si on reprend le vocabulaire de la psychologie béhavioriste, un *stimulus aversif*⁵³. C'est la raison pour laquelle le législateur, pour édicter des peines, doit connaître les aversions des êtres humains ou, au minimum, les aversions de la

49 *CL*, trad. fr., p. 175.

50 « Society through its legal system attaches aversive consequences to criminal behavior. » (C.R. Jeffery, « Criminal Behavior and Learning Theory », *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 56, n° 3, 1965, p. 295.)

51 « “Disliked” would be a better word than “evil” or “unpleasant”. For even “unpleasant” has its dangers. Most punishments nowadays are not afflictions of suffering, either physical or mental. They are the deprivations of a good. » (J.D. Mabbott, « Professor Flew on Punishment », *Philosophy*, vol. 30, n° 114, 1955, p. 257.)

52 « True, sometimes people do not find punishment unpleasant, but it makes no sense to punish by imposing conditions people desire, for example, giving them vacations or cakes. » (M.D. Bayles, *Hart's Legal Philosophy : An Examination*, Dordrecht : Springer, 1992, p. 261.)

53 « En tant que processus, la punition se réfère à la réduction de la fréquence d'émission d'une réponse consécutive à la présentation d'un stimulus aversif. » (D. Van Doosselaere, « Du stimulus aversif à la cognition sociale. L'efficacité de la sanction selon un modèle de psychologie expérimentale », *Déviance et société*, vol. 12, n° 3, 1988, p. 270.)

population vivant sur son territoire⁵⁴. Cette reformulation enfreint-elle l'exigence de neutralité ? Selon nous, même un juge rétributiviste pourrait admettre qu'en punissant un coupable, il lui présente un stimulus aversif, même s'il n'envisage pas nécessairement son action *sous cette description*⁵⁵.

On pourrait objecter qu'il existe des contre-exemples à cette condition. Premier contre-exemple, la déclaration de culpabilité que M. van de Kerchove qualifie de « degré zéro de la répression » ou de « paradigme de la peine immatérielle⁵⁶ ». Toutefois, la déclaration de culpabilité, même si elle est peu sévère, est perçue comme aversive puisqu'elle affecte l'honneur ou la réputation. En vérité, un commerçant coupable d'escroquerie craint davantage d'être consigné dans les papiers publics que de payer une amende, car la perte de réputation entraîne pour lui davantage de coûts qu'une amende⁵⁷.

Deuxième contre-exemple, de plus en plus de seniors se font arrêter au Japon pour « profiter » de la prison : en 2017, 21,1 % des personnes arrêtées avaient plus de 65 ans, alors qu'en 2000, cette tranche d'âge représentait seulement 5,8 % de la population carcérale. La prison tend à devenir l'équivalent d'une maison de retraite, préférable à la pauvreté et à la solitude⁵⁸. On peut répondre à cette objection en disant que les seniors japonais qui se font arrêter pour « profiter » de la prison subissent bien une peine, car la prison est *normalement* perçue comme aversive⁵⁹. Cependant, il est vrai que si la *majorité* de la population percevait la prison comme un refuge, il serait difficile de la conserver au sein de l'arsenal des peines.

Certains auteurs définissent la peine différemment. Ils disent qu'elle doit porter préjudice,

54 Idée qu'on retrouve chez Kant : « [La législation], en revanche, qui n'intègre pas le mobile dans la loi et par conséquent admet aussi un autre mobile que l'idée du devoir elle-même est *juridique*. À propos de cette dernière, on aperçoit aisément que ces mobiles qui diffèrent de l'idée du devoir doivent nécessairement être empruntés aux principes pathologiques de détermination de l'arbitre que sont les penchants et les aversions, et parmi eux plus spécialement aux aversions, parce que ce doit être une législation contraignante et non pas un appât qui séduise. » (E. Kant, *Métaphysique des mœurs I : Fondation, Introduction*, trad. A. Renaut, Paris : GF Flammarion, 1994, p. 169.)

55 J'emprunte cette notion à G.E.M. Anscombe, *L'intention*, trad. M. Maurice, C. Michon, Paris : Gallimard, 2002, §6, p. 48.

56 M. van de Kerchove, *Quand dire, c'est punir : essai sur le jugement pénal*, Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 224.

57 J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, *op. cit.*, p. 227, note.

58 *Le Monde*, « De plus en plus de Japonais âgés se font arrêter pour profiter de la prison », le 14 janvier 2019. URL : https://www.lemonde.fr/international/article/2019/01/14/au-japon-la-prison-comme-maison-de-retraite_5408603_3210.html

59 Dans le même sens : « Nous pouvons dire qu'une personne subit une peine indépendamment des effets subjectifs que le châtement produit sur elle. » (B. Guillaume, *Penser la peine*, *op. cit.*, p. 10.)

porter atteinte ou encore nuire à la personne qui la subit (nous ne distinguons pas ici ces verbes que nous considérons comme diverses traductions possibles de *to harm*). C'est la solution retenue par Boonin : « une peine nuit (*harms*) à la personne qui est punie et nuire à quelqu'un signifie aggraver sa situation (*making her worse off*) d'une manière ou d'une autre, notamment en lui infligeant une chose mauvaise ou en la privant d'une chose bonne⁶⁰. » Selon Bentham, une peine peut porter atteinte à la personne punie de quatre manières : elle peut l'affecter dans sa *personne* (exemple de la peine de mort), dans sa *propriété* (exemple de l'amende), dans sa *réputation* (exemple du *shaming*) ou dans sa *condition/statut* (exemple de la déchéance des droits civiques)⁶¹.

Comment trancher entre ces deux définitions ? À première vue, elles sont étroitement liées, puisque les choses pour lesquelles nous avons normalement une aversion sont celles qui affectent notre personne, notre propriété, notre réputation ou notre condition. Toutefois, on peut imaginer des cas de choses non *harmful* qui sont perçues comme aversives et de choses *harmful* qui ne sont pas perçues comme aversives. Or, selon nous, il pourrait y avoir peine dans le premier cas, mais pas dans le second. Par exemple, il est concevable de punir les toxicomanes en les privant de drogue (alors que cette action est *helpful*, peut leur sauver la vie), mais il n'est pas concevable de punir les toxicomanes en les droguant (alors que cette action est *harmful*, peut les tuer). Ainsi, la définition révisée de Hart semble être plus englobante que celle de Boonin.

2. Une peine doit-elle être infligée pour une infraction à des règles juridiques ?

Il est vrai que, dans un État de droit, une peine doit nécessairement être infligée pour une infraction à des règles juridiques. L'autorité judiciaire (qui ne doit pas être confondue avec le tribunal de l'opinion publique) ne peut pas me punir pour un acte immoral ou sacrilège si celui-ci n'est pas interdit par la loi. Cependant, on doit distinguer ce qui est *juridiquement* possible de ce qui est *concevable*. Dans une monarchie absolue, il est concevable d'emprisonner un individu simplement parce qu'il a fait quelque chose ayant déplu au roi,

60 D. Boonin, *The Problem of Punishment*, op. cit., p. 7.

61 J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, op. cit., p. 17. En fait, cette classification est parallèle à la classification des infractions contre les individus : infractions contre la personne, contre la réputation, contre la propriété et contre le statut (cf. J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, trad. du Centre Bentham, Paris : J. Vrin, 2011, chapitre XVI, §11, p. 236).

même si son action n'était pas interdite par la loi (si tant est que la loi soit quelque chose de bien défini dans une monarchie absolue). On pourrait donner l'exemple des fameuses lettres de cachet utilisées sous l'Ancien Régime en France : une peine *arbitraire* est bien une peine⁶².

Cependant, la deuxième condition de Hart contient une part très importante de vérité. Une peine doit nécessairement être infligée à raison d'une chose reprochée, que cette chose ait eu lieu ou non. Expliquons cette affirmation point par point.

1° Une peine doit être infligée *pour* quelque chose, ou *à raison* de quelque chose, ou *en réponse* à quelque chose (toutes ces formulations synonymes sont acceptables). Une peine est par essence *réactive*. Cela ne veut pas dire que le meurtre commis par Jean est la *cause* de sa peine, mais que le meurtre commis par Jean est le *motif* de sa peine⁶³. On ne peut pas infliger une peine sans motif. Si vous enfermez une personne sans raison (« J'avais envie, c'est tout »), vous ne la punissez pas, mais vous faites preuve de sadisme⁶⁴.

En outre, le motif d'une peine doit être d'une nature particulière : il doit être, si on reprend la terminologie d'Anscombe, tourné vers le passé (*backward-looking*). Les motifs tournés vers le passé se distinguent des motifs en général (*motive-in-general*) et des motifs tournés vers l'avenir (*forward-looking*)⁶⁵. Si vous enfermez préventivement une personne qui n'a rien fait qu'on puisse lui reprocher parce que vous estimez qu'elle représente un danger pour les autres, vous ne la punissez pas : vous avez recours à une « mesure de sûreté ».

Bien sûr, en affirmant que tout acte de punir présuppose un motif tourné vers le passé, nous n'excluons pas que ce motif puisse être accompagné d'autres motifs : un juge peut punir un délinquant par amour de la justice (motif-en-général) et pour qu'il ne récidive pas (motif tourné vers l'avenir). Une peine peut être surdéterminée⁶⁶.

62 Dans le même sens : « Compare these with the decisions in a primitive society of an absolute monarch, who ruled largely by promulgated laws, but also by arbitrary decree, and who very often indicated what was an offence by punishing those who earned his displeasure. » (H.J. MacCloskey, « The Complexity of the Concepts of Punishment », *Philosophy*, vol. 37, n° 142, 1962, p. 321-322.)

63 Pour rappel, le motif explique l'action, mais cela ne veut pas dire qu'il la détermine au sens où il la causerait ; le motif interprète l'action ou la place sous un certain éclairage. Cf. G.E.M. Anscombe, *L'intention*, *op. cit.*, §12, p. 56-60.

64 C'est la part de vérité de l'article de Quinton : « If a man says to another "I am going to punish you" and is asked "what for", he cannot reply "nothing at all" [...]. » (A.M. Quinton, « On Punishment », *art. cit.*, p. 137.)

65 G.E.M. Anscombe, *L'intention*, *op. cit.*, p. 58-60.

66 Nous empruntons cette idée de surdétermination à A. Flew, « The Justification of Punishment », *art. cit.*, p. 296. Nous revenons sur cette idée dans le chapitre 2.

2° La chose passée pour laquelle une personne est punie doit elle aussi être d'une nature particulière. Elle doit faire l'objet d'une accusation, être *reprochée*. Pour me punir, il faut avoir quelque chose à me reprocher (ou à reprocher à une personne à laquelle je suis lié en cas de peine collective). Si je nettoie une plage de ses déchets, je ne peux pas être puni pour cette chose, sauf si elle est interdite, sauf si le punisseur y voit quelque chose de mal qui n'aurait pas dû être fait. Ce n'est pas parce que j'estime ne rien avoir à me reprocher que je ne serai pas puni : il suffit qu'on *trouve* quelque chose à me reprocher pour que je sois puni.

3° La chose reprochée passée pour laquelle une personne est punie ne doit pas nécessairement avoir eu lieu. Il y a trois possibilités : la chose reprochée a eu lieu ; la chose reprochée n'a pas eu lieu, mais on est convaincu qu'elle a eu lieu (par exemple, Jean punit Marie parce qu'il pense qu'elle a menti, mais il s'avère après coup qu'elle n'avait pas menti) ; la chose reprochée n'a pas eu lieu, mais on feint qu'elle a eu lieu (comme dans un procès truqué). Nous développons ce point ci-dessous.

3. Une peine doit-elle être infligée à un infracteur (ou à un infracteur supposé) pour son infraction ?

Il est vrai que, dans un État de droit, *en théorie*, une peine doit nécessairement être infligée à un infracteur pour son infraction. Plus précisément, elle doit nécessairement être infligée à un individu dont la culpabilité a été prouvée et pour son infraction. Cette précision est nécessaire, car même dans un État de droit les erreurs judiciaires sont possibles. En cas d'erreur judiciaire, un innocent a été puni par accident⁶⁷.

Cependant, en dehors d'un État de droit (et même parfois au sein d'un État de droit), cette condition n'est pas toujours respectée. On doit distinguer plusieurs cas de figure.

1° Premier cas de figure, l'infracteur *n'est pas* puni et un ou plusieurs innocents sont intentionnellement punis pour son infraction (responsabilité pénale du fait d'autrui). Cela peut avoir lieu *dans l'ombre* ou *ouvertement* (pour reprendre les termes de Hart, *with resort to*

67 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, *op. cit.*, chapitre XV, §25, p. 225.

fraud ou *without resort to any fraud*⁶⁸). Cela a lieu dans l'ombre, par exemple, en cas de procès truqué. Cela a lieu ouvertement, par exemple, dans les lois de Hammourabi. (Celles-ci prévoient en effet que si un maçon a bâti une maison peu solide qui s'effondre sur le fils du propriétaire, alors le fils du maçon sera mis à mort pour la faute de son père⁶⁹.) Mais nous n'avons pas besoin d'aller si loin : la législation moderne possède quelques cas de responsabilité pénale du fait d'autrui, en particulier dans le cadre des entreprises ou des professions réglementées. Nous développerons ce point en détail dans le chapitre 3.1.

2° Deuxième cas de figure, l'infracteur n'est pas puni pour *son* infraction, mais intentionnellement puni pour l'infraction d'un tiers (responsabilité pénale du fait d'autrui, à nouveau). Par exemple, à la fin d'*Inspecteur Lavardin* de Chabrol, l'inspecteur Lavardin décide d'accuser du meurtre d'un écrivain catholique un individu coupable de détournement de mineur, de trafic de drogue et de blanchiment d'argent (comme on dit, il lui fait porter le chapeau), alors qu'il sait que la véritable auteure du meurtre est une adolescente de 13 ans (qui a poignardé l'écrivain catholique lorsqu'il tentait de la violer).

3° Troisième cas de figure, l'infracteur et un ou plusieurs innocents sont intentionnellement punis pour son infraction (responsabilité pénale collective). L'histoire et l'anthropologie peuvent nous donner de très nombreux exemples de peines familiales, en particulier en cas de trahison du père de famille⁷⁰. Comme Hart, on pourrait citer la *Lex Quisquis*, une loi romaine promulguée en 397, prévoyant que les enfants des traîtres coupables de *majestas* seraient eux aussi punis⁷¹.

Avant de passer à la prochaine sous-partie, nous devons ajouter une remarque. L'être subissant une peine n'est pas nécessairement un être humain : il peut s'agir d'un animal ou d'un objet. Platon explique par exemple dans les *Lois* que si un animal ou un objet inanimé tue quelqu'un et cet animal ou cet objet inanimé est reconnu coupable à l'issue d'un procès, alors il doit être mis à mort ou détruit et banni du territoire afin de purifier toute la famille⁷². On pourrait

68 *PR*, p. 11.

69 E. Westermarck, *L'origine et le développement des idées morales*, trad. R. Godet, tome 1, Paris : Payot, 1928, p. 47. On pourrait objecter que le constructeur est lui aussi puni, puisqu'on le prive de son fils ; qu'il s'agit plutôt d'une peine collective.

70 E. Westermarck, *L'origine et le développement des idées morales*, *op. cit.*, p. 48-50.

71 *PR*, p. 12.

72 Platon, *Lois*, trad. L. Brisson, J.-F. Pradeau, in *Œuvres Complètes*, Paris : Flammarion, 2011, 873e-874a, p. 917.

également mentionner les procès d'animaux au Moyen Âge.

Ainsi, il est essentiel que la peine ait un *point d'application*, mais ce point d'application n'est pas nécessairement un être humain ayant fait une chose qu'on lui reproche. N'importe quel être, humain/non humain, coupable/innocent, peut être puni, même si cela peut sembler étrange, irrationnel ou injuste⁷³.

4. Une peine doit-elle être administrée intentionnellement par d'autres êtres humains que l'infracteur ?

Cette condition en contient trois : 1° une peine doit être infligée par des êtres humains ; 2° l'agent infligeant la peine et le patient subissant la peine ne peuvent pas être la même personne ; 3° on ne peut pas punir un individu sans le faire exprès.

1° Une *punition* ne doit pas nécessairement être infligée par des êtres humains. Il existe des punitions dans le règne animal. Certains primates sociaux, par exemple, peuvent punir les femelles qui refusent leurs avances sexuelles ou qui tentent de s'accoupler avec des mâles subordonnés⁷⁴. En revanche, il n'existe pas de *peines*, c'est-à-dire de sanctions pénales, dans le règne animal, pour la simple et bonne raison qu'on n'y trouve pas d'institutions juridiques.

2° Il existe des cas d'*autopunition*. Le cas le plus célèbre est sans doute celui des flagellants au Moyen Âge qui se flagellaient publiquement en chantant des cantiques afin d'expier leurs péchés. De plus, les psychologues sont parfois confrontés à des patients qui, pour se délivrer d'un complexe de culpabilité, se punissent eux-mêmes en s'automutilant.

Existe-t-il, en revanche, des cas d'*autopeine* ? Même si cela semble difficilement concevable dans le cadre de nos institutions, on pourrait très bien imaginer des « procès participatifs » durant lesquels les accusés seraient incités à admettre leurs torts, décideraient *eux-mêmes* s'ils

73 « aucune propriété particulière n'est universellement requise dans un être pour qu'il puisse éventuellement jouer le rôle de patient, pour qu'il soit, le cas échéant, jugé et traité comme un sujet responsable. Dans nos conceptions actuelles, la plupart des êtres, *quoi qu'il arrive*, ne peuvent jamais devenir responsables : il leur manque la vie, ou la personnalité, ou l'intelligence et la moralité, conditions *sine qua non*, à nos yeux, de la capacité pénale. Mais, si l'on enveloppe d'un même regard des sociétés humaines assez diverses, cette capacité au contraire est commune à tous et à tout, sans exception. » (P. Fauconnet, *La responsabilité : étude de sociologie*, Paris : F. Alcan, 1920, p. 90.)

74 T.H. Clutton-Brock, G.A. Parker, « Punishment in Animal Societies », *Nature*, vol. 373, 1995, p. 209-216.

doivent être punis et, le cas échéant, quelle peine ils méritent⁷⁵. Toutefois, même si un accusé décide qu'il mérite d'aller en prison ou d'être déchu de certains de ses droits, il ne pourrait pas le faire tout seul. Même dans ce scénario, la médiation de l'autorité judiciaire est indispensable.

3° Il est possible de punir un individu sans en avoir eu l'intention. Imaginons que Louis XIV fasse une faute d'orthographe dans sa lettre de cachet et qu'au lieu de punir un coupable, il emprisonne un ami. Quelques mois plus tard, il se rend compte de sa faute d'orthographe et reconnaît avoir puni par erreur, donc non intentionnellement, un ami.

Il n'est pas possible, en revanche, d'infliger une peine à un individu sans viser les conséquences aversives qu'elle implique. On l'a dit précédemment, Hart écrit bien, en faisant allusion à Benn, que « l'infliction délibérée de souffrances [...] est la caractéristique qu'il faut justifier⁷⁶ ». Un dentiste *peut* dire à son patient : « Vous allez passer un moment désagréable, mais si je pouvais le rendre agréable, je le ferais. » Mais un juge *ne peut pas* dire au criminel : « Vous allez passer un séjour désagréable en prison, mais si je pouvais le rendre agréable, je le ferais. » Les conséquences aversives de la peine sont voulues comme telles : elles ne sont pas simplement prévues, elles ne sont pas un simple effet collatéral. C'est ce que veut dire Bentham lorsqu'il affirme que punir, c'est infliger un mal à un individu, *avec une intention directe par rapport à ce mal*⁷⁷. En effet, selon Bentham, on doit distinguer « intention directe » et « intention oblique » :

La partie la plus célèbre et la plus controversée de la discussion de Bentham sur l'intention est peut-être son inclusion, parmi les formes “indirectes” ou “obliques” d'intention, du cas où un homme prévoit une certaine conséquence de son acte comme certaine ou probable, mais ne la vise pas ou ne la désire pas comme une fin en soi ou comme un moyen d'atteindre une fin, comme il le fait lorsque son intention est directe⁷⁸.

75 En ce sens, voir N. Christie, « Les conflits : des biens usurpés ? », trad. P. Gailly, in P. Gailly (éd.), *La justice restauratrice*, Bruxelles : Larcier, 2011, p. 53-69.

76 *PR*, p. 2, note 3.

77 J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, *op. cit.*, p. 2.

78 H.L.A. Hart, « Bentham's Principle of Utility and Theory of Penal Law », in J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford : Oxford University Press, 2005, p. cii-ciii. Voir aussi : « Some legal theorists, Bentham among them, have recorded this divergence by distinguishing (as “oblique intention”), mere foresight of consequences from direct intention where the consequences must have been contemplated by the accused not merely as a foreseen outcome but as an end which he set out to achieve, or as a means to an end, and constituted at least part of his reason for doing what he did. » (*PR*, p. 120-121.)

Précisons que toutes les conséquences aversives de la peine ne sont pas visées. En effet, une peine cause souvent de nombreux dommages collatéraux. Par exemple, lorsqu'un père de famille est emprisonné, sa famille peut être extrêmement fragilisée ; lorsqu'un détenu sort de prison, sa réinsertion sociale est très compliquée, il devient une sorte de citoyen de seconde zone⁷⁹. Ces dommages collatéraux, par définition, ne sont pas voulus⁸⁰. Les conséquences aversives visées sont, en général, celles spécifiées par la loi pénale, par exemple la privation de liberté si la loi prévoit la prison en cas de vol avec violence, ou alors celles prononcées par le juge.

5. Une peine doit-elle être imposée et administrée par l'autorité judiciaire ?

Une *punition* ne doit pas nécessairement être imposée et administrée par l'autorité *judiciaire*. Les parents peuvent punir leurs enfants, les professeurs peuvent punir leurs élèves. Une *punition* ne doit pas non plus nécessairement être imposée par une *autorité*. Une femme peut punir son mari pour son infidélité et vice versa.

En revanche, une *peine* doit *a minima* être organisée. Dans *De la division du travail social*, Durkheim distingue les sanctions morales et les sanctions pénales en disant que, bien qu'elles soient toutes les deux répressives, les sanctions morales « sont distribuées d'une manière diffuse par tout le monde indistinctement⁸¹ » alors que les sanctions pénales « ne sont appliquées que par l'intermédiaire d'un organe défini ; elles sont organisées⁸² ». Mais en quoi cette organisation consiste-t-elle ? Selon Durkheim, elle ne consiste ni dans la réglementation de la peine, ni dans l'institution d'une procédure criminelle, mais dans l'établissement d'un tribunal :

La seule organisation qui se rencontre partout où il y a peine proprement dite se réduit donc à l'établissement d'un tribunal. De quelque manière qu'il soit composé, qu'il comprenne tout le peuple ou seulement une élite, qu'il suive ou non une procédure régulière tant dans l'instruction de l'affaire que dans l'application de la peine, par cela seul que l'infraction, au lieu d'être jugée par chacun, est soumise à l'appréciation d'un corps constitué, par cela seul

79 E.I. Kelly, *The Limits of Blame*, Cambridge : Harvard University Press, 2018, p. 7.

80 Sur ce point, voir A.J. Kolber, « Unintentional Punishment », *Legal Theory*, vol. 18, n° 1, 2012, p. 1-29.

81 E. Durkheim, *De la division du travail social*, 2^e édition, Paris : P.U.F., 1991, p. 33.

82 E. Durkheim, *De la division du travail social*, *op. cit.*, p. 33.

que la réaction collective a pour intermédiaire un organe défini, elle cesse d'être diffuse : elle est organisée. L'organisation pourra être plus complète, mais dès ce moment elle existe⁸³.

Pour récapituler, toute peine contient au minimum cinq ingrédients :

- Un agent : l'autorité judiciaire.
- Un acte : la présentation d'un stimulus aversif.
- Une intention : une intention directe par rapport aux conséquences aversives.
- Un motif tourné vers le passé : une chose passée et reprochée.
- Un patient : un être.

6. La critique expressiviste

Certains auteurs ont reproché à la définition de Hart d'être incomplète, de ne pas rendre compte du caractère réprobateur de la peine. Le plus connu de ces auteurs est Feinberg et nous partirons de sa critique.

a) La critique de Feinberg

Feinberg distingue « la peine au sens fort » (*punishment in the emphatic sense*) et « les simples pénalités » (*mere penalties*). Une peine de prison pour viol est un exemple de peine au sens fort, une amende pour stationnement interdit est un exemple de simple pénalité. Voici ce qui, selon Feinberg, les distingue :

La peine est un dispositif conventionnel servant à exprimer des attitudes de ressentiment et d'indignation, ainsi que des jugements de désapprobation et de réprobation, de la part soit de l'autorité répressive elle-même, soit de ceux « au nom desquels » la peine est infligée. La peine, en bref, a une *signification symbolique* largement absente des autres types de pénalités⁸⁴.

D'après Feinberg, l'expression de la condamnation/dénonciation de la communauté est un

83 E. Durkheim, *De la division du travail social*, op. cit., p. 63-64.

84 J. Feinberg, « The Expressive Function of Punishment », *The Monist*, vol. 49, n° 3, 1965, p. 400.

composant *essentiel*⁸⁵ de la peine (par opposition aux pénalités), qui doit être intégré à sa définition. La condamnation de la communauté qu'exprime la peine est un mélange d'*émotion* et de *cognition*, d'indignation/ressentiment et de désapprobation/réprobation :

Au mieux, dans les pays démocratiques et civilisés, la peine exprime assurément la forte *désapprobation* de l'acte du criminel par la communauté. En effet, on peut dire que la peine exprime le *jugement* (qu'il faut distinguer des émotions) de la communauté selon lequel le criminel a fait quelque chose de mal. Toutefois, je pense qu'il serait juste de dire que dans notre communauté la peine exprime généralement davantage que des jugements de désapprobation ; il s'agit aussi d'une manière symbolique de faire payer le criminel, d'exprimer une forme de ressentiment vindicatif⁸⁶.

Feinberg précise qu'on doit soigneusement distinguer le traitement de rigueur (*hard treatment*) et la dénonciation impliqués par la peine, bien qu'ils soient en pratique mêlés, bien que la dénonciation soit en elle-même pénible. Lorsqu'on emprisonne un criminel, on le prive de sa liberté (traitement de rigueur) et, *en même temps*, la communauté exprime sa désapprobation et son indignation (dénonciation). Toutefois, ces éléments pourraient être séparés : on pourrait imaginer un rituel de dénonciation, durant lequel la communauté exprimerait son ressentiment, adresserait des reproches, exigerait des excuses, etc., qui ne serait pas suivi d'un traitement de rigueur supplémentaire⁸⁷.

Selon Feinberg, sa définition expressiviste de la peine permet de clarifier certaines controverses, par exemple celle sur la responsabilité stricte. En effet, si la responsabilité stricte passible d'emprisonnement (peine au sens fort) nous répugne davantage que la responsabilité stricte passible d'amende (pénalité), c'est parce que la première a une signification symbolique que la deuxième n'a pas. L'emprisonnement de celui qui n'aurait pas pu agir autrement exprime la désapprobation et le ressentiment de la communauté ou de l'autorité judiciaire et, de ce fait, est particulièrement injuste.

85 Il écrit : « the expression of the community's condemnation is an essential ingredient in legal punishment [...] » (J. Feinberg, « The Expressive Function of Punishment », *art. cit.*, p. 401.) Ou encore : « Hard treatment and symbolic condemnation, then, are not only both necessary to an adequate definition of "punishment" [...] » (J. Feinberg, « The Expressive Function of Punishment », *art. cit.*, p. 419.)

86 J. Feinberg, « The Expressive Function of Punishment », *art. cit.*, p. 402-403.

87 J. Feinberg, « The Expressive Function of Punishment », *art. cit.*, p. 400.

b) Réponse de Hart à la critique

On trouve dans les publications de Hart des remarques qui *semblent* aller dans le sens de Feinberg, mais également un argument décisif contre sa position. Examinons-les successivement.

i) Éléments qui semblent aller dans le sens de Feinberg

1° Dans les notes de 1968 de *Punishment and Responsibility*, Hart explique que sa propre définition de la peine a été critiquée parce qu'elle ne mentionne pas le fait que « la peine est un dispositif conventionnel servant à exprimer des attitudes de ressentiment et d'indignation, ainsi que des jugements de désapprobation et de réprobation⁸⁸ ». Il s'agit mot pour mot de la définition de Feinberg. Hart explique également qu'on doit distinguer les théories selon lesquelles la condamnation de la communauté est un trait constitutif de la peine (théorie de Feinberg) et les théories selon lesquelles la peine est justifiée, car elle seule peut exprimer adéquatement la condamnation de la communauté (théorie de Lord Denning)⁸⁹. De la même façon que Hart distingue la rétribution au niveau du but général justifiant et la rétribution au niveau de la distribution, il aurait pu distinguer la dénonciation au niveau de la définition et la dénonciation au niveau du but général justifiant. Toutefois, dans ces notes de 1968, Hart n'affirme ni que la critique de Feinberg est justifiée ni que la dénonciation au niveau de la définition doit être acceptée. Il ne propose aucune révision de sa définition.

2° Tout à la fin de « Prolegomenon to the Principles of Punishment », Hart explique que l'effet dissuasif de la peine n'est pas dû à la sévérité de la peine, mais à la *disgrâce attachée* à la déclaration de culpabilité pour un crime ou à la privation de liberté⁹⁰. Cette affirmation pourrait être rapprochée de celle de Feinberg selon laquelle « l'automobiliste imprudent qui est envoyé en prison pour six mois est de ce fait inévitablement sujet à la honte et à l'ignominie – les murs mêmes de sa cellule le condamnent et son casier devient un stigmat⁹¹ ». Toutefois, l'affirmation de Hart est limitée : elle porte seulement sur la *déclaration de culpabilité* et sur la *privation de liberté* (et non sur la sanction pénale en

88 *PR*, p. 239.

89 *PR*, p. 263.

90 « the disgrace attached to conviction for crime or to the deprivation of freedom [...] » (*PR*, p. 27.)

91 J. Feinberg, « The Expressive Function of Punishment », *art. cit.*, p. 402.

général) ; elle souligne que ces dernières sont déshonorantes (et non qu'elles expriment la dénonciation de la communauté ou de l'autorité répressive).

3° Dans *Le concept de droit*, Hart écrit ceci :

lorsque des règles existent, tout écart de conduite par rapport à celles-ci constitue, non seulement une raison de prédire que des réactions hostiles s'ensuivront ou qu'un tribunal infligera des sanctions à ceux qui les transgressent, mais encore une raison ou justification du fait que l'on réagisse ainsi et que l'on inflige des sanctions⁹².

On pourrait penser en lisant ce texte que pour Hart la peine est une forme de réaction hostile. Or, une réaction hostile est, selon le dictionnaire, une réaction qui *manifeste* ou *exprime* de l'agressivité, de la malveillance, une forte opposition, etc. Cependant, dans tous les passages du *Concept de droit* où l'expression « réaction hostile » et le terme « peine » (ou « sanction ») apparaissent simultanément, Hart les sépare clairement : la transgression est suivie *ou bien* d'une réaction hostile, *ou bien* d'une sanction pénale (s'il s'agit d'une infraction à une règle de droit)⁹³. La distinction entre réaction hostile et peine est, semble-t-il, très proche de la distinction de Durkheim (mentionnée plus haut) entre sanctions morales diffuses et sanctions pénales organisées⁹⁴. Hart affirme d'ailleurs explicitement que les réactions hostiles sont dues à la violation d'une règle *morale*⁹⁵.

Dans d'autres passages du *Concept de droit*, Hart explique que lorsqu'un individu *accepte* une règle ou *adhère* à une règle, il est disposé à *critiquer*, ne serait-ce qu'en son for intérieur, les déviations par rapport à cette règle. La marque de l'acceptation d'une règle est une certaine attitude de réflexion critique :

Ce qui est nécessaire, c'est qu'il y ait une attitude de réflexion critique à l'égard d'un certain type de comportement, considéré comme un modèle commun, et que ce modèle se révèle lui-même dans les critiques (y compris l'auto-critique), dans les réclamations qu'on s'y conforme,

⁹² CL, trad. fr., p. 104.

⁹³ Voir ici : « deviations from certain types of behaviour will probably meet with hostile reaction, and in the case of legal rules be punished by officials. » (CL, p. 10, nos italiques.)

⁹⁴ « In the case of legal rules this predictable consequence is definite and officially organized, whereas in the non-legal case, though a similar hostile reaction to deviation is probable, this is not organized or definite in character. » (CL, p. 10.)

⁹⁵ CL, trad. fr., p. 197-198.

et dans le fait qu'on reconnaisse que ces critiques et réclamations sont justifiées⁹⁶ [...].

La peine fait-elle partie de cette attitude de réflexion critique ? Est-elle une forme de critique ? Pour Hart, il semble que la critique passe plutôt par l'usage du langage normatif⁹⁷ : « Tu n'aurais pas dû faire cela », « Ce n'est pas bien », « Ce n'est pas autorisé », etc. La peine n'est pas une forme de critique, mais plutôt une *conséquence* de la critique, du reproche, de l'accusation. Jean est puni *parce qu'on l'accuse* de quelque chose. On *infère* la critique de la sanction.

4° Dans son compte-rendu du débat qu'il a eu en novembre 1961 avec Kelsen, Hart écrit ceci :

quiconque souhaiterait, comme moi, intégrer dans la définition du crime ou du délit l'idée que le comportement auquel des sanctions sont attachées est différent du comportement qui est simplement taxé, et diffère de celui-ci parce qu'il est d'une certaine manière condamné (*condemned*), doit prendre le soin de préciser comment, pour chaque loi, la présence de ce facteur de condamnation est établie⁹⁸.

Ce passage doit être replacé dans son contexte. Hart critique la définition kelsénienne du délit selon laquelle un délit est une action ou une abstention « dont l'ordre juridique fait la condition d'un acte de contrainte prévu par lui⁹⁹ ». Selon Hart, cette définition est insatisfaisante, car elle ne permet pas de distinguer une amende d'une taxe. En effet, une amende est une « peine pour une activité officiellement condamnée¹⁰⁰ » alors qu'une taxe ne l'est pas. (Nous reviendrons sur cette distinction plus bas.)

Dans ce passage, Hart *n'aborde pas* la définition de la peine, mais la définition du délit ou du crime. Ce passage doit être mis en parallèle avec la section de « Prolegomenon to the Principles of Punishment » consacrée à la nature d'une infraction qui se trouve juste *après* la section consacrée à la définition de la peine. Hart y explique que certaines actions sont

96 *CL*, trad. fr., p. 76.

97 Voir ici : « For the expression of such criticisms, demands, and acknowledgements a wide range of "normative" language is used. » (*CL*, p. 57.) Ou ici : « The normal way in which moral condemnation is expressed is by words [...]. » (*LLM*, p. 66.)

98 *EJP*, p. 301.

99 H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, 3^e édition, Paris : Dalloz, 1962, p. 152.

100 *EJP*, p. 299.

interdites ou criminalisées pour « annoncer à la société que ces actions ne doivent pas être accomplies¹⁰¹ » et que « le but, *non pas de la peine, mais de législation pénale* est en effet de dénoncer certains types de comportement comme quelque chose ne devant pas avoir lieu¹⁰² ».

Ainsi, il se peut que Hart défende une théorie expressiviste du *droit*¹⁰³ (au sens où la législation a effectivement une fonction expressive), mais cela ne veut pas dire qu'il défend une théorie expressiviste de la *peine*.

5° Dans « Changing Conceptions of Responsibility », Hart écrit :

La deuxième caractéristique distinguant la peine du traitement est que, à la différence d'un examen médical suivi d'une détention à l'hôpital, une déclaration de culpabilité par un tribunal suivie d'une sentence d'emprisonnement (*conviction by a court followed by a sentence of imprisonment*) est un acte public exprimant la réprobation générale, voire l'hostilité, de la société à l'endroit de ceux qui enfreignent la loi. Tant que ces caractéristiques seront attachées à la déclaration de culpabilité et la sentence d'emprisonnement, leur utilisation à l'encontre de ceux qui n'auraient pas pu agir autrement restera moralement critiquable¹⁰⁴.

Ce passage est celui où la ressemblance avec Feinberg est la plus frappante. Toutefois, on doit le lire attentivement. En effet, Hart ne parle pas de la peine en général, mais seulement de la prison. De plus, il explique que certains *actes de langage* peuvent exprimer la réprobation générale de la société. En effet, la déclaration de culpabilité (*conviction*), « Je vous déclare coupable », et le prononcé de peine (*sentence*), « Je vous condamne à 5 ans de prison », sont des performatifs paradigmatiques (au sens étroit de J.L. Austin).

ii) L'argument sociologique contre Feinberg

101 *PR*, p. 6.

102 *PR*, p. 8, nos italiques.

103 « there is no doubt that Hart was an expressivist of some kind. » (M.H. Kramer, *H.L.A. Hart : The Nature of Law*, *op. cit.*, p. 184.)

104 *PR*, p. 208. On trouve presque le même passage dans sa recension de *Crime and the Criminal Law* de Wootton : « At present one of the features distinguishing punishment from treatment is that unlike a medical inspection followed by detention in hospital, conviction by a court followed by a sentence of imprisonment is a public act expressing the odium of society for those who break the law, or at least for their conduct in doing so. As long as this odium attaches to conviction and sentence a moral objection to their use on those who could not have helped doing as they did will always remain. » (H.L.A. Hart, « Review : Barbara Wootton, *Crime and the Criminal Law* », *art. cit.*, p. 1330.)

Hart ne critique pas directement Feinberg. Toutefois, tout au long de *Punishment and Responsibility*, il s'attaque à deux théories expressivistes de la peine : celle de Stephen et celle de Denning. Or, une des critiques qu'il adresse à ces derniers s'applique à Feinberg.

Dans son histoire du droit criminel anglais, Stephen écrit ceci :

l'infliction d'une peine par le droit exprime de façon déterminée, ratifie solennellement et justifie la haine qu'excite la commission d'une infraction [...]. Le droit criminel part du principe qu'il est moralement juste de haïr les criminels et il confirme et justifie ce sentiment en infligeant aux criminels des peines qui expriment celui-ci¹⁰⁵.

Ainsi, la peine exprime selon Stephen la haine de la société, la colère délibérée, l'indignation légitime¹⁰⁶. Pour Hart, cette thèse est « sociologiquement naïve¹⁰⁷ » ou totalement déconnectée de la réalité¹⁰⁸. C'était peut-être vrai durant l'ère victorienne, mais ce n'est plus le cas aujourd'hui dans nos sociétés démocratiques et pluralistes. Développons cette objection.

Pour que la peine exprime la condamnation de la société (c'est-à-dire à la fois sa désapprobation et son indignation), il faut que la société condamne l'acte du criminel au même degré. Or, ce n'est quasiment jamais le cas. La condamnation de la société est, le plus souvent, *introuvable*.

Premièrement, l'immense majorité des gens *ignorent totalement*, dans la plupart des cas, qu'un individu a commis un crime, qu'il a été arrêté, jugé et puni. Comment la communauté pourrait-elle condamner des crimes dont elle ignore l'existence ? C'est seulement lorsqu'un crime est ultra médiatisé (par exemple, un attentat terroriste) que la majorité des gens en ont connaissance et qu'on peut alors éventuellement parler d'« émotion nationale ». Nos démocraties ne sont pas des villages où, lorsqu'un crime a lieu, tout le village est au courant¹⁰⁹.

105 J.F. Stephen, *A History of the Criminal Law in England*, vol. 2, Cambridge : Cambridge University Press, 2014, p. 81.

106 J.F. Stephen, *A History of the Criminal Law in England*, op. cit., p. 82.

107 LLM, p. 63, PR, p. 161 et MCL, p. 40-41.

108 « Stephen's doctrine, and much of Lord Devlin's, may seem to hover in the air above the *terra firma* of contemporary social reality [...]. » (LLM, p. 63.)

109 « What is striking in nearly all the Scandinavian cases is the greyness, the dullness, and the lack of any important audience. Courts are not central elements in the daily life of our citizens, but peripheral [...]. » (N. Christie, « Conflicts as Property », *The British Journal of Criminology*, vol. 17, n° 1, 1977, p. 3.)

Deuxièmement, supposons que la majorité des gens sachent qu'un crime a été commis. Il est possible qu'ils ne le condamnent pas¹¹⁰. Prenons l'exemple de l'euthanasie. En France, l'euthanasie est punie d'une peine de prison d'une durée maximale de 12 ans. Or, la majorité des Français sont favorables à la légalisation de l'euthanasie. Dès lors, une peine pour euthanasie ne peut pas *exprimer* la condamnation des Français. Il est également possible que les gens soient divisés. Une partie de la société peut condamner un délit commis, tandis que l'autre partie peut l'approuver. Dans une société fortement raciste, un délit d'incitation à la haine raciale sera condamné par une partie de la population, applaudi par l'autre (sans compter ceux qui n'auront pas d'avis). Comme le résume Hart :

dans n'importe quel système de droit criminel il y a nécessairement de nombreuses actions (distinctes des cas de « responsabilité stricte ») qui, si elles sont commises volontairement sont pénalement punissables, bien que notre code moral soit ou bien silencieux quant à leur qualité morale, soit divisé. De très nombreuses infractions sont créées par le législateur en vue de mettre en œuvre un programme économique (par exemple, un monopole d'État pour les routes ou le rail) dont l'utilité ou le caractère moral peut être authentiquement contesté. On peut difficilement dire qu'une personne enfreignant une telle législation soit moralement coupable ou qu'elle ait intentionnellement commis un tort moral, et encore moins « un péché » proscrit par la loi¹¹¹ [...].

Troisièmement, supposons que la majorité des gens sachent qu'un crime a été commis *et* condamnent celui-ci collectivement. Même dans ce cas, le degré de condamnation variera considérablement d'un individu à l'autre : certains le condamneront fortement, d'autres moyennement, d'autres faiblement. De nombreuses études sociologiques ont montré que, sur une échelle arbitraire de gravité, les femmes attribuent plus de points que les hommes au même délit ; les victimes plus que les non-victimes ; les riches plus que les pauvres ; les Américains blancs plus que les Américains noirs¹¹².

Pour résumer, les gens savent rarement qu'un crime a été commis ; lorsqu'ils le savent, ils ne le condamnent pas nécessairement ou peuvent être divisés ; lorsqu'ils le savent et le condamnent collectivement, ils ne le condamnent pas nécessairement au même degré. Par

110 « offenders may be viewed not with hatred or resentment but with amused contempt or pity. » (*LLM*, p. 63.)

111 *PR*, p. 37.

112 M. Cusson, *Criminologie actuelle*, Paris : P.U.F., 1998, p. 20.

conséquent, dire que par définition la peine exprime la condamnation de la société est extrêmement problématique.

Si la peine n'exprime pas la condamnation de la société, elle exprime peut-être la dénonciation de l'autorité judiciaire. Toutefois, cette hypothèse est aussi problématique que la précédente pour des raisons similaires.

Premièrement, tous les juges ne sont pas au courant des affaires traitées par leurs collègues. Au contraire, le système pénal est souvent décrit comme une immense machine bureaucratique, froide, sans émotion, où la division du travail est extrême¹¹³.

Deuxièmement, ce n'est pas parce que les juges appliquent la loi et sanctionnent les infractions qu'ils dénoncent celles-ci. En fait, la probabilité qu'un citoyen ordinaire s'indigne d'une infraction est beaucoup plus élevée que celle qu'un juge s'en indigne. En effet, de la même façon qu'un chirurgien, après plusieurs années d'exercice, n'est plus ému par le sang, de même, un juge, après plusieurs années d'exercice, n'est plus ému par le crime. Rendre justice fait partie d'une routine très encadrée¹¹⁴.

Troisièmement, les juges peuvent eux aussi être divisés, avoir des orientations politiques ou des opinions morales très différentes. Comme la société, l'autorité judiciaire n'est pas un tout homogène¹¹⁵.

Bref, la définition de Feinberg, « est inapplicable à la société contemporaine », est basée sur « une image illusoire de la société¹¹⁶ ». On pourrait nous reprocher de réduire la société ou l'autorité judiciaire à l'ensemble de ses membres, un peu comme Bentham¹¹⁷. Toutefois,

113 L. Hulsman, J. Bernat de Celis, *Peines perdues : le système pénal en question*, Paris : Le Centurion, 1982, p. 58-62.

114 « for the most part, the business of the criminal courts is dull, commonplace, ordinary and after a while downright tedious. » (Bottom et McClean, *Defendants in the Criminal Process*, cité par N. Christie, « Conflicts as Property », *art. cit.*, p. 2.)

115 Canada, Commission sur la détermination de la peine, *Réformer la sentence, une approche canadienne : Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine*, Ottawa : Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1987, p. 81-84.

116 *LLM*, p. 63.

117 « la communauté est un *corps* fictif, composé de personnes individuelles dont on considère qu'elles en constituent en quelque sorte les *membres*. Qu'est-ce donc que l'intérêt de la communauté ? La somme des intérêts des divers membres qui la composent. Il est vain de parler de l'intérêt de la communauté sans comprendre ce qu'est l'intérêt de l'individu. » (J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, *op. cit.*, chapitre I, §4-5, p. 26-27.)

l'argument hartien ne repose sur aucune ontologie sociale particulière : il part seulement du principe que pour que la peine exprime la désapprobation et l'indignation de la société ou de l'autorité judiciaire, il faut au minimum *trouver* cette désapprobation et cette indignation au sein de l'une ou de l'autre. Une chanson ne peut pas exprimer la mélancolie du chanteur si celui-ci n'est pas mélancolique (bien qu'elle puisse *être mélancolique*, ce qui n'est pas la même chose).

Selon nous, la définition de Feinberg (et plus généralement les définitions expressivistes) est une définition normative cachée. Autrement dit, elle est influencée par une certaine conception de ce que la punition devrait être, à savoir un blâme public envoyant au condamné un message de désapprobation.

c) La part de vérité de la thèse de Feinberg

La thèse de Feinberg, malgré ses défauts, contient selon nous une part de vérité sociologique et une part de vérité conceptuelle.

1° La part de vérité *sociologique* est que certaines peines peuvent être infamantes. L'infamie est la « flétrissure morale infligée par la loi ou par l'opinion publique et portant atteinte à la réputation, à l'honneur d'une personne¹¹⁸ ». L'exemple auquel on pense immédiatement est la prison : celle-ci est particulièrement redoutée par les chefs d'entreprise, car elle peut entacher, voire ruiner leur réputation.

Cependant, la prison n'est pas toujours infamante. Elle n'est pas infamante, par exemple, pour un chef de gang. Pour qu'elle soit infamante, il faut avoir une réputation à protéger, ce qui n'est pas toujours le cas.

En outre, il existe des peines qui ne sont pas infamantes. Bien qu'on puisse avoir *honte* de recevoir une amende, les amendes ne sont pas en elles-mêmes infamantes, ne portent pas atteinte à notre réputation : « en cas de peine pécuniaire, aucune autre infamie n'est produite que celle qui est nécessairement attachée à l'infraction¹¹⁹. »

¹¹⁸ Définition du *Trésor de la langue française*.

¹¹⁹ J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, op. cit., p. 255.

Cependant, comme le souligne Kant, le monopole de la répression pénale par l'autorité judiciaire rend humiliante l'infliction d'une peine, quelle qu'elle soit, en raison de l'unilatéralité de la contrainte :

Dans tout châtiment, il y a quelque chose qui offense (légitimement) le sentiment que l'accusé a de son honneur, dans la mesure où le châtiment contient une simple contrainte unilatérale, et ainsi, chez l'accusé, la dignité qui est celle d'un citoyen en tant que tel se trouve suspendue, du moins en un cas particulier, où il est soumis à un devoir extérieur auquel il ne peut de son côté opposer aucune résistance¹²⁰.

Au lieu de distinguer la peine au sens fort et les simples pénalités, Feinberg aurait mieux fait de distinguer les peines infamantes et les peines non infamantes. Dans une note, il fait lui-même référence à cette distinction : « Traditionnellement, la common law distingue les crimes et les peines “infamantes” et “non infamantes”¹²¹. » On ne doit pas confondre la *définition* de la peine avec la *typologie* des peines. Il n'y a pas deux *significations*, un sens fort et un sens faible, du mot « peine », mais plusieurs types de peine.

Enfin, on peut accorder à Feinberg que certaines peines sont symboliques, ont une signification conventionnelle : par exemple, le fait d'envoyer quelqu'un en prison veut *a minima* dire qu'il a fait quelque chose de grave, de condamnable. Ce point sera très important lorsque nous étudierons la justification du principe de proportionnalité dans le chapitre 3.2. Selon nous, on gagnerait à distinguer *l'expressivisme* au sens strict et le *conventionnalisme*, le premier soutenant que la peine a une fonction expressive, le second soutenant que certaines peines ont, en vertu de certaines conventions sociales, une signification spécifique.

2° La part de vérité *conceptuelle* de la thèse de Feinberg est que, pour sanctionner pénalement quelqu'un, il est nécessaire de lui reprocher quelque chose. (Je laisse ici de côté la responsabilité pénale du fait d'autrui et les peines collectives, puisque la sanction ne tombe pas – ou pas seulement – sur la personne à qui on reproche quelque chose.) Comme l'écrit Hart, dans une note sur le sens étymologique du mot « responsable » : « une personne qui ne repousse pas une accusation est passible d'une peine ou d'un blâme pour ce qu'elle a fait et une personne qui est passible d'une peine ou d'un blâme a eu une accusation à repousser et ne

120 E. Kant, *Métaphysique des mœurs II, Doctrine du droit, Doctrine de la vertu*, trad. A. Renaut, Paris : GF Flammarion, 1994, p. 194, en note.

121 J. Feinberg, « The Expressive Function of Punishment », *art. cit.*, note 3.

l'a pas repoussée¹²². » Lors d'un procès truqué, pour que le trucage fonctionne, il faut inventer ou trouver quelque chose à reprocher à l'innocent.

Quand on reproche quelque chose à une personne, on sous-entend au minimum qu'elle a fait ce qu'elle n'aurait pas dû faire (ou qu'elle n'a pas fait ce qu'elle aurait dû faire). Comme l'écrit Austin :

Quand présente-t-on des « excuses » ? En général, c'est une situation où l'on *accuse* quelqu'un d'avoir fait quelque chose, [...] où l'on *dit* de quelqu'un qu'il a fait quelque chose de mal, de travers, d'inapproprié, de fâcheux, ou, de quelque façon possible, quelque chose de malencontreux. Lui-même, ou quelqu'un en sa faveur, tentera alors de défendre sa conduite, ou de le sortir de cette difficulté¹²³.

Pour reprocher quelque chose à une personne, il ne faut pas nécessairement que cette chose soit *immorale* ou *grave*. On peut me reprocher de ne pas avoir assuré mon véhicule, de ne pas avoir mis ma ceinture de sécurité ou d'avoir marché sur la pelouse alors que ces choses ne sont pas immorales et ne sont pas considérées comme telles.

Pour reprocher quelque chose à une personne, il n'est pas nécessaire de croire aux accusations qu'on porte. En outre, un agent de police peut reprocher à une personne de rouler sans ses phares mais, à titre personnel, s'en moquer totalement. Il ne fait qu'appliquer le code de la route. L'essentiel est qu'il y ait « matière à reproche ». Reprocher quelque chose à une personne ne veut pas dire qu'on lui en veut, qu'on a du ressentiment envers elle, qu'on pense du mal d'elle.

D'un point de vue psychologique, le reproche préalable à la peine est parfois plus pénible que la peine elle-même. Comme la peine, il est normalement perçu comme aversif. Si on nous reproche d'avoir fait quelque chose que nous n'avons pas fait, ou que nous nous n'aurions pas pu éviter, ou que nous jugeons légitime, nous le vivons en principe assez mal¹²⁴.

122 *PR*, p. 265.

123 J.L. Austin, « Plaidoyer pour les excuses », *art. cit.*, p. 137.

124 Comme l'écrit Husak : « No reasonable person likes to be stigmatized. In fact, condemnation may be the primary feature of punishment that requires justification. Sometimes individuals reluctantly accept deprivations while going to extreme lengths not to admit they have done anything that merits censure. » (D.N. Husak, « A Framework for Punishment : What Is the Insight of Hart's "Prolegomenon" ? », in C. Pulman (éd.), *Hart on Responsibility*, Basingstoke : Palgrave Macmillan, 2014, p. 97.)

Une fois qu'on a compris qu'une peine présupposait un reproche, on comprend pourquoi les moyens de défense, les excuses, les justifications, etc., sont si importants en droit pénal. Ils nous permettent de repousser, de balayer les reproches et, par là, de sauver notre honneur et notre réputation¹²⁵. C'est parce qu'il y a des accusations qu'il y a des moyens de défense. On comprend également pourquoi la responsabilité stricte est étrange : elle permet qu'on reproche quelque chose à une personne (par exemple, de rouler sans ses phares) sans lui donner la possibilité de se justifier, de s'expliquer, de répondre au reproche qu'on lui fait. On pourrait dire que la responsabilité stricte nous dérobe notre droit de réponse.

III. Ce que la peine n'est pas

Maintenant que nous avons clarifié et retravaillé la définition de Hart, il ne nous reste plus qu'à faire un certain nombre de distinctions conceptuelles. Parler de « la peine » est vague, puisque cela peut désigner énormément de choses différentes : l'acte de punir juridiquement, le résultat de cet acte, la pratique de cet acte, le système pénal, la menace de punir, le droit pénal, etc.

1. La peine *qua* acte et la peine *qua* pratique

Nous avons signalé précédemment une première ambiguïté entre *punishment* pour désigner l'acte de punir et *punishment* pour désigner le résultat de cet acte. Une deuxième ambiguïté est celle entre *punishment* pour désigner l'acte de punir et *punishment* pour désigner la pratique de cet acte au sein d'un groupe social. Comment distinguer ces deux choses ?

L'acte de punir peut être accompli alors que la pratique de punir n'existe pas. Par exemple, on peut imaginer qu'une mère punisse son fils alors qu'il est tabou, au sein de leur communauté, de recourir aux punitions (seuls les dieux ont le droit de punir). En revanche, la pratique de punir ne peut exister au sein d'une communauté que si l'acte de punir est *régulièrement* accompli au sein de cette communauté. L'idée de régularité ou d'habitude est analytiquement

¹²⁵ Il est étrange que Hart n'utilise pas cet argument dans son argumentaire en faveur des excuses. On en trouve toutefois une esquisse in H.L.A. Hart, « The Ascription of Responsibility and Rights », *art. cit.*, p. 174, p. 190. On y voit que les excuses sont d'abord conçues pour éliminer *l'accusation* et non la peine qui la présuppose.

comprise dans l'idée de pratique. Les pratiques se rapprochent de ce que Hart appelle dans *Le concept de droit* des *group habits* : c'est une pratique de retirer son chapeau à l'église ou de se lever quand on joue « *God Save the Queen* » parce que, eu égard au contexte, la plupart des gens agissent généralement de cette façon ; il y a convergence de comportement entre les membres du groupe social¹²⁶.

La pratique de punir peut exister à différents niveaux. Elle peut exister au niveau domestique : punir les enfants quand ils mentent est une pratique très répandue. Elle peut également exister au niveau judiciaire : punir les adultes quand ils volent est également une pratique très répandue. Qu'est-ce qui différencie la pratique domestique de punir et la pratique judiciaire de punir ? La pratique judiciaire de punir, c'est-à-dire la pratique de la peine, est organisée : elle se compose d'actes de punir régulièrement accomplis par l'autorité judiciaire.

Ce qui intéresse Hart est avant tout la pratique de la peine (ce que nous appellerons parfois la répression). Cette pratique est-elle justifiée ? Si oui, comment la réguler ? Bien évidemment, interroger la pratique est beaucoup radical qu'interroger un acte isolé relevant de cette pratique.

2. La peine et le système pénal

Une autre distinction importante est la distinction entre la pratique de la peine et le système pénal. Qu'est-ce que le système pénal ? Comme son nom l'indique, il s'agit d'un système, c'est-à-dire d'un ensemble cohérent d'institutions (police, parquet, tribunal, prison, etc.), dont la mission principale et la raison d'être est de *punir* les infractions, quelle que soit la fonction de la peine (dissuasion, rétribution, neutralisation, éducation, etc.). Comme nous l'avons déjà dit, on se représente souvent le système pénal comme une immense machine bureaucratique, dans laquelle les responsabilités sont morcelées tout au long de la « chaîne pénale ».

La pratique de la peine peut très bien exister indépendamment du système pénal : elle peut faire partie d'un autre système, par exemple du système préventif défendu par Wootton. C'est une erreur selon nous de réduire le débat entre Hart et Wootton à un débat sur la *mens rea*. C'est aussi un débat sur les alternatives au système pénal (qui ne doivent pas être confondues

¹²⁶ CL, trad. fr., p. 27-28.

avec les alternatives à la peine). Comme l'écrit Hart :

Nombreux sont ceux qui refuseraient de qualifier de système pénal un système qui se passe ainsi de la *mens rea*. Lady Wootton adhère volontiers à cette conclusion et déplore qu'à l'heure actuelle « même les juristes les plus progressistes » soient obsédés par l'idée que la sentence d'un tribunal pénal est une peine. Ce qu'elle propose à la place d'un système pénal est en fait un système d'hygiène sociale entièrement tourné vers l'avenir¹²⁷ [...].

Ainsi, on doit distinguer plusieurs types de critique : vouloir abolir ou réformer le système pénal, ce n'est pas la même chose que vouloir abolir ou réformer la pratique de la peine.

3. La peine et le droit pénal

Il est également nécessaire de distinguer la peine et le droit pénal. On trouve au début du *Concept de droit* une brève caractérisation du droit pénal :

Le droit pénal est quelque chose qui donne lieu à obéissance ou à désobéissance, et nous désignons ce que prescrivent ses règles par le terme « *duty* ». Si nous désobéissons, on dit que nous « enfreignons » la règle de droit et ce que nous avons ainsi accompli est juridiquement « mal », et constitue un « manquement à un devoir », ou une « infraction ». La fonction sociale remplie par une loi pénale consiste à faire en sorte que certains types de comportement qu'elle définit soient évités ou adoptés par ceux à qui elle s'applique, indépendamment de leur volonté. La peine ou « sanction » qui s'attache juridiquement aux manquements ou aux infractions à la loi pénale, a pour but (quels que soient les autres desseins que la peine puisse servir) de fournir un motif de s'abstenir de tels actes. Sous tous ces rapports, il existe au moins une forte analogie entre le droit pénal assorti de ses sanctions et les ordres généraux appuyés de menaces¹²⁸ [...].

Comme l'explique Hart, si la théorie impérativiste du droit d'Austin ne fonctionne pas en tant que théorie du *droit*, elle est recevable en tant que théorie du droit *pénal* : le droit pénal est, si on schématise, un ensemble d'ordres généraux appuyés de menaces. S'il est possible de concevoir un droit sans peine (comme le montre le cas du droit des contrats), il est difficile de concevoir un droit pénal sans peine. C'est une contradiction dans les termes, comme une

127 H.L.A. Hart, « Review : Barbara Wootton, *Crime and the Criminal Law* », *art. cit.*, p. 1328.

128 *CL*, trad. fr. modifiée, p. 46.

boisson alcoolisée sans alcool. Par ailleurs, s'il est possible de concevoir un droit pénal sans prohibition des propos négationnistes (comme le montre le cas américain), il est difficile de concevoir un droit pénal sans prohibition des atteintes aux personnes et aux biens (le contenu minimum du droit naturel). Il s'agit d'une nécessité naturelle : « si ces règles n'existaient pas, quel intérêt pourrions-nous avoir, étant donné ce que nous sommes, à posséder des règles de *n'importe quel* autre genre¹²⁹ ? » Le droit pénal se distingue radicalement des autres branches du droit :

Les règles de droit qui définissent la manière dont se font des testaments ou se concluent des contrats ou des mariages valables, n'exigent pas des personnes qu'elles se conduisent d'une façon déterminée, qu'elles le veuillent ou non. De telles règles de droit n'imposent pas des devoirs ou des obligations. Elles procurent plutôt aux individus les *moyens* de réaliser leurs intentions, en leur conférant le pouvoir juridique de créer, par le biais de procédures déterminées et moyennant certaines conditions, des structures de droits et des devoirs dans les limites de l'appareil coercitif du droit¹³⁰.

Le droit pénal est une branche de la législation. Il ne se charge pas, à la différence du système pénal, de *l'infliction* ou de *l'application* des peines, mais il les *régule*. Il érige certains comportements en infraction, il édicte des peines (maximales, minimales, obligatoires), il détermine les conditions de la responsabilité pénale, etc. Dans la plupart des pays, l'essentiel du droit pénal est contenu dans le Code pénal.

4. Peine et menace

La précédente distinction nous conduit à une autre distinction : punir n'est pas la même chose que menacer de punir¹³¹. Il est important de cerner cette distinction pour comprendre une célèbre critique adressée par Hart à Bentham.

Menacer quelqu'un, c'est par exemple lui dire : « Si vous roulez avec plus de 0,8 g/L d'alcool dans le sang, vous encourez une amende de 4500 euros. » Punir quelqu'un, c'est par exemple lui infliger une amende de 4500 euros. Quand on menace quelqu'un, on lui signifie l'intention

129 CL, trad. fr., p. 212.

130 CL, trad. fr., p. 47.

131 « The distinction between the efficacy of (1) the *threat* of punishment and (2) the *actual* punishment should be remembered [...]. » (PR, p. 78, note 43.)

qu'on a de lui nuire¹³². Quand on punit quelqu'un, on lui nuit.

Il est possible de punir quelqu'un pour un acte sans l'avoir menacé du fait que, s'il commettait cet acte, il serait puni (ou puni de cette façon). On peut donner l'exemple des peines rétroactives. Bien évidemment, il est parfaitement injuste de procéder de cette manière.

Inversement, il est possible de menacer quelqu'un de le punir s'il commet tel ou tel acte et de ne pas mettre ses menaces à exécution lorsqu'il le commet. Dans ce cas, les menaces perdent de leur crédibilité. On peut également imaginer un droit pénal dans lequel les menaces seraient tellement effrayantes que tout le monde serait dissuadé et personne ne serait jamais puni¹³³.

Alors que les peines sont infligées par l'autorité judiciaire, les menaces sont proférées, en règle générale, par le législateur. Il est inscrit dans la loi que si un individu commet tel ou tel infraction, il encourt telle ou telle peine.

Selon Hart, les menaces agissent principalement de deux manières. Premier cas de figure, les menaces sont froidement prises en compte dans mes délibérations : avant de passer à l'acte, je pèse le pour et le contre, je mets en balance les bénéfices de l'infraction et ses coûts possibles. Deuxième cas de figure, les menaces m'incitent à prendre des précautions : sachant que je peux être puni pour homicide par négligence, je fais très attention à l'endroit où je dépose des objets dangereux. Pour Hart, les menaces constituent dans le premier cas de figure un guide, dans le deuxième cas de figure un aiguillon (*goad*)¹³⁴.

Comme on le verra dans le chapitre 2, les menaces et les peines ne produisent pas les mêmes maux. On doit distinguer 1° la souffrance de celui qui, parce que l'homosexualité est sévèrement réprimée dans son pays, refoule ses désirs par peur d'être puni et ne peut pas s'épanouir psychologiquement¹³⁵ et 2° la souffrance de celui qui, parce qu'il a eu des relations homosexuelles, est emprisonné, flagellé, humilié, etc.

132 Cf. la définition austinienne, critiquée par Hart, de la notion de commandement : « If you express or intimate a wish that I shall do or forbear of from some act, and if you will visit me with an evil in case I comply not with your wish, the *expression* or *intimation* of your wish is a *command*. » (J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge : Cambridge University Press, 1995, p. 21.)

133 S.I. Benn, « An Approach to the Problems of Punishment », *art. cit.*, p. 330.

134 *PR*, p. 133-134.

135 *LLM*, p. 21-22.

On notera enfin que la distinction entre peine et menace peut être brouillée (comme celle entre peine et taxe, nous allons le montrer dans la prochaine sous-partie). Par exemple, une peine de prison avec sursis est à la fois une peine et une menace.

5. Peine et taxe

On pourrait considérer que les amendes sont de simples *taxes* : de même qu'on taxe le séjour d'une personne dans une station climatique, on taxe ses dépassements de vitesse. Toutefois, il y a au moins deux différences entre les taxes et les amendes. La première différence est leur *motif*. Une amende est infligée pour quelque chose d'illégal, une taxe est prélevée pour quelque chose de légal :

La punition d'une infraction, telle qu'une amende, n'est pas identique à un impôt frappant un type de conduite, bien que les deux impliquent l'existence de directives données aux autorités d'infliger une même privation pécuniaire. Ce qui différencie ces deux notions, c'est que la première implique, contrairement à la seconde, l'existence d'une infraction ou la violation d'une obligation, sous la forme de la transgression d'une règle édictée en vue de diriger la conduite de simples citoyens¹³⁶.

La deuxième différence, qui n'est pas mentionnée dans cet extrait (bien que Hart fasse souvent référence à la distinction benthamienne entre intention directe et intention oblique), est que les conséquences aversives des taxes ne sont pas voulues comme telles. Même si le législateur sait qu'en taxant l'utilisation d'une route, il risque de contrarier de nombreux conducteurs, il ne cherche pas nécessairement à les contrarier en taxant l'utilisation de cette route.

Hart nuance son propos en affirmant que la distinction entre les amendes et les taxes peut parfois être brouillée. Premier cas de figure, une amende est tellement ridicule qu'elle est perçue comme une simple taxe. Si une multinationale pense qu'il est plus intéressant de payer une amende de temps en temps pour évasion fiscale plutôt que de payer ses impôts, elle paye ses amendes comme des impôts. Deuxième cas de figure, une taxe incroyable est mise en place pour décourager les gens de faire quelque chose (par exemple, prendre l'avion). On

136 CL, trad. fr., p. 58.

parle dans ce cas de « montant prohibitif » : le montant est tellement élevé qu'il équivaut à une prohibition¹³⁷.

6. Peine et mesure

On peut distinguer plusieurs types de mesure : les mesures réparatrices, les mesures de sûreté, les mesures thérapeutiques, les mesures de réhabilitation, etc. Forcer l'auteur d'un dommage à réparer celui-ci est une mesure réparatrice, mettre en quarantaine un individu porteur d'un virus dangereux est une mesure de sûreté, interner une personne souffrant de troubles mentaux dans une institution spécialisée est une mesure thérapeutique, imposer une formation professionnelle à un individu désocialisé est une mesure de réhabilitation. Le point commun de toutes ces mesures est leur caractère *contraignant*¹³⁸. Cependant, aucune de ces mesures n'est en elle-même une peine, pour les mêmes raisons qu'une amende n'est pas une taxe.

Premièrement, bien que ces mesures aient des conséquences aversives, ces conséquences ne sont pas voulues comme telles¹³⁹. Évidemment, on peut contraindre un individu à réparer le dommage qu'il a causé ou lui imposer la castration chimique *pour le punir*. Mais on peut aussi le contraindre à réparer le dommage qu'il a causé ou lui imposer la castration chimique *sans intention punitive*. Une équipe de médecins pourrait très bien faire des recherches pour que la castration chimique n'ait aucun effet secondaire ou pour qu'elle inhibe seulement les désirs pédophiles.

Deuxièmement, ces mesures ne sont pas des peines, car elles n'ont pas le même *motif*. Une mesure réparatrice et une peine ont toutes les deux un motif tourné vers le passé. Toutefois, le motif d'une mesure réparatrice est un dommage, alors que le motif d'une peine est une chose reprochée. Or, la chose reprochée peut ne pas être dommageable. Par exemple, un individu peut être puni pour avoir eu des rapports homosexuels, pour avoir écrit des livres érotiques, alors que ces comportements ne sont pas dommageables mais seulement contraires à une morale conservatrice.

137 CL, trad. fr., p. 58.

138 Hart parle bien, en parlant du système de Wootton, de *compulsory measures*. Cf. PR, p. 194.

139 J. De Keijser, « Never Mind the Pain, It's a Measure ! Justifying Measures as Part of the Dutch Bifurcated System of Sanctions », in M. Tonry (éd.), *Retributivism Has a Past : Has It a Future ?*, Oxford : Oxford University Press, 2011, p. 199-201.

Une mesure thérapeutique, une mesure de sûreté et une mesure de réhabilitation n'ont pas un motif tourné vers le passé, mais un motif tourné vers l'état *présent* du sujet. Une mesure thérapeutique est imposée à raison de l'état *malade* du sujet, une mesure de sûreté est imposée à raison de l'état *dangereux* du sujet, une mesure de réhabilitation est imposée à raison de l'état *désocialisé* du sujet. Dans ce cas, les excuses n'ont tout simplement pas lieu d'être :

L'importance morale qu'on y attache distingue la peine d'autres mesures qui poursuivent des buts similaires (par exemple, la protection de la vie, de la richesse ou des biens) à l'aide de méthodes qui, comme la peine, sont souvent déplaisantes pour les individus auxquels elles sont appliquées, par exemple la détention de personnes d'origine ou d'association hostile en temps de guerre, de fous, ou la mise en quarantaine obligatoire de personnes souffrant de maladies infectieuses. Nous avons recours à ces mesures pour éviter des dommages de nature catastrophique¹⁴⁰.

On notera bien que ce n'est pas parce que les mesures ne sont pas des peines qu'elles sont moins contraignantes que les peines ou qu'elles sont préférées par ceux à qui elles sont imposées. En outre, comme le note Hart, même s'il existe des différences *formelles* entre les peines et les mesures, en pratique il n'est pas toujours évident de les distinguer :

On peut penser que les avantages d'un système de responsabilité pour les très jeunes enfants sont trop faibles pour peser de façon concluante contre la nécessité de les sauver d'une carrière criminelle, même si la tentative de les sauver implique des *mesures* qui, pour eux ou leurs parents, peuvent être difficiles (malgré les différences formelles) à distinguer d'une peine ou, dans certains cas, d'une peine lourde pour une infraction banale¹⁴¹.

Par exemple, le fait d'envoyer dans un camp de travail un criminel insolvable jusqu'à ce qu'il gagne suffisamment d'argent pour dédommager sa victime ressemble fortement à une peine. Nous reviendrons sur ce point dans le prochain chapitre. Cependant, on peut dès maintenant insister sur le fait que ce n'est pas parce que la différence pratique entre peine et mesure est faible qu'il n'est pas important de les distinguer conceptuellement : en effet, il n'y a pas non plus de différence pratique majeure entre l'opinion vraie et la connaissance, pourtant, les philosophes ont toujours considéré qu'il était crucial de distinguer ces deux choses.

140 *PR*, p. 17.

141 *PR*, p. 184, nos italiques. Voir également *PR*, p. 166-167.

Pour finir, la distinction peine/mesure est très importante pour comprendre le système de la double voie auquel Hart fait référence dans « Punishment and the Elimination of Responsibility ». En effet, ce système consiste à utiliser parallèlement, voire à cumuler des peines et des mesures de sûreté¹⁴² :

Sur le Continent, le système de la “double voie” a été élaboré selon des modalités qui peuvent nous sembler quelque peu métaphysiques : la peine qui doit être “adaptée à la culpabilité”, c’est-à-dire orientée vers l’acte criminel, est soigneusement distinguée des simples “mesures” orientées vers le caractère du criminel et les besoins de la société¹⁴³.

142 R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, 2^e édition, tome 1, Paris : Éditions Cujas, 1973, n° 568, p. 650.

143 *PR*, p. 166.

Chapitre 2 : La justification de la peine

Plan du chapitre

I. Clarification de la question de la justification de la peine.....	115
1. Un problème <i>normatif</i>	116
2. Ce que justifier veut dire.....	118
3. Le procès de la peine.....	120
a) Les maux de la peine selon Bentham.....	121
b) Les inconvénients de la peine selon Husak.....	125
c) L'usurpation des conflits selon Christie.....	127
4. Le fardeau de la justification.....	128
II. La justification benthamienne de la peine.....	130
1. De Bentham à Hart.....	130
2. La peine est-elle un moindre mal ?.....	135
a) Cas dans lesquels la peine cause plus de mal qu'elle n'en prévient.....	135
b) Cas dans lesquels la peine prévient plus de mal qu'elle n'en cause.....	138
c) Objections.....	140
d) Remarque sur les mécanismes de prévention.....	142
3. La peine est-elle un mal nécessaire ?.....	143
a) La thérapie.....	145
b) La réhabilitation.....	149
c) La réparation.....	152
d) La récompense.....	161
4. Objections.....	164
a) La responsabilité de l'État.....	164
b) Un sacrifice injuste ?.....	167
III. Une deuxième justification de la peine ?.....	170
1. La justification rétributiviste.....	170
a) La critique de Hart de la justification rétributiviste.....	170
b) Le rétributivisme biblique.....	177
c) La justification de l'acte de punir tel ou tel individu.....	179
2. La justification expressiviste.....	183
a) L'expressivisme de Durkheim.....	184
b) La justification expressiviste non conséquentialiste.....	189
3. La justification fondée sur les droits.....	193
a) Hart et la réciprocité des restrictions.....	193
b) De Hart à Morris.....	196
c) Le droit à l'obéissance.....	198
d) Le droit à la sécurité.....	203

Dans le chapitre précédent, nous avons affirmé qu'il y avait une priorité logique de la question de la définition sur la question de la justification. De même, il semble y avoir une priorité logique de la question de la justification sur la question de la distribution au sens où, si rien ne justifie la peine, cela n'a aucun sens de se poser des questions distributives du type : « La peine doit-elle être proportionnelle au délit ? », « Faut-il des peines planchers ? », « À partir de quel âge peut-on être sanctionné pénalement ? », etc.

On peut faire un parallèle avec une autre pratique, l'esclavage. Les controverses gréco-romaines autour de questions telles que : « Est-il acceptable de tuer les esclaves ? », « Est-il permis d'infliger aux esclaves des punitions cruelles ? », « Les esclaves peuvent-ils avoir un patrimoine ? », etc., présupposaient que l'esclavage était justifié, mais devait être régulé. Ces controverses n'ont plus aucune raison d'être, ces questions ne se posent plus, dès lors qu'on considère que l'esclavage est injustifiable.

Hart pense que la pratique de la peine ou, plus précisément, *la répression de certaines infractions* est justifiée, comme la majorité des gens (en effet, presque personne ne défend l'abolition de la peine). Toutefois, il consacre trop peu de temps à expliquer *pourquoi* elle l'est. Il passe beaucoup plus de temps à essayer de montrer qu'une justification *grosso modo* utilitariste de la peine est compatible avec la doctrine de la *mens rea* ou avec certains principes de justice.

Le but de ce chapitre est de montrer que Hart accepte deux justifications de la peine. La première est relativement explicite. Il s'agit de la justification benthamienne. La seconde est seulement esquissée. Il s'agit de la justification fondée sur les droits. La coexistence de ces deux justifications illustre ce que nous avons appelé dans l'introduction le pluralisme des formes de raison morale de Hart. Nous ne sommes pas certains que ces justifications soient suffisantes ou entièrement convaincantes, mais elles méritent d'être étudiées attentivement.

Dans ce chapitre, nous procéderons en trois temps. Dans un premier temps, nous tenterons de clarifier la question de la justification : que veut dire justifier la peine ? Pourquoi cette question se pose-t-elle ? Dans un deuxième temps, nous analyserons la justification benthamienne, qui est quasiment identique à un fait justificatif reconnu par le droit pénal, l'état de nécessité. Dans un troisième temps, nous nous demanderons s'il est possible de compléter cette première justification par d'autres justifications. Nous en examinerons trois : la justification rétributiviste et la justification expressiviste (rejetées par Hart) puis la justification fondée sur les droits (acceptée par Hart).

I. Clarification de la question de la justification de la peine

Cette première partie comporte quatre sous-parties. Dans la première sous-partie, nous rappelons que la question de la justification de la peine est une question *normative*. Dans la deuxième sous-partie, nous clarifions la notion de « justification ». Dans la troisième sous-partie, la plus longue, nous montrons pourquoi la peine est problématique et doit, de ce fait, être justifiée. Dans une dernière sous-partie, nous introduisons la notion de « fardeau de la justification ».

1. Un problème *normatif*

Comme l'explique Hart, on doit soigneusement distinguer deux questions trop souvent confondues : la première est celle de savoir pourquoi, *de facto*, les hommes d'hier et d'aujourd'hui recourent à la peine (*Why do men in fact punish ?*) ; la seconde est celle de savoir si, *de jure*, les hommes sont justifiés à y recourir (*What justifies men in punishing ?*)¹. La première question est une question descriptive portant sur les finalités de la peine. Les personnes compétentes pour y répondre sont les historiens, les anthropologues, les sociologues, les criminologues, etc. Comme le rappelle Hart, la peine est une pratique universelle très ancienne, par conséquent elle a eu au cours de son histoire de très nombreuses finalités :

les hommes punissent et ont toujours puni pour un grand nombre de raisons diverses. Ils ont puni pour garantir l'obéissance aux lois, pour satisfaire les désirs de vengeance, pour répondre à une demande publique de représailles sévères pour des crimes scandaleux, parce qu'ils croyaient qu'une divinité l'avait ordonné, pour donner un équivalent en souffrance au mal moral inhérent à la commission d'un crime, ou bien tout simplement par respect pour la tradition².

La seconde question est une question normative. Elle relève, comme dirait Hart, de la morale critique (*critical morality*)³. Elle élargit le débat qu'a suscité la peine de mort : après avoir

1 PR, p. 74. Hart affirme également qu'on ne peut pas répondre à la question de savoir si la mise en œuvre de la morale par le droit est justifiée en disant que, de fait, dans certaines sociétés, on fait respecter la morale par le droit (cf. LLM, p. 17-18).

2 PR, p. 73. Selon Nietzsche, lorsqu'on étudie le châtement, il faut distinguer le « durable », c'est-à-dire la pratique consistant à châtier, et le « fluide », c'est-à-dire les finalités du châtement. Cf. F. Nietzsche, *La Généalogie de la morale*, trad. P. Wotling, Paris : Librairie Générale Française, 2000, p. 156.

3 À propos de la question de la mise en œuvre de la morale par le droit, Hart écrit : « our question is one of critical morality. » (LLM, p. 20.) La morale critique, c'est-à-dire l'ensemble des principes moraux permettant la critique des institutions sociales, se distingue de la morale positive, c'est-à-dire de la morale propre à un certain groupe social. Hart a réactualisé une distinction qui existait déjà chez John Austin.

aboli la peine *de mort*, pourquoi la prochaine étape ne serait-elle pas l'abolition de la peine *tout court*⁴ ?

Ces deux questions sont différentes. Ce n'est pas parce qu'on fait quelque chose *pour une raison* qu'on *a raison* de le faire et ce n'est pas parce qu'un instrument *sert à quelque chose* qu'on *doit s'en servir*⁵ : « montrer que, dans les faits, les hommes ont puni ou punissent pour certaines raisons ne revient pas *per se* à justifier cette institution, à moins de souscrire à une position morale totalement invraisemblable, à savoir que tout ce qui a lieu est justifié ou moral⁶. » On pourrait reprendre l'exemple de l'esclavage : bien que cette pratique soit injustifiable, elle avait de nombreuses finalités et les historiens et les anthropologues peuvent nous dire pour quelles raisons certains individus en asservissaient d'autres.

On ne doit pas non plus confondre la question « Punir, *est-ce* justifié ? » avec la question « Punir, *pourquoi* est-ce justifié ? ». La seconde question, à la différence de la première, suggère très fortement que la peine *est* justifiée et qu'il faut simplement établir pourquoi. Selon nous, on ne doit pas partir du principe que la peine *est* justifiée : au contraire, on doit sérieusement envisager qu'elle *ne* le soit *pas* et qu'on doive cesser, une bonne fois pour toutes, de punir nos semblables⁷.

Dans le chapitre 1, nous avons proposé une distinction entre la pratique de punir et l'acte de punir. La question de la justification de la peine porte sur la *pratique* de la peine. Dans ce chapitre, nous aborderons seulement de façon périphérique la question de savoir ce qui justifie l'acte de punir tel ou tel individu particulier. Notre perspective sera plus globale : nous nous demanderons si, de façon générale, punir les gens pour leurs infractions est fondé en raison.

Enfin, la question de la justification de la peine est différente de celle de sa fonction (ou de ses

4 « To justify legal punishment is, then, to show that there are better reasons for retaining it than for abolishing it. » (E.L. Pincoffs, *The Rationale of Legal Punishment*, New York : Humanities Press, 1966, p. 116.)

5 « The identification of something as an instrument for certain purposes leaves open the question whether it is good or bad [...]. » (*EJP*, p. 111.) Armstrong affirme lui aussi que ce n'est pas parce qu'une pratique a une fonction qu'elle est *ipso facto* justifiée (K.G. Armstrong, « The Retributivist Hits Back », *Mind*, vol. 70, n° 280, p. 474).

6 *PR*, p. 74.

7 « There is no point, after all, in asking whether and how punishment can be justified if one assumed in advance that it can. » (S.I. Benn, « Punishment », in P. Edwards (éd.), *The Encyclopedia of Philosophy*, vol. 7, New York : Macmillan et The Free Press, 1967, p. 30.) Voir aussi : « To ask for a justification of punishment need not be to presuppose that there is one. » (J. Glover, *Responsibility*, Londres : Routledge et Kegan Paul, 1970, p. 144.)

fonctions)⁸. Cela ne sert à rien de se demander quel doit être l'objectif (prioritaire) d'une pratique si cette pratique est injustifiable : il y a une priorité logique de la première question sur la seconde. En outre, une institution peut, une fois en place, utilement cumuler plusieurs fonctions qui ne font pas partie de sa justification : la meilleure illustration de ce cas de figure est certainement l'État. Hart a eu tort, dans ses « Prolegomenon to the Principles of Punishment », d'appeler la question « What justifies the general practice of punishment ? » la question du *General Justifying Aim*, comme si la peine ne pouvait être justifiée que par son but. Il est logiquement non contradictoire de soutenir (même si nous ne défendons pas cette position) 1° que la pratique de punir les violeurs est justifiée parce que ces derniers ont fait du mal à leurs victimes et, pour cette raison, doivent payer ; 2° que cette pratique sert avant tout à protéger les femmes et les enfants. À vrai dire, on pourrait distinguer deux types de « théorie mixte » de la peine. Le premier type de théorie mixte combine par exemple la rétribution au niveau de la justification et l'utilité au niveau du but, comme ci-dessus. Le deuxième type de théorie mixte combine par exemple l'utilité au niveau du but et le mérite au niveau de la distribution (la peine doit viser la dissuasion, mais les peines ne doivent pas être imméritées).

Ainsi, la tâche entreprise par Hart dans *Punishment and Responsibility* n'a rien à voir avec celle entreprise dans *Le concept de droit*. Comme il l'explique dans sa postface posthume, *Le concept de droit* est un ouvrage « descriptif en ce qu'il est moralement neutre et ne poursuit aucun but justificatif : il ne cherche pas à justifier ou à recommander sur une base morale ou autre les formes et les structures qui apparaissent dans [s]a description générale du droit⁹ ».

2. Ce que justifier veut dire

Dire que la peine est *justifiée*, cela ne veut pas dire qu'il est *permis* de punir. Selon la logique déontique, une chose est permise si et seulement s'il n'est pas obligatoire de ne pas la faire¹⁰. Autrement dit, une chose est permise si rien ne l'interdit : on *peut* la faire, mais il n'est pas dit qu'on devrait la faire ou qu'il serait sage de la faire. Lorsqu'on affirme qu'une chose est justifiée, on fait un pas supplémentaire : on considère non seulement qu'on peut la faire, mais

8 On trouve cette distinction même chez des auteurs classiques comme Beccaria : en effet, il consacre le §2 au *droit de punir* et le §12 au *but des peines*. Pour lui, il y a un droit de punir en raison de la nécessité de la peine pour protéger le dépôt public ; la fonction de la peine est de neutraliser et de dissuader.

9 *CL*, trad. fr., p. 257.

10 « il est permis que *p* = il n'est pas obligatoire que non *p*. » (P. Bailhache, *Essai de logique déontique*, Paris : J. Vrin, 1991, p. 14.)

également qu'on a une ou plusieurs *raisons valables* de la faire. Pour McMahan, les actes justifiés sont un sous-ensemble des actes permis : « Un acte moralement justifié est un acte qui est non seulement permis mais que j'ai également une raison morale positive d'accomplir. [...] Tous les actes permis ne sont pas justifiés, car il y a un nombre indéfini d'actes qui ne sont pas mauvais mais que je n'ai cependant aucune raison morale d'accomplir¹¹. »

Contrairement à ce que suggère J.L. Austin, justifier une action, ce n'est pas soutenir qu'elle est une bonne chose¹² : on peut très bien considérer qu'une réaction était justifiée (par exemple, remettre à sa place son patron machiste) et en même temps avoir des regrets et se dire que ce n'était peut-être pas la meilleure chose à faire. « Justifier » est un terme assez proche de « légitimer », c'est-à-dire : « Faire admettre, reconnaître (quelque chose) comme légitime, justifiable par l'équité, le droit naturel, la raison, un motif supérieur. » (Définition du *Trésor de la langue française*.) L'idée de justification est indissociable de celle de raison : une action est justifiée si et seulement si nous avons de bonnes raisons ou des raisons valables de l'accomplir. Justifier la peine, si on s'en tient au langage ordinaire, c'est *établir son bien-fondé* ou la *fonder en raison*.

J.L. Austin a raison, en revanche, de souligner qu'on justifie une action uniquement dans un contexte spécifique : « c'est une situation où l'on accuse quelqu'un d'avoir fait quelque chose, ou bien (pour ne pas en arriver là) où l'on *dit* de quelqu'un qu'il a fait quelque chose de mal, de travers, d'inapproprié, de fâcheux, ou, de quelque façon possible, quelque chose de malencontreux¹³. » Hart fait une remarque très proche dans *Law, Liberty and Morality*. Il explique que cela n'a pas de sens de justifier une pratique sociale qui n'est pas *prima facie* problématique : on ne peut pas justifier la pratique (inoffensive) de la randonnée, bien qu'on puisse éventuellement expliquer son succès ou ses origines ou encore rappeler ses bienfaits. On n'a pas à se justifier quand on ne fait rien de mal¹⁴. Ainsi, les justifications font toujours partie d'un affrontement : se justifier, c'est se défendre face à une attaque, une critique, une accusation, un reproche (qui ne viennent pas nécessairement d'autrui, mais qui peuvent provenir de notre propre conscience). On en trouve une confirmation dans le droit : en droit pénal français, les « faits justificatifs » sont des « moyens de défense » contre une accusation,

11 J. McMahan, *Killing in War*, Oxford : Oxford University Press, 2009, p. 43.

12 J.L. Austin, « Plaidoyer pour les excuses », in *Écrits philosophiques*, trad. L. Aubert, A.-L. Hacker, Paris : Éditions du Seuil, 1994, p. 137.

13 J.L. Austin, « Plaidoyer pour les excuses », *art. cit.*, p. 137.

14 *LLM*, p. 20-21.

en droit pénal anglais, les *justifications* sont également des *defences* contre une accusation¹⁵.

Le concept de justification n'exclut pas en lui-même qu'on justifie une action de plusieurs manières, c'est-à-dire qu'on avance plusieurs justifications recevables, indépendantes les unes des autres, d'une seule et même action. De même qu'une action peut être surdéterminée, une action peut être « surjustifiée ». Une action est surdéterminée lorsqu'elle a été déclenchée par deux motifs (ou plus) qui individuellement auraient suffi à la déclencher¹⁶. Une action est surjustifiée lorsqu'elle a été justifiée par deux raisons (ou plus) qui individuellement auraient suffi à la justifier (elle est, comme on dit, doublement justifiée)¹⁷. Par exemple, un professeur peut justifier sa mauvaise note en disant que l'élève a non seulement très mal travaillé, mais, de surcroît, a rendu son travail avec plusieurs semaines de retard.

Le concept de surjustification n'est pas explicitement défendu par Hart. Toutefois, il semble l'admettre : « l'utilité générale et l'existence de droits moraux antérieurs sont des justifications différentes même si dans certains cas l'une et l'autre pourraient être offertes pour la création d'un seul et même droit juridique¹⁸. » Nous renvoyons à la partie de l'introduction consacrée au pluralisme des formes de raison morale dans lequel nous avons développé l'exemple de la promesse.

3. Le procès de la peine

Ainsi, la question de la justification de la peine ne se poserait pas si la peine n'était pas problématique, au moins *prima facie*. S'il faut établir son bien-fondé ou la fonder en raison, c'est parce qu'elle peut apparaître comme infondée. Mais qu'y a-t-il de critiquable dans la pratique de punir ?

15 Dans le même sens : « On voit que les justifications sont exigées quand notre conduite ou une règle dont elle s'inspire viole un principe admis et peut donc, pour cette raison, être critiquée. On voit par là, que la justification est toujours un phénomène second : si une conduite ne s'oppose pas à un principe admis, ou ne pèche pas de quelque manière, si nous ne voyons pas de raison de la critiquer, il ne viendra à l'esprit de personne de demander qu'on la justifie. Qui s'excuse s'accuse, qui se justifie reconnaît que son action tombe sous le coup d'une critique réelle ou éventuelle. » (C. Perelman, « La justification des normes », in K. Kuypers (éd.), *Les Sciences Humaines et le Problème des Valeurs*, La Haye : Martinus Nijhoff, 1971, p. 51.)

16 Hart a défendu avec Honoré dans *Causation in the Law* la thèse de la surdétermination causale (selon laquelle la cause d'un événement passé peut être suffisante dans des circonstances données mais pas *nécessaire* pour la production de l'effet) et l'a maintenue malgré les critiques de Mackie.

17 A. Flew, « The Justification of Punishment », *Philosophy*, vol. 29, n° 111, 1954, p. 296.

18 *EB*, p. 94.

Dans cette sous-partie, nous reprendrons la démarche de Hart dans sa critique du moralisme juridique. En effet, il soutient deux choses : d'une part, que la question de la justification de la répression de l'immoralité (sexuelle) ne se pose que parce que la coercition juridique est *prima facie* critiquable¹⁹ ; d'autre part, qu'il est essentiel d'explicitier ce que la répression de l'immoralité (sexuelle) a de *prima facie* critiquable²⁰.

Hart voit au moins cinq objections à celle-ci, classées par ordre croissant d'importance²¹.

1° Elle est coûteuse : les ressources que nous utilisons pour pourchasser le vice ne peuvent pas être utilisées pour des tâches plus importantes, par exemple la lutte contre le banditisme, la fraude fiscale, etc. 2° Elle est inefficace : beaucoup de personnes ayant une sexualité « déviante » ne sont pas dissuadées par les sanctions en raison de l'intensité de leurs désirs et de la facilité de les satisfaire en cachette. 3° Elle est injuste : parmi les infracteurs, seule une infime minorité malchanceuse est condamnée, tandis que l'immense majorité demeure impunie ; les peines sont très variables pour des infractions identiques. 4° Elle ne préserve pas la morale sexuelle : si les gens respectent la morale sexuelle simplement par peur d'être punis, leur abstinence n'a aucune valeur morale. 5° Elle crée de la misère : ceux qui sont punis, ainsi que les personnes liées à eux, souffrent énormément ; elle rend possible des formes odieuses de chantage.

Voilà selon Hart *le prix à payer* pour la *legal enforcement of morality*. Qu'obtient-on pour ce prix ? Selon nous, on peut et on doit se prêter au même exercice avec la peine : Que peut-on reprocher à cette pratique ? Quel procès peut-on lui faire ? Nous nous concentrerons sur trois critiques. La première est la plus évidente : la peine ajoute de la misère à la misère. La deuxième est souvent oubliée : la peine a de nombreux inconvénients. La troisième est la plus originale : la peine est une usurpation de l'État.

a) Les maux de la peine selon Bentham

19 « the use of legal coercion by any society calls for justification as something *prima facie* objectionable to be tolerated only for the sake of some countervailing good. » (*LLM*, p. 20.)

20 « It is salutary to inquire precisely what it is that is *prima facie* objectionable in the legal enforcement of morality ; for the idea of legal enforcement is in fact less simple than is often assumed. » (*LLM*, p. 21.)

21 H.L.A. Hart, « The Use and Abuse of the Criminal Law », in A.S. Goldstein, J. Goldstein (éd.), *Crime, Law and Society*, New York : The Free Press, 1971, p. 284-286.

La critique la plus évidente de la peine est qu'elle cause de nombreux maux. Selon Bentham, on peut en distinguer quatre types²² : le mal de la coercition ; le mal de l'appréhension ; le mal de la souffrance ; les maux dérivés.

1° Le mal de la coercition est « la douleur que procure à quelqu'un le fait de ne pas pouvoir commettre l'acte dont l'idée de la punition le dissuade²³ ». Il concerne ceux qui respectent la loi. Hart donne l'exemple des personnes homosexuelles qui vivent dans des pays (comme l'Angleterre des années 1950) où l'homosexualité est un crime, qui répriment leurs désirs par peur d'être punies et qui, pour cette raison, souffrent profondément :

Mais l'interférence avec la liberté individuelle peut être considérée comme un mal devant être justifié pour des raisons utilitaristes plus simples ; en effet, elle cause elle-même une forme particulière de souffrance – souvent très aiguë – chez ceux dont les désirs sont frustrés par la peur de la punition. Ceci est particulièrement important dans le cas des lois mettant en œuvre une morale sexuelle. Elles peuvent provoquer une misère d'un degré particulièrement élevé. En effet, aussi bien les difficultés liées à la répression des pulsions sexuelles que les conséquences de celle-ci sont très différentes de celles liées au fait de s'abstenir de commettre des crimes « ordinaires ». À la différence des pulsions sexuelles, la pulsion de voler, de blesser ou même de tuer n'intervient pas de manière récurrente et insistante dans la vie quotidienne, sauf pour une minorité de personnes mentalement perturbées. Le fait de résister à la tentation de commettre ces crimes n'est pas en général, comme l'est généralement la suppression des pulsions sexuelles, quelque chose qui affecte le développement ou l'équilibre de la vie affective de l'individu, de son bonheur et de sa personnalité²⁴.

Selon Benn, si les menaces du législateur étaient parfaitement efficaces, c'est-à-dire si personne n'enfreignait la loi de peur d'être puni, on ne punirait jamais et la peine n'aurait pas besoin d'être justifiée²⁵. Mais il se trompe : le mal de la coercition aurait encore besoin d'être justifié, d'autant plus que, pour que les menaces du législateur soient parfaitement efficaces, il faudrait instaurer un climat de terreur qui causerait beaucoup de tort.

22 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, trad. du Centre Bentham, Paris : J. Vrin, 2011, chapitre XIII, §14, p. 199-200.

23 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, *op. cit.*, chapitre XIII, §14, p. 199.

24 LLM, p. 22.

25 « the problem of justifying punishment arises only because it is not completely effective ; if it were, there would be no suffering to justify. » (S.I. Benn, « An Approach to the Problems of Punishment », *Philosophy*, vol. 33, n° 127, 1958, p. 330.)

2° Le mal de l'appréhension est « la douleur que ressent celui qui s'est exposé à la punition à l'idée de la subir²⁶ ». Il concerne ceux qui ont enfreint la loi et craignent d'en subir l'exécution. On peut distinguer au moins deux cas de figure : premier cas de figure, une personne a commis une infraction, mais elle n'a pas encore été arrêtée ; deuxième cas de figure, une personne a commis une infraction, elle a été arrêtée, mais elle n'a pas encore été punie. Dans les deux cas, la douleur n'est pas une douleur de désir inassouvi (en effet, sauf erreur judiciaire, le désir a été assouvi), mais une « douleur d'appréhension²⁷ ». Les « couloirs de la mort », dans lesquels les condamnés à mort peuvent attendre pendant plusieurs années le jour de leur exécution, sont sans doute l'illustration la plus dramatique du mal de l'appréhension. Comme Hart le remarque :

nous n'avons jamais eu de cas de délai considérable entre la déclaration de culpabilité, la sentence et son exécution. Une période de plus de trois mois serait considérée comme indécente et d'une cruauté intolérable envers le prisonnier et sa famille. Mais, bien sûr, cela contraste avec ce qui arrive parfois aux États-Unis où des années peuvent s'écouler entre la condamnation à mort et son exécution²⁸.

3° Le mal de la souffrance est « la douleur que quelqu'un ressent du fait de la punition même, à partir du moment où on commence à la lui infliger²⁹ ». Il concerne ceux qui ont enfreint la loi et en subissent l'exécution. Le mal de la souffrance est le premier auquel on pense lorsqu'on examine les maux de la peine. Comme Hart l'écrit :

l'acte de punir l'infacteur [...] implique typiquement une privation de liberté de mouvement, de propriété ou d'association avec la famille et les amis, ou l'infliction de douleurs physiques ou même la mort. On considère qu'il est mal d'infliger ces choses à autrui sans justification

26 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, op. cit., chapitre XIII, §14, p. 199. Voir également Montaigne : « Quiconque attend la punition, la subit ; et quiconque l'a méritée, l'attend. » (Montaigne, « Sur la conscience », *Les Essais*, adapté en français moderne par A. Lanly, Paris : Gallimard, 2009, p. 453.)

27 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, op. cit., chapitre V, §30, p. 69.

28 PR, p. 64-65. Comparer avec Camus : « La peur dévastatrice, dégradante, qu'on impose pendant des mois ou des années au condamné, est une peine plus terrible que la mort, et qui n'a pas été imposée à la victime. Même dans l'épouvante de la violence mortelle qui lui est faite, celle-ci, la plupart du temps, est précipitée dans la mort sans savoir ce qui lui arrive. [...] L'avocat et l'aumônier, par simple humanité, les gardiens, pour que le condamné reste tranquille, sont unanimes à l'assurer qu'il sera gracié. Il y croit de tout son être et puis il n'y croit plus. Il l'espère le jour, il en désespère la nuit. À mesure que les semaines passent, l'espoir et le désespoir grandissent et deviennent également insupportables. Selon tous les témoins, la couleur de la peau change, la peur agit comme un acide. » (A. Camus, *Réflexions sur la guillotine*, Paris : Gallimard, 2008, p. 30-31.)

29 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, op. cit., chapitre XIII, §14, p. 199.

spéciale et en fait le droit et la morale de toutes les sociétés développées les considèrent ainsi. Pour parler comme un juriste, ce sont des choses qui, si elles ne sont pas justifiées à titre de sanctions, sont des délits ou des préjudices³⁰.

La dernière phrase est importante. On peut très bien *voir* les peines *comme* des crimes. En effet, enfermer un individu contre son gré dans une pièce de 9 m² pendant plusieurs années est, selon le Code pénal français, un crime de séquestration passible de 20 ans de prison ; de même, demander à un individu contre son gré une certaine somme d'argent en le menaçant est, toujours selon le Code pénal français, un délit d'extorsion passible de 7 ans de prison et de 100 000 euros d'amende. La peine consiste à faire des choses que nous jugerions intolérables dans d'autres circonstances.

Le mal de la souffrance n'est pas un dommage collatéral (à la différence du mal de la coercition, du mal de l'appréhension et des maux dérivés). Au contraire, il est infligé à dessein. Comme nous l'avons vu dans le chapitre 1, les conséquences aversives de la peine (ou, du moins, une partie d'entre elles) sont voulues. Pour Husak, cela rend la peine encore plus difficile à justifier³¹. Hart ne serait sans doute pas d'accord avec Husak. En effet, il rejette la doctrine du double effet et *semble* considérer que la distinction entre faire du mal sciemment et faire du mal délibérément est moralement indifférente³². Selon lui, le plus problématique dans la pratique de la peine est la *misère* qu'elle crée. Que cette misère soit visée ou un effet collatéral n'est au mieux qu'un détail, surtout pour ceux qui la subissent. Nous reviendrons sur ce point dans la section consacrée à l'alternative réparatrice.

4° Les maux dérivés, enfin, sont ceux « affectant les personnes *liées* à ceux qui endurent les trois maux originaux répertoriés ci-dessus³³ ». L'acte de punir un infracteur peut affecter ses proches et, plus généralement, les personnes liées à lui. Comme Hart l'écrit :

30 *LLM*, p. 21.

31 D.N. Husak, « A Framework for Punishment : What Is the Insight of Hart's "Prolegomenon" ? », in C. Pulman (éd.), *Hart on Responsibility*, Basingstoke : Palgrave Macmillan, 2014, p. 94. Voir également Gardner : « Isn't it part of what makes punishment so hard to justify, for Bentham and Hart alike, that the punisher by definition intends the suffering that she metes out ? » (J. Gardner, « Introduction », in *PR*, p. xxxii.)

32 Pour clarifier la distinction entre agir sciemment et intentionnellement, Hart donne l'exemple suivant : mon voisin met de la musique dans son appartement dès six heures du matin parce qu'il a besoin de cela pour être de bonne humeur. Il le fait sciemment, parce que je m'en suis plaint à plusieurs reprises, mais il ne le fait pas intentionnellement, car il ne cherche pas à me faire souffrir. Il peut être désolé que cela me réveille, mais il dit qu'il ne peut pas faire autrement, qu'il en a besoin pour se sentir bien. Voir *PR*, p. 120.

33 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, *op. cit.*, chapitre XVII, §12, p. 329.

Tout droit pénal prévoyant des sanctions crée de la souffrance de différentes manières : tout d'abord, celle du coupable, par la peine effectivement infligée ; deuxièmement, celle de la famille et des amis du coupable ; troisièmement, celle du coupable à nouveau, en raison des difficultés à regagner sa place en société après avoir purgé sa peine³⁴.

Cela est particulièrement vrai de la prison, comme le montre Touraut dans *La famille à l'épreuve de la prison*³⁵. En effet, les familles des détenus souffrent de la séparation, souvent traumatisante, et du stigmatisation carcéral qui les contaminent ; elles doivent repenser, du jour au lendemain, toute leur organisation et faire de nombreux sacrifices ; elles sont précarisées ; elles vivent dans l'attente et l'incertitude la plus complète, rongées par l'anxiété.

Les quatre maux que nous venons d'examiner sont inéliminables : on peut les *minimiser* (par exemple, en abolissant la prison), mais on ne peut pas les éliminer sans éliminer la peine elle-même. Tant qu'on punira, ils existeront. Pour Hart, c'est l'objection la plus simple, mais également la plus forte :

Peu de personnes ont nié que le fait qu'il crée une grande et vaste misère était *une* objection, bien qu'elle ne soit pas fatale, à l'usage du droit pénal. Il s'agit en fait d'une des raisons les plus fortes de confier le contrôle de certains types de conduite à d'autres agents que le droit pénal ; aux éducateurs, aux moralistes, aux travailleurs sociaux ou aux professeurs de religion. Très peu de défenseurs de la mise en œuvre juridique de la morale diraient : « Je ne vois pas pourquoi la misère humaine est importante : ça ne me paraît pas du tout être une objection. » Si cela n'est pas *une* objection, on voit mal ce qui pourrait en être une. Diminuer la misère humaine au moins pour certains et rendre *certaines* vies humaines moins dégoûtantes, animales et brèves (*less nasty, less brutish and less short*³⁶) est une préoccupation commune à tous les systèmes juridiques et à tous les codes moraux, aussi différents soient-ils [...]. À quoi servent les lois si ce n'est (entre autres choses) à cela³⁷ ?

b) Les inconvénients de la peine selon Husak

Poursuivons le procès de la peine. Selon Husak, elle a trois défauts (*deficiencies*) ou

34 H.L.A. Hart, « The Use and Abuse of the Criminal Law », *art. cit.*, p. 285.

35 C. Touraut, *La famille à l'épreuve de la prison*, Paris : P.U.F., 2012.

36 Il s'agit évidemment d'une référence au chapitre XIII du *Léviathan*.

37 H.L.A. Hart, « The Use and Abuse of the Criminal Law », *art. cit.*, p. 286-287.

inconvenients (*drawbacks*) qui aggravent les charges contre elles³⁸.

Premièrement, punir coûte très cher, en particulier dans un État de droit. Prenons le cas de la France. Les frais de justice criminelle, correctionnelle et de police (c'est-à-dire les frais de procédure engagés lors d'un procès) s'élèvent à environ 440 millions d'euros³⁹. Une journée de détention coûte près de 100 euros par détenu, sachant qu'il y a aujourd'hui plus de 70 000 détenus⁴⁰. Bien sûr, punir pourrait coûter moins cher si on avait moins, voire pas du tout recours à la prison (et si on part du principe que les alternatives à la prison sont moins coûteuses). Toutefois, on ne peut pas espérer avoir une justice pénale équitable et humaine sans faire des dépenses importantes. Pourquoi dépenser tout cet argent pour punir ? Ne pourrions-nous pas l'utiliser plus utilement pour loger, nourrir, soigner et éduquer ? Si l'argent était illimité, ce ne serait pas un problème : toutefois, l'argent n'est pas illimité et vient en grande partie des contribuables qui ont droit à ce qu'on fasse un usage raisonnable de leur contribution⁴¹.

Deuxièmement, les erreurs judiciaires sont inévitables⁴². Comme l'écrit Bébin : « ceux qui estiment que la condamnation d'un innocent doit être évitée *à n'importe quel prix* devraient recommander l'abolition pure et simple du système judiciaire⁴³. » La peine fait courir aux innocents un *danger* qui n'existerait pas sans elle. Aux États-Unis, le *National Registry of Exonerations* a enregistré 2261 disculpations entre 1989 et 2017⁴⁴. Hart donne l'exemple tristement célèbre de Timothy Evans, « qui a été condamné et exécuté pour le meurtre de son enfant en 1950, [et] qui n'aurait pas été condamné si les preuves dévoilées en 1953 avaient été disponibles⁴⁵ ». Qu'est-ce qui justifie qu'on crée un risque aussi sérieux ? Il faut d'excellentes raisons pour que, chaque année, une centaine de personnes (ou plus) se retrouve sans raison

38 D.N. Husak, « Why Punish the Deserving ? », *Noûs*, vol. 26, n° 4, 1992, p. 450.

39 Ministère de la Justice, *Les chiffres-clés de la Justice 2018*, p. 6. URL : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/justice-chiffres-cles-2018.pdf

40 Avis n°114 (2014-2015) de J.-R. Lecerf, Commission des lois du Sénat, Administration pénitentiaire, 20 novembre 2014, p. 42. URL : <https://www.senat.fr/rap/a14-114-8/a14-114-81.pdf>

41 Voir l'article 14 de la DDHC : « *Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée.* » (Nos italiques.)

42 Évidemment, on peut réduire ce risque au maximum en utilisant des standards de preuve très élevés, mais cela a un prix : plus de coupables en liberté.

43 X. Bébin, *Pourquoi punir ? L'approche utilitariste de la sanction pénale*, Paris : L'Harmattan, 2006, p. 69-70.

44 The National Registry of Exonerations, « Exonerations in 2017 », 14 mars 2018. URL : <http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/ExonerationsIn2017.pdf>

45 *PR*, p. 252.

sanctionnée.

Troisièmement, la pratique de la peine donne lieu à de nombreux abus de pouvoir. Pour Locke et d'autres penseurs libéraux, l'institution pénale était un *remède* aux punitions partiales et excessives de l'état de nature⁴⁶. Toutefois, l'histoire et l'actualité nous montrent que la monopolisation par l'État du droit de punir n'a pas éliminé et n'éliminera jamais complètement les abus de pouvoir (pour la raison simple que « tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser⁴⁷ »), en dépit de la complexité de la procédure pénale et des garanties offertes aux justiciables en démocratie. Ces abus peuvent avoir lieu au début comme à la fin de la chaîne pénale. Ils peuvent être le fait des policiers, des gardiens de prison, des juges, etc.⁴⁸

Dans le premier cas, c'est le contribuable qui accuse l'institution pénale ; dans le deuxième cas, c'est l'innocent ; dans le troisième cas, c'est la victime d'un abus de pouvoir. Comme le note Husak, ces trois « inconvénients » sont rarement pris en considération par les philosophes, alors qu'ils *minent*⁴⁹ l'institution pénale⁵⁰. Si cette dernière pèse lourdement sur les finances publiques, si elle entraîne chaque année la condamnation d'un nombre important d'innocents et si elle est à l'origine de nombreux abus de pouvoir, pourquoi s'entêter à punir ?

c) L'usurpation des conflits selon Christie

Mentionnons une troisième et dernière accusation. Christie soutient que la justice pénale, dans nos démocraties occidentales, dépouille les parties de *leurs* conflits⁵¹. Dans les sociétés

46 « Dans cet état, chacun est à la fois le juge et le bourreau de la loi de la nature et, comme les gens font preuve de partialité vis-à-vis d'eux-mêmes, la passion et la vengeance risquent fort de les entraîner à trop d'excès et d'emportement dans les affaires où ils sont eux-mêmes parties [...]. » (J. Locke, *Deuxième traité du gouvernement civil*, trad. B. Gilson, 3^e édition, Paris : J. Vrin, 1985, chapitre IX, §125, p. 147.)

47 Montesquieu, *L'esprit des lois*, Paris : Lavigne, 1845, livre XI, chapitre IV, p. 105.

48 « Ont-ils le sentiment d'avoir été bien jugés, tous ces hommes, jeunes pour la plupart, immigrés souvent, avant tout coupables d'avoir peu d'attaches sociales, que le Tribunal parisien [...] condamne à l'emprisonnement – parfois de longue durée – *en quelques minutes*, sur un simple procès-verbal de police ? [...] Et ces inculpés, innocents ou non, qui passent de longs mois en détention provisoire *avant* l'ouverture de leur procès ? Et ce conducteur pressé, qui sur une simple réponse véhémement à un gendarme s'est vu traîné devant un tribunal correctionnel pour "outrage à agent de la force publique" ? Que pensent-ils de la justice ? Se sont-ils sentis protégés de tous ces dangers dont nos lois prétendent nous garder, ou n'ont-ils pas plutôt eu l'impression d'être tombés dans une chausse-trappe ? » (L. Hulsman, J. Bernat de Celis, *Peines perdues : le système pénal en question*, op. cit., p. 59-60.)

49 Au sens militaire du terme, c'est-à-dire creuser une galerie sous un ouvrage afin d'en saper les fondations et d'en provoquer l'effondrement.

50 D.N. Husak, « Why Punish the Deserving ? », *art. cit.*, p. 451.

51 N. Christie, « Les conflits : des biens usurpés ? », trad. P. Gailly, in P. Gailly (éd.), *La justice restauratrice*,

traditionnelles ou sans État, le règlement des litiges est essentiellement un « bricolage⁵² » qui a lieu directement entre les parties en conflit. Il arrive, comme chez les Nuer du Soudan, que le chef arbitre le conflit, mais il n'a aucune autorité, il n'est qu'un médiateur⁵³. Dans nos sociétés, au contraire, la justice est rendue dans des tribunaux où les victimes, mises sur le côté, sont représentées par l'État et sont complètement écartées de l'arène pendant la majeure partie du procès. Christie soutient que la justice, en usurpant les conflits, vole quelque chose de précieux⁵⁴. En effet, les conflits représentent un potentiel d'activité. Ils permettent à la victime de participer à sa propre affaire, de se sentir impliquée, de connaître son agresseur et d'avoir des explications. Les conflits sont l'occasion de clarifier nos normes et de les discuter :

Dans quelle mesure l'infraction est-elle répréhensible lorsque la victime est petite ou faible alors que l'auteur est grand ou puissant ? Et qu'en est-il dans le cas inverse, lorsqu'on a affaire à un petit voleur confronté à un grand propriétaire foncier ? Et si l'auteur est instruit, devrait-il souffrir plus ou moins pour ses fautes ? Ou s'il est noir, ou s'il est jeune, ou si l'autre partie est une compagnie d'assurances, ou si sa femme venait juste de le quitter, ou si son entreprise risque de faire faillite au cas où il serait envoyé en prison, ou si sa fille risque de perdre son fiancé, ou s'il était saoul, ou s'il était triste, ou s'il était en colère ? On pourrait continuer de la sorte à l'infini⁵⁵.

Il est possible de minimiser cette usurpation en utilisant, comme le préconise Christie, des tribunaux de proximité, centrés sur la victime et non professionnels. Toutefois, il est impossible de l'éliminer : le principe même de la justice pénale est de rendre justice à la place des particuliers. Qu'est-ce qui justifie cette usurpation⁵⁶ ?

4. Le fardeau de la justification

Bruxelles : Larcier, 2011, p. 53-69.

52 J. Diamond, *Le monde jusqu'à hier : ce que nous apprennent les sociétés traditionnelles*, trad. J.-F. Sené, Paris : Gallimard, 2014, p. 152.

53 « Le chef nuer n'a pas le monopole de la force ni les moyens en fait de l'appliquer ; les parties en litige demeurent les seules à pouvoir le faire. » (J. Diamond, *Le monde jusqu'à hier : ce que nous apprennent les sociétés traditionnelles*, op. cit., p. 152-153.)

54 N. Christie, « Les conflits : des biens usurpés ? », art. cit., p. 59-60.

55 N. Christie, « Les conflits : des biens usurpés ? », art. cit., p. 59-60.

56 À la fin de son introduction à *PR*, Gardner insiste sur l'importance de cette charge contre la peine et soutient que Hart passe à côté de celle-ci (J. Gardner, « Introduction », in *PR*, p. lii). Nous verrons, au contraire, que Hart justifie explicitement cette usurpation.

Face à ce tableau, on peut se demander : De quel droit ? *Cui bono*⁵⁷ ? Punir, est-ce bien la peine ? Qu'obtient-on pour ce prix ? Est-ce du gâchis ? Un mal pour un bien ?

Dans un article sur la peine de mort, Hart affirme qu'il est « crucial de considérer à qui incombe la charge de la preuve sur cette question de la peine de mort⁵⁸ » et soutient qu'elle incombe à ceux qui la défendent. C'est à eux d'apporter la preuve du fait qu'elle est socialement bénéfique, qu'elle prévient le meurtre plus efficacement que la prison. En effet, la peine de mort est *prima facie* un mal ou *prima facie* un mal plus grand que la prison pour au moins trois raisons⁵⁹ : premièrement, elle consiste à tuer ; deuxièmement, elle est irrémissible et irréparable et des erreurs judiciaires ont malheureusement lieu ; troisièmement, elle implique une interférence constante du pouvoir exécutif (qui accorde environ une fois sur deux la grâce aux condamnés à mort).

On retrouve cette démarche dans le débat Hart/Devlin. Considérant la misère qu'elle crée, c'est au défenseur de la *legal enforcement of morality* de prouver qu'elle est nécessaire pour empêcher la désintégration de la société : Lord Devlin est « sous la pression de la demande de preuves empiriques pour étayer l'affirmation selon laquelle le maintien de la morale est en fait nécessaire à l'existence de la société⁶⁰ ». La seule tâche de l'adversaire est d'évaluer la pertinence des preuves avancées.

De la même façon, le « fardeau de la justification » incombe à ceux qui défendent la pratique de la peine et non à ceux qui la critiquent : ils doivent montrer qu'elle doit être maintenue en dépit des charges contre elle ; ils doivent *répondre* de façon convaincante aux critiques que nous venons de mettre en avant⁶¹.

Une des convictions centrales de Hart est que l'infliction délibérée de souffrances est quelque

57 H.L.A. Hart, « The Use and Abuse of the Criminal Law », *art. cit.*, p. 285.

58 *PR*, p. 88.

59 *PR*, p. 89.

60 *EJP*, p. 249.

61 Gardner utilise lui aussi cette expression dans son introduction à *PR* (J. Gardner, « Introduction », in *PR*, p. xiv). Barnett affirme également : « la charge de la preuve incombe à ceux qui cherchent à justifier l'usage de la force contre l'individu. » (R.E. Barnett, « La restitution : un nouveau paradigme de la justice criminelle », trad. P. Gailly, in P. Gailly (éd.), *La justice restauratrice*, Bruxelles : Larcier, 2011, p. 77.) Voir également Mill : « en matière de droit, on considère que la charge de la preuve incombe aux adversaires de la liberté, aux partisans de mesures restrictives ou prohibitives, qu'il s'agisse de limiter de façon générale la liberté des actions humaines ou de frapper d'une incapacité ou d'une disparité de privilège une personne ou un groupe de personnes par rapport à d'autres. » (J.S. Mill, *L'asservissement des femmes*, trad. M.-F. Cachin, Paris : Éditions Payot et Rivages, 2005, p. 29.)

de grave qui ne peut être admis sans bonnes raisons. Toute la difficulté est de savoir si les raisons avancées sont de bonnes raisons et des raisons suffisantes. Comme il l'écrit :

Dès le départ, je suis parti du principe que quiconque considère cette question comme ouverte à la discussion accepte nécessairement le principe critique, central à toute morale, selon lequel la misère humaine et la restriction de la liberté sont des maux (*evils*) ; car c'est la raison pour laquelle la mise en œuvre juridique de la morale nécessite d'être justifiée⁶².

II. La justification benthamienne de la peine.

Dans cette partie, nous procéderons en quatre temps. Dans un premier temps, nous tenterons de formuler le plus précisément possible la justification benthamienne et nous montrerons pourquoi Hart l'accepte. Dans un deuxième et un troisième temps, nous nous demanderons si les conditions qu'elle pose sont remplies : la peine prévient-elle plus de mal qu'elle n'en cause ? Même si c'est le cas, n'y a-t-il pas de meilleures alternatives ? Enfin, dans un quatrième temps, nous examinerons deux conditions supplémentaires qui ne sont pas mentionnées par Bentham.

1. De Bentham à Hart

Dans un célèbre passage de son *Introduction aux principes de morale et de législation*, Bentham écrit : « Mais toute punition est un dommage, toute punition est en elle-même un mal. Selon le principe d'utilité, si on doit l'admettre, ce ne doit être que dans la mesure où elle promet d'éviter un mal plus grand⁶³. » Ainsi, pour lui, la peine est justifiée *seulement si* (il s'agit d'une condition nécessaire mais non suffisante) *elle prévient plus de mal qu'elle n'en cause* (autre formulation : *seulement si elle empêche un mal plus grand que celui qu'elle cause*). Elle n'est pas justifiée s'il n'y a aucun mal à prévenir, si elle ne parvient pas à le prévenir ou si « la nature de l'infraction, d'une part, et celle de la punition, d'autre part, sont, *dans le cours ordinaire des choses*, telles que quand on les compare, le mal de la deuxième s'avère plus grand que le mal de la première⁶⁴ ».

62 LLM, p. 82.

63 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, op. cit., chapitre XIII, §2, p. 193.

64 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, op. cit., chapitre XIII, §13, p. 199.

Pour que la peine soit justifiée, une deuxième condition doit être remplie : elle doit être nécessaire, il ne doit pas y avoir d'alternative. Elle n'est pas justifiée si « l'objectif de mettre fin à une pratique peut être atteint aussi bien à un moindre coût (*as effectually at a cheaper rate*) : par l'instruction, par exemple, plutôt que par la terreur, en informant l'entendement plutôt qu'en exerçant une influence directe sur la volonté⁶⁵ ».

Pour Bentham, ces deux conditions individuellement nécessaires sont conjointement suffisantes. Si la peine prévient plus de mal qu'elle n'en cause (donc, si elle est un moindre mal) et si on ne peut pas atteindre le même résultat à moindre coût (donc, si elle est un mal nécessaire), alors elle est justifiée⁶⁶. L'inverse est également vrai :

Il ne sera pas juste (*right*) d'infliger quelque châtiment que ce soit 1. si le mal résultant du châtiment est égal ou supérieur au mal causé par le crime, ni 2. s'il y a un moyen quelconque d'atteindre la même fin sans avoir recours au châtiment. Le châtiment, ainsi que le dit M. Beccaria, n'est jamais juste (*just*) aussi longtemps que subsiste quelque moyen inessayé par lequel on pourrait accomplir le but du châtiment à moindres frais⁶⁷.

Mais la peine est-elle un moindre mal ? Est-elle un mal nécessaire ? Pour Bentham (ce point fondamental est rarement relevé), on doit aborder ces questions *infraction par infraction*. On ne peut pas justifier la peine *tout court*, mais seulement la *répression de telle ou telle infraction*, c'est-à-dire la répression de l'homicide, du vol, de l'incendie volontaire, etc. Vouloir justifier *la* peine est une impasse⁶⁸. On ne peut pas justifier *la* peine dans l'abstrait. Comme il l'écrit :

Par ailleurs, le mal de l'infraction variera aussi, bien entendu, selon la nature de chaque infraction. La proportion entre l'un et l'autre maux sera donc différente pour chaque infraction particulière. Par conséquent, les cas où la punition n'est pas avantageuse pour cette raison *ne peuvent être découverts que par l'étude de chaque infraction particulière*, ce qui sera effectué dans le corps de l'ouvrage⁶⁹.

65 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, op. cit., chapitre XIII, §17, p. 201.

66 Dans le même sens, voir J. Glover, *Responsibility*, Londres : Routledge et Kegan Paul, 1970, p. 153.

67 J. Bentham, *Essai sur la pédérastie*, trad. J.-C. Bouyard, Lille : Questions de genre-GKC, 2003, p. 65-67.

68 Dans le même sens, voir D.H. Husak, *Overcriminalization : The Limits of the Criminal Law*, Oxford : Oxford University Press, 2008, p. 192.

69 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, op. cit., chapitre XIII, §15, p. 200, nos italiques.

La justification benthamienne de la peine, ou plus précisément de la répression de certaines infractions, est *indépendante* du principe d'utilité, même si Bentham la déduit du principe d'utilité. En effet, on peut très bien la déduire d'un principe de sens commun, à savoir qu'*entre deux maux, il faut choisir le moindre*. Ce principe peut lui-même être déduit d'un principe de sens commun encore plus général, à savoir qu'*il faut faire le moins de mal possible*. Ainsi, la répression de certaines infractions est justifiée, car elle est nécessaire pour éviter un mal plus grand et entre deux maux, il faut choisir le moindre, car il faut faire le moins de mal possible. Ce dernier principe est un plafond normatif : on ne peut pas lui-même le justifier. Comme le rappelle Bentham : « ce qui sert à prouver tout le reste ne peut pas être prouvé : il faut bien qu'une chaîne de preuves commence quelque part⁷⁰. » L'avantage de ce plafond normatif est qu'il est relativement consensuel : « ce que la morale nous demande tout simplement, c'est d'essayer de faire le plus de bien ou le moins de mal possible⁷¹. »

On ne doit pas confondre la justification benthamienne avec une justification proche, mais légèrement différente. Selon Gross, la peine est justifiée, parce qu'elle est nécessaire pour prévenir les « maux de l'impunité⁷² » (*evils of impunity*) et les conséquences de l'impunité générale seraient intolérables. Le problème de cette justification est qu'elle ne précise pas quelle est l'ampleur des maux de l'impunité : si les maux de l'impunité sont moindres que ceux de la peine, si les maux de la peine sont encore plus intolérables, alors cette dernière n'est pas justifiée. Pour que la peine soit justifiée, il faut entre autres que les maux de l'impunité soient plus importants que ceux de la peine, ce qui revient à dire qu'il faut que la peine empêche un mal plus grand que celui qu'elle cause.

La justification de Bentham est quasiment identique à un fait justificatif reconnu par le droit pénal : l'état de nécessité. Imaginons qu'un automobiliste détourne sa voiture contre un chien parce c'est le seul moyen de ne pas écraser un piéton imprudent. Il semble avoir volontairement commis une infraction, mais il ne sera pas puni, car il était dans un état de nécessité :

La répression perd notamment son fondement lorsque, sous l'empire de la nécessité, le « délinquant » choisit de sauvegarder un bien dont la valeur est supérieure à celle du bien qu'il

70 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, op. cit., chapitre I, §11, p. 28.

71 R. Ogien, C. Tappolet, *Les concepts de l'éthique : Faut-il être conséquentialiste ?*, Paris : Hermann, 2008, p. 155.

72 H. Gross, *Crime and Punishment : A Concise Moral Critique*, Oxford : Oxford University Press, 2012, p. 3.

sacrifie, ou même à la rigueur un bien de valeur équivalente. En pareille hypothèse, l'infraction est socialement utile ou socialement indifférente, et c'est la raison pour laquelle l'application de la loi pénale est inconcevable⁷³.

Quelles sont les conditions de l'état de nécessité⁷⁴ ? 1° Il faut qu'il y ait un danger réel et que l'infraction permette de sauvegarder un bien de valeur supérieure ou équivalente à celle du bien sacrifié. Par exemple, un fugitif affamé n'est pas autorisé à tuer un boulanger qui refuse de lui donner du pain. 2° Il faut que le danger nécessite l'infraction. Si l'auteur disposait d'un autre moyen, ou plus précisément d'un meilleur moyen de sauvegarder le bien menacé, il sera condamné. 3° L'infraction n'est pas justifiée si l'auteur a lui-même créé par sa faute le danger dont il est menacé (cette dernière condition est controversée)⁷⁵. Par exemple, un chauffeur ayant enfoncé la barrière d'un passage à niveau afin d'éviter la collision avec un train a été condamné parce qu'il avait, au départ, fautivement franchi la barrière⁷⁶.

Cette troisième condition nous permet de raffiner la justification benthamienne : la peine est justifiée seulement si l'État n'est pas responsable des maux qu'il entend prévenir par la peine.

Revenons maintenant à Hart. Il connaît la justification benthamienne puisqu'il la résume parfaitement : « La peine ne doit pas être employée du tout si elle est inefficace ou non avantageuse parce qu'elle crée plus de misère qu'elle n'en prévient, ou si elle est inutile au sens où le dommage d'une infraction peut être contrôlé par des mesures non punitives et donc à "moindres frais"⁷⁷. » Cependant, l'accepte-t-il ? Hart affirme explicitement que la peine ne peut pas être justifiée si elle cause plus de mal qu'elle n'en prévient :

Nous serions tous d'accord pour dire que, à moins qu'un système juridique ne soit dans son ensemble moralement défendable, au sens où son existence est préférable au chaos que provoquerait son effondrement, au sens où on fait plus de bien que de mal en maintenant et en appliquant les lois, ces dernières ne devraient pas être appliquées et personne ne devrait être

73 R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, 2^e édition, tome 1, Paris : Éditions Cujas, 1973, n° 401, p. 452.

74 R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, n° 402-403, p. 452-454.

75 Voir par exemple le *Model Penal Code* : « When the actor was reckless or negligent in bringing about the situation requiring a choice of harms or evils or in appraising the necessity for his conduct, the justification afforded by this Section is unavailable in a prosecution for any offense for which recklessness or negligence, as the case may be, suffices to establish culpability. » (*Model Penal Code : Official Draft and Explanatory Notes*, Philadelphie : The American Law Institute, 1985, article 3, section 3.02, p. 42-43.)

76 F. Desportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, 16^e édition, Paris : Economica, 2009, p. 710.

77 H.L.A. Hart, « Bentham's Principle of Utility and Theory of Penal Law », in J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford : Oxford University Press, 2005, p. xcvi.

puni pour les avoir enfreintes⁷⁸.

Dans son débat avec Lord Devlin, il soutient que pour que la répression de l'immoralité soit justifiée, il faut que la misère qu'elle crée soit d'une manière ou d'une autre compensée :

Y a-t-il quoi que ce soit qui compense la misère créée par de telles lois et qui puisse justifier celle-ci ? Ces lois évitent-elles à d'autres une misère plus grande que celle qu'elles causent ? Ou bien produisent-elles pour les autres un bonheur d'une ampleur qui dépasse cette misère ? Il n'est sûrement pas possible de considérer la déception ou l'indignation de ceux dont le souhait d'une morale imposée par la loi n'est pas satisfait comme une misère comparable à celle que ces lois infligent. En effet, il est très douteux qu'ils souffrent de quoi que ce soit qu'on puisse qualifier de misère. De même, là où de telles lois existent effectivement, la satisfaction de ceux qui les veulent ne peut pas être considérée comme un bonheur qui pourrait l'emporter sur la misère causée. Personne, selon moi, n'a jamais défendu de telles lois en ces termes, ni essayé de montrer que la misère qu'elles causent est compensée par l'évitement d'une plus grande misère ou par l'obtention d'un plus grand bonheur. En fait, la question de savoir s'il y a quoi que ce soit pour contrebalancer la misère causée par la mise en œuvre de la morale sexuelle est rarement abordée aussi franchement et simplement, comme elle devrait l'être⁷⁹.

En dépit des nombreuses critiques qu'il lui adresse, Hart n'est pas toujours en désaccord avec l'utilitarisme. Il reconnaît que la première condition de Bentham est « saine » :

De toute évidence, cela fait partie d'une forme *saine* d'utilitarisme qu'aucune peine ne doit causer plus de misère que l'infraction impunie (*offence unchecked*) ; et il se pourrait bien que la misère causée à la victime et à ses amis par la torture ou par des peines très sévères soit pire que la misère causée par l'infraction mineure pour laquelle elles ont été infligées⁸⁰.

Qu'en est-il de la seconde condition de Bentham ? On voit que Hart l'accepte dans ses écrits sur la peine de mort. En effet, Hart considère que la question *centrale* dans cette controverse est : Quelles preuves avons-nous du fait que la peine de mort est *nécessaire* à la protection de la société ? Quelle preuve avons-nous du fait qu'elle a un effet dissuasif plus important que l'emprisonnement (qui est une alternative)⁸¹ ? L'idée est que la peine de mort n'est pas

78 *PR*, p. 39.

79 H.L.A. Hart, « The Use and Abuse of the Criminal Law », *art. cit.*, 1971, p. 287.

80 *PR*, p. 76.

81 *PR*, p. 71, p. 75.

justifiée si on peut atteindre le même résultat à moindre coût. Il explique que si on considère, comme lui, qu'il s'agit de la question *centrale*, alors « l'allégation morale (ou "théorie" de la peine) qui est impliquée est la position "utilitariste"⁸² ».

On le voit également dans sa critique de la justification expressiviste de la peine (comme nous le verrons plus bas). En effet, Hart explique clairement que, même si la peine permet d'exprimer l'indignation morale de la société, on peut très bien atteindre le même résultat à moindre coût à l'aide de discours ou de rituels de condamnation.

Maintenant que nous avons clarifié la justification benthamienne, il reste encore à savoir si les conditions qu'elle pose sont remplies.

2. La peine est-elle un moindre mal ?

Nous avons souligné ci-dessus que pour Bentham il était essentiel de procéder au cas par cas, c'est-à-dire *infraction par infraction* (ou type de comportement par type de comportement). Puisqu'il n'est pas possible d'examiner toutes les infractions (elles sont beaucoup trop nombreuses), nous nous concentrerons sur trois cas centraux chez Hart : la répression de l'homosexualité, de l'avortement, des atteintes aux biens et aux personnes.

a) Cas dans lesquels la peine cause plus de mal qu'elle n'en prévient

Pour Hart, la répression de l'homosexualité et de l'avortement n'est pas justifiée notamment parce qu'elle crée plus de misère qu'elle n'en prévient.

Commençons par la répression de l'homosexualité. Selon Hart, on l'a vu, elle est *prima facie* critiquable pour de nombreuses raisons : elle est coûteuse, inefficace, injuste, extrêmement dommageable, etc. Dès lors, le fardeau de la justification incombe à ceux qui la défendent (par exemple Lord Devlin). Ils doivent montrer au minimum qu'elle compense la misère qu'elle crée en empêchant un mal plus grand. Lord Devlin soutient que la répression de l'homosexualité prévient l'affaiblissement de la morale et, de ce fait, prévient la dissolution de la société. La dissolution de la société est indéniablement un péril majeur. Toutefois, a-t-on

⁸² PR, p. 72.

la moindre preuve du fait que la répression de l'homosexualité prévient indirectement la dissolution de la société ? Hart le nie : « Aucun historien fiable n'a soutenu cette thèse et il existe de nombreux éléments de preuve contre elle. En tant que proposition de fait, elle n'a pas droit à plus de respect que la déclaration de l'empereur Justinien selon laquelle l'homosexualité était la cause des tremblements de terre⁸³. » Il qualifie la position de Devlin d'utilitarisme sans le bénéfice des faits (*Utilitarianism without benefit of facts*)⁸⁴. À vrai dire, il est possible que ce soit l'inverse qui soit vrai, à savoir que la répression de l'immoralité conduise à *moins* de moralité :

la mise en œuvre juridique de la morale par la peine et la préservation de la morale non seulement ne sont pas identiques, mais peuvent en fait s'opposer l'une à l'autre. Si, à chaque fois que la morale dit « non », le droit dit « attention à la punition », il existe un danger grave que le sens moral comme force déterminante dans la conduite dépérisse et soit remplacé par rien de mieux que la peur de la punition⁸⁵.

La démarche de Hart est ici très proche de celle de Bentham⁸⁶. À la fin de son *Introduction aux principes de morale et de législation*, Bentham affirme que la répression de l'abus de boisson ou de la fornication n'est pas justifiée, car elle produit « une somme de mal excédant mille fois les dommages maximum que peut engendrer l'infraction⁸⁷ ». Ce n'est pas un hasard si Hart commente longuement ce passage dans « Bentham's Principle of Utility and Theory of Penal Law » :

De façon caractéristique, Bentham estime que la question de savoir si une telle conduite doit être considérée comme une infraction punissable dépend de la question de savoir si, en termes d'« efficacité » et de « rentabilité », l'intervention de la loi est utile. [...] Il dit clairement qu'il pense que dans la plupart des cas, il n'y a pas de dommage réel à prévenir ou, s'il y en a un, il

83 *LLM*, p. 50.

84 *LLM*, p. 55.

85 *MCL*, p. 46.

86 Voir également l'*Essai sur la pédérastie* de Bentham. Son point de départ est que la pédérastie est *prima facie* un bien puisqu'elle ne crée aucune douleur (au contraire, elle produit du plaisir), aucune alarme, aucun danger. Dès lors, le fardeau de la justification incombe à celui qui voudrait la punir. Bentham passe alors en revue les raisons qui ont été communément invoquées pour justifier sa répression (elle débilite, elle nuit au nombre de la population, elle lèse les femmes, etc.) et s'appuie sur l'expérience et sur l'histoire pour montrer qu'aucune n'est convaincante. Pour lui, on ne peut pas justifier la répression de l'homosexualité, mais seulement l'expliquer. Elle s'explique par la haine du plaisir ou l'antipathie : « Bref, dans ce cas comme dans beaucoup d'autres, l'inclination à punir semble n'avoir eu d'autre raison que l'antipathie que manifestaient à l'égard du délinquant les personnes qui disposaient du moyen de punir. » (J. Bentham, *Essai sur la pédérastie*, *op. cit.*, p. 67.)

87 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, *op. cit.*, chapitre XVII, §15, p. 333.

sera inutile ou pas avantageux d'interférer avec une sanction pénale. Deux des raisons pour lesquelles il tirait cette conclusion étaient également acceptées par Mill. Il pensait que, normalement, les hommes connaissent leurs intérêts et ce qui nuit à leur bonheur mieux que le législateur ; il pensait que les systèmes juridiques, en général, avaient été trop enclins à interférer dans de tels cas sous l'influence de « mille petites passions, mille petits préjugés [qui] les ont conduits à restreindre la liberté des sujets »⁸⁸.

Passons maintenant à la répression de l'avortement. Quelles charges pèsent contre elles selon Hart⁸⁹ ? Elle crée beaucoup de misère : misère due aux condamnations, misère due aux grossesses non désirées, décès des femmes ayant avorté illégalement dans des conditions dangereuses, etc. Elle renforce les inégalités sociales : les plus riches peuvent avorter à l'étranger dans des pays où l'avortement est légal (ou obtenir l'aide de médecins prêts à prendre le risque s'ils sont généreusement rémunérés). Elle brouille la limite entre le légal et l'illégal, puisque la désobéissance est massive. Elle est à l'origine d'une vaste industrie criminelle, d'une vaste corruption de la police. Ces effets déplorables sont-ils compensés par l'empêchement d'un plus grand mal ? Comme l'écrit Hart : « Dans des circonstances comme celles-ci, il semble au plus haut point désirable pour beaucoup de critiques de la loi que le problème soit calmement envisagé comme devant être résolu en mettant en balance le mal causé par la pratique [de l'avortement] et le mal causé par le droit existant⁹⁰. » Pour lui, les arguments importants sont « les arguments factuels qui tendent à montrer que la pratique [de l'avortement] fait peu de mal en comparaison du mal et de la misère créés par sa répression⁹¹ ».

Certains défenseurs de la répression de l'avortement soutiennent qu'elle est nécessaire au respect de la vie humaine. Si c'était vrai, ce serait un argument puissant. Toutefois, selon Hart, ce n'est pas vrai, car une interruption volontaire de grossesse entraînant la mort d'un fœtus n'a rien à voir avec les autres formes de destruction de la vie humaine. Hart n'explique pas vraiment pourquoi cela n'a rien à voir, mais il soutient que cette différenciation est « ancrée dans une grande partie de l'expérience humaine⁹² » (*anchored in much human experience*).

88 H.L.A. Hart, « Bentham's Principle of Utility and Theory of Penal Law », *art. cit.*, p. cix.

89 *MCL*, p. 47 et H.L.A. Hart, « Abortion Law Reform : The English Experience », *Melbourne University Law Review*, vol. 8, 1972, p. 392.

90 *MCL*, p. 47.

91 *MCL*, p. 49.

92 H.L.A. Hart, « Abortion Law Reform : The English Experience », *art. cit.*, p. 398.

Certains soutiennent que la légalisation de l'avortement risque de mener à l'immoralité sexuelle (relations sexuelles en dehors du mariage). Hart ne le pense pas : « la condamnation morale de cette pratique est très largement religieuse et est donc moins susceptible de fluctuer avec les changements législatifs⁹³. » De plus, 90 % des avortements illégaux sont accomplis par des femmes mariées ne désirant pas avoir un autre enfant⁹⁴.

Bref, comme le résume Hart dans sa préface de 1963 de *Law, Liberty and Morality* :

Beaucoup espèrent que le *Suicide Act* sera suivi par d'autres réformes et que certaines formes d'avortement, les pratiques homosexuelles entre adultes consentants dans un cadre privé, ainsi que certaines formes d'euthanasie cesseront de constituer des infractions criminelles ; ils considèrent en effet, comme pour le cas du suicide, que la misère causée directement ou indirectement par la peine dépasse largement tout dommage imaginable que ces pratiques peuvent provoquer⁹⁵.

b) Cas dans lesquels la peine prévient plus de mal qu'elle n'en cause

Passons maintenant aux atteintes aux biens et aux personnes. Comme l'écrit Bentham : « Peu nombreux sont les cas où il *serait* opportun de punir quelqu'un pour s'être fait du mal à *lui-même*, tandis qu'il y a très peu de cas, peut-être même aucun, où il ne serait *pas* opportun de punir un homme pour avoir fait du mal à son prochain⁹⁶. »

Dans la plupart des droits pénaux, les peines prévues en cas de vol, de meurtre, de viol, d'agression, etc., sont sévères et leur application ajoute à la misère des victimes une misère supplémentaire. Toutefois, les conséquences de l'absence de répression seraient encore pires. Comme l'affirme Hart : « Dans la population d'un État moderne, en l'absence de toute répression organisée et de sanction des infractions, on pourrait s'attendre à tout moment à la violence et au vol⁹⁷. » Avons-nous des preuves de cette affirmation ? D'après certains criminologues, les grèves policières en sont la meilleure preuve :

⁹³ *MCL*, p. 48.

⁹⁴ *MCL*, p. 48, note 1.

⁹⁵ *LLM*, préface de 1963.

⁹⁶ J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, *op. cit.*, chapitre XVII, §18, p. 334.

⁹⁷ *CL*, trad. fr., p. 237.

- Le 31 juillet 1919, les forces de l'ordre de Liverpool se sont mises en grève ; en plusieurs jours, environ 400 magasins ont été pillés ; de nombreuses personnes ont été menacées ou victimes de violences ; l'armée a finalement dû être réquisitionnée⁹⁸.
- Le 7 octobre 1969, la police de Montréal s'est mise en grève pendant seize heures. Dans le secteur commercial de la ville, de nombreux magasins ont été pillés ; neuf vols à main armée ont été commis dans les banques⁹⁹.
- Le 4 février 2017, la police de l'État d'Espírito Santo a cessé le travail ; en cinq jours, 200 magasins ont été saccagés et 87 personnes ont été tuées ; cette situation chaotique n'a pris fin qu'avec l'intervention de l'armée¹⁰⁰.

On pourrait objecter que ces exemples ne prouvent pas que la *répression de la violence* contient la violence, mais seulement que la *présence policière* contient la violence. Toutefois, la présence policière aurait-elle le moindre effet préventif si la police n'était pas le premier maillon de la chaîne pénale ? Si certains individus profitent des grèves policières, n'est-ce pas parce qu'elles sont une garantie d'impunité ?

La répression des atteintes aux biens et aux personnes protège également la société contre la vengeance et la justice privée. Comme l'écrit Hart à propos des sociétés dépourvues de législateur, de tribunaux ou d'autorités publiques :

les punitions qui frappent la violation des règles, ainsi que les autres formes de pression sociales qui impliquent un effort physique ou l'usage de la force, ne sont pas mises en œuvre par des agents qualifiés, mais sont abandonnées aux victimes ou au groupe dans son ensemble. Il est évident que la perte de temps qu'impliquent les efforts inorganisés du groupe pour appréhender et punir les délinquants, de même que les vendettas qui couvent sous la cendre lorsqu'on se fait justice à soi-même, en l'absence d'un monopole public des « sanctions », peuvent être considérables¹⁰¹.

98 J. Andenaes, « The General Preventive Effects of Punishment », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 114, n° 7, 1966, p. 961-962.

99 E.A. Fattah, « Une revue de la littérature sur l'effet dissuasif de la peine », in Commission de réforme du droit du Canada, *La crainte du châtement : la dissuasion*, Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1976, p. 73-74.

100 *Courrier International*, « La grève des policiers déclenche une vague de violence », le 09 février 2017. URL : <https://www.courrierinternational.com/article/bresil-la-greve-des-policiers-declenche-une-vague-de-violence>

101 CL, trad. fr. modifiée, p. 113.

Dans notre procès de la peine, nous avons mentionné l'accusation selon laquelle la peine usurpe aux parties en litige *leur* conflit. Une manière de répondre à cette accusation consiste à dire que le monopole public des sanctions met fin à la vendetta. C'est un fait bien connu des anthropologues que, pour les sociétés ne disposant pas d'institution pénale, la vendetta est un véritable fléau capable de compromettre l'existence même de la société. Comme l'écrit Girard : « Chaque fois qu'elle surgit en un point quelconque d'une communauté elle tend à s'étendre et à gagner l'ensemble du corps social. Elle risque de provoquer une véritable réaction en chaîne aux conséquences rapidement fatales dans une société de dimensions réduites¹⁰². » Selon Diamond, le taux de mortalité *moyen* dû aux cycles de vengeance dans les petites sociétés sans État est dix fois plus élevé que le taux de mortalité *moyen* dû aux guerres entre États modernes¹⁰³.

Ainsi, le reproche adressé à Hart de ne pas expliquer le monopole public des sanctions¹⁰⁴ est sans fondement.

c) Objections

Les trois cas que nous venons d'examiner, aussi limités soient-ils, soulèvent beaucoup de questions. Tout d'abord, on pourrait nous objecter de confondre la question de savoir si un type de conduite doit être interdit avec celle de savoir si sa répression est justifiée. Réponse à cette objection : nous ne confondons pas ces deux questions, puisqu'on peut soutenir que la répression d'un type de conduite n'est pas justifiée bien qu'il doive être interdit. Hart donne l'exemple du droit international. Ses règles sont obligatoires : il existe une pression générale qui pousse à s'y conformer, des revendications se fondent sur elles, leur violation est considérée comme justifiant des mesures de rétorsion. Toutefois, elles ne doivent pas être assorties de sanctions organisées d'une manière centralisée, parce que « l'organisation et la mise en œuvre de sanctions peut comporter des risques terribles » comme des guerres et « leur menace n'ajoute que peu de chose aux moyens préventifs naturels¹⁰⁵ ».

102 R. Girard, *La violence et le sacré*, Paris : Bernard Grasset, 1972, p. 31.

103 J. Diamond, *Le monde jusqu'à hier : ce que nous apprennent les sociétés traditionnelles*, op. cit., p. 221.

104 « Hart never took the time to explain his assumptions about state monopoly on criminal punishment [...]. » (M. Thorburn, « The Radical Orthodoxy of Hart's *Punishment and Responsibility* », in M.D. Dubber (éd.), *Foundational Texts In Modern Criminal Law*, Oxford : Oxford University Press, 2014, p. 294.)

105 CL, trad. fr., p. 237.

On pourrait également nous objecter qu'il est très difficile de quantifier le mal causé par la peine et celui causé par l'absence de répression (en vue de les comparer). Il s'agit d'une des difficultés classiques de l'utilitarisme. Cette difficulté est également rencontrée par le droit en cas d'état de nécessité : « En pratique, la comparaison de la valeur respective des intérêts est souvent délicate, surtout lorsque ces intérêts sont de nature différente¹⁰⁶ [...] » Cependant, on pourrait répondre que nous faisons ce genre de calcul très souvent au quotidien sans rencontrer de difficulté majeure. Par exemple, comme Hart l'explique, on ne peut pas dire que quelqu'un est *obligé* de faire quelque chose si le mal dont on le menace est insignifiant en comparaison des conséquences graves que l'exécution des ordres entraînera : notre utilisation de l'expression « être obligé » repose sur des *common judgments of comparative harm*¹⁰⁷. En outre, les sciences sociales deviennent de plus en plus précises, nous avons de plus en plus de données chiffrées, ce qui nous aide à accomplir ce genre d'estimation.

On pourrait objecter que les conséquences de la peine sont infinies : on ne peut pas savoir quel est le mal que la peine cause. La réponse de Hart est qu'on ne doit pas confondre les *conséquences* d'une action avec l'ensemble des événements ultérieurs à cette action :

L'affirmation utilitariste selon laquelle la rectitude d'une action dépend de ses conséquences n'est pas la même que l'affirmation selon laquelle elle dépend de tous les événements ultérieurs qui n'auraient pas eu lieu si l'action n'avait pas été accomplie, événements auxquels, en effet, « aucune limite ne peut être fixée ». [...] Le fait est que, même si nous le pouvions, nous ne pensons pas de cette manière en établissant des liens entre les actions humaines et les événements. Au lieu de cela, chaque fois que nous sommes concernés par de tels liens [...] nous employons un ensemble de concepts qui restreignent de diverses manières ce qui compte pour une conséquence. Ces restrictions colorent toute notre pensée causale¹⁰⁸ [...].

Enfin, on pourrait objecter que nos comparaisons sont sous-spécifiées. Par exemple, la répression des infractions au code de la route empêche sans doute un mal plus grand que celui qu'elle cause *lorsque des amendes sont utilisées* (et dans ce cas, elle est *peut-être* justifiée),

106 R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, op. cit., n° 403, p. 454.

107 CL, trad. fr., p. 102-103.

108 CIL, p. 69-70.

mais pas *lorsque la peine de mort est utilisée*¹⁰⁹ (et dans ce cas, elle n'est pas justifiée). On pourrait répondre que dans les exemples que nous avons utilisés ci-dessus, nous sommes partis du principe que la peine utilisée était la peine habituelle. Comme l'écrit Hart dans un autre contexte : « Nous devons commencer quelque part et, en pratique, le point de départ risque de n'être que la peine traditionnelle ou habituelle¹¹⁰. »

d) Remarque sur les mécanismes de prévention

Dans les sous-parties précédentes, nous n'avons jamais affirmé que la peine était dissuasive ou qu'elle était un moyen de dissuasion. À vrai dire, nous ne nous sommes pas prononcés sur la question de savoir *comment* ou *par quels mécanismes* la peine prévient les infractions¹¹¹. On doit soigneusement distinguer la question de savoir si la répression de telle ou telle infraction empêche un mal plus grand que celui qu'elle cause et la question de savoir par quels mécanismes la peine prévient les infractions (ou empêche tel ou tel mal). Voici comment Hart résume le point de vue Bentham sur cette deuxième question :

Le principal moyen de prévention est la menace de punir que la loi fait peser sur la volonté de ceux qui sont tentés d'enfreindre la loi, renforcée par l'exemple des peines infligées aux infracteurs avérés ; les peines infligées sont censées agir sur ces derniers soit en influençant leur volonté de sorte qu'ils ne récidivent pas, soit en les neutralisant pendant une période plus ou moins longue. Bentham présente donc la peine comme agissant principalement par la peur (en tant que moyen de dissuasion générale et individuelle), mais il insiste beaucoup sur l'importance primordiale de la dissuasion générale et sur la force de l'exemple, bien qu'il permette aussi que la peine infligée, en marquant d'ignominie une infraction de façon publique et mémorable, agisse parfois comme une « leçon morale » qui inspire au public une aversion pour les mauvaises habitudes et dispositions et renforce et inculque les bonnes¹¹².

109 « Why not employ torture if that would effectively stop, e.g., parking offences ; or at any rate why not employ a punishment immeasurably more severe than we normally contemplate for this type of offence ? » (PR, p. 76.)

110 PR, p. 162.

111 On trouve une trace de cette distinction chez Hart, par exemple ici : « any theory of punishment purporting to be relevant to a modern system of criminal law must allot an important place to the Utilitarian conception that the institution of criminal punishment is to be justified as a method of preventing harmful crime, *even if the mechanism of prevention is fear rather than the reinforcement of moral inhibition.* » (PR, p. 235-236, nos italiques.) Ou encore ici : « It is, however, a further complexity in these theories that the function of punishment, or rather *the mechanism by which punishment operates* in preserving a social morality from malignant change, differs as between Durkheim and Lord Devlin. » (EJP, p. 256, nos italiques.) Voir aussi D.E. Scheid, « Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 10, n° 2, 1997, p. 454.

112 H.L.A Hart, « Bentham's Principle of Utility and Theory of Penal Law », *art. cit.*, p. civ.

Peut-être que Bentham avait raison, peut-être qu'il avait tort. Peut-on qu'on peut ajouter à sa liste d'autres mécanismes (et nous verrons bientôt que Hart en reconnaît d'autres). Toutefois, la seule chose que nous avons besoin de savoir *à ce stade* est si la peine empêche un mal plus grand que celui qu'elle cause, *quel que soit le mécanisme par lequel elle y parvient*¹¹³. Deux chercheurs peuvent très bien s'accorder sur le fait que la répression de la conduite en état d'ivresse a contribué à faire baisser le nombre de morts sur les routes et pourtant être en désaccord sur les mécanismes par lesquels elle y a contribué (de la même façon que deux médecins peuvent s'accorder sur le fait qu'un traitement a aidé un patient et être en désaccord sur les mécanismes par lesquels il l'a aidé).

C'est une erreur, selon nous, de qualifier la justification benthamienne de « justification dissuasiviste » : d'une part, la répression de telle ou telle infraction peut avoir un certain effet dissuasif sans pour autant être justifiée ; d'autre part, la dissuasion n'est pas le seul mécanisme de prévention reconnu par Bentham.

3. La peine est-elle un mal nécessaire ?

Si on parvient à démontrer que la répression de tel ou tel type de comportement empêche un mal plus grand que celui qu'elle cause, on n'a fait que la moitié du travail. En effet, il reste à démontrer qu'on ne peut pas atteindre le même résultat à moindre coût (ou atteindre de meilleurs résultats avec des coûts identiques), autrement dit que la peine est nécessaire¹¹⁴.

À la fin du *Concept de droit*, Hart soutient que les sanctions organisées sont une « nécessité naturelle » :

il nous est nécessaire d'apercevoir la place que doivent occuper des sanctions à l'intérieur d'un système national, pour pouvoir servir les projets minimaux d'êtres constitués comme le sont les hommes. Sur base des faits et des buts naturels, qui rendent à la fois possibles et nécessaires des sanctions au sein d'un système national, nous pouvons dire qu'il s'agit d'une *nécessité naturelle* ; et une expression du même type s'impose aussi quand il s'agit de faire

113 Voir D.E. Scheid, « Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments », *art. cit.*, p. 453-455. Aussi J. Gardner, « Introduction », in *PR*, p. xiii.

114 D. Golash, *The Case against Punishment : Retribution, Crime Prevention, and the Law*, New York, Londres : New York University Press, 2005, p. 38-39.

comprendre le statut que possèdent les formes minimales de protection des personnes, de la propriété et des promesses qui sont également des composantes indispensables du droit national¹¹⁵.

il existe dans un système national, comme nous l'avons souligné nous-mêmes, certaines dispositions que l'on appelle à juste titre nécessaires ; parmi celles-ci, l'on compte des règles primaires d'obligation, interdisant le libre usage de la violence, et des règles relatives à l'usage public de la force en vue de sanctionner les premières ainsi que d'autres règles. Si de telles règles et de telles sanctions organisées à leur appui sont, en ce sens, nécessaires pour le droit national, ne le sont-elles pas également pour le droit international ? [...] Dans les sociétés qui se composent d'individus, approximativement égaux en force physique et en vulnérabilité, les sanctions physiques sont à la fois nécessaires et possibles. [...] Mais, comme précisément les truismes élémentaires qui valent pour les individus ne valent pas pour les États, et que l'arrière-plan factuel du droit international est si différent de celui du droit national, il n'existe ni une nécessité naturelle de l'assortir de sanctions (quel que soit le désir de voir le droit international recevoir leur appui) ni des chances identiques qu'elles soient utilisées de manière sûre et efficace¹¹⁶.

Pourquoi les sanctions organisées sont-elles, selon Hart, une nécessité naturelle ? En raison d'un certain nombre de truismes sur la nature humaine. Les êtres humains ont une force de volonté limitée : « Tous sont tentés à certains moments de préférer leurs propres avantages immédiats et, en l'absence d'un organe spécial chargé de les découvrir et de les punir, un grand nombre succomberait à la tentation¹¹⁷. » Les êtres humains ne sont pas des démons, mais ne sont pas non plus des anges¹¹⁸ ; il y en aura toujours qui tenteront de bénéficier des avantages du système sans en respecter les règles. Le problème, selon Hart, est qu'« aucun moyen naturel préventif purement naturel ne saurait, si ce n'est dans les formes les plus élémentaires de société, se révéler suffisant pour retenir ceux qui sont trop mauvais, trop stupides ou trop faibles pour obéir à la règle de droit¹¹⁹ ». La pression sociale est insuffisante.

Nécessité naturelle veut bien sûr dire que si la nature humaine était différente, si les hommes

115 *CL*, trad. fr., p. 217.

116 *CL*, trad. fr., p. 236-237. Voir également : « We must start, of course, with *the need for criminal law and its sanctions* as at least some check on behaviour that threatens society. » (*PR*, p. 46, mes italiques.)

117 *CL*, trad. fr., p. 215.

118 *CL*, trad. fr., p. 214.

119 *CL*, trad. fr., p. 236. Voir aussi : « It seems clear, however, that social morality left to itself could not provide adequately for the fundamental needs of social life, save in the simplest forms of society. » (*EJP*, p. 113.)

étaient des anges, cette nécessité disparaîtrait¹²⁰. La thèse de la nécessité naturelle a été reprise et approfondie par Schauer dans *The Force of Law*. Il y soutient qu'un droit dépourvu de sanction est certes une possibilité théorique, mais ne peut pas être une réalité empirique : « tout système juridique existant semble reconnaître la nécessité de contraindre d'une manière ou d'une autre à l'obéissance à la loi¹²¹. »

Selon nous, la thèse de la nécessité naturelle peut être remise en question. On peut reprocher à Hart de ne pas avoir suffisamment pris au sérieux les *alternatives* à la peine telles que la thérapie, la réhabilitation, la réparation ou encore la récompense. Examinons-les successivement.

a) La thérapie

La première alternative que nous examinerons est la thérapie. Dans « Legal Responsibility and Excuses », Hart écrit :

De Platon à nos jours, on a constamment insisté sur le fait que si nous étions rationnels, nous regarderions toujours le crime comme une maladie et nous nous attaquerions à sa guérison. Nous le ferions non seulement lorsqu'un crime a effectivement été commis, mais aussi lorsque nous avons des preuves tangibles qu'il le sera. Nous considérerions et traiterions l'individu comme un patient avant que l'acte ne soit accompli¹²².

Il est vrai que dans le *Gorgias*, Platon affirme que si un individu commet une injustice, il faut « éviter que la maladie de l'injustice ne devienne chronique, qu'elle n'affecte l'âme et ne la rende incurable¹²³ ». Cependant, Platon ne défend pas une *alternative* à la peine, mais seulement une *justification alternative* de la peine. Selon lui, le but de la peine est de guérir (l'âme de) l'auteur d'une injustice. Ce dernier doit courir de son plein gré chez le juge comme il irait chez le médecin. Selon Platon, la peine ne peut être justifiée que si elle est infligée pour le *bien* des condamnés, car on ne doit *jamais* rendre le mal pour le mal ou faire du tort à quelqu'un¹²⁴.

120 N. McCormick, *H.L.A. Hart*, Stanford : Stanford University Press, 2008, p. 171.

121 F. Schauer, *The Force of Law*, Cambridge : Harvard University Press, 2015, p. 93.

122 *PR*, p. 51.

123 Platon, *Gorgias*, trad. M. Canto-Sperber, in *Œuvres Complètes*, Paris : Flammarion, 2011, 480a, p. 455.

124 Platon, *Criton*, trad. L. Brisson, in *Œuvres Complètes*, Paris : Flammarion, 2011, 49a-e, p. 279-280.

Le point de vue abolitionniste selon lequel le crime est une maladie qui doit être soignée à l'aide d'instruments *non punitifs* a été défendue notamment par Menninger dans un article intitulé « Verdict Guilty – Now What ? » publié en 1959, soit la même année que « Prolegomenon to the Principles of Punishment » de Hart.

Menninger ne s'intéresse pas à toutes les infractions. Il ne s'intéresse pas aux excès de vitesse, aux *mala prohibita*, mais seulement aux actes passibles d'emprisonnement tels que le viol, le braquage de banque, le détournement de chèques, le vandalisme, etc.¹²⁵ Selon Menninger, les criminels qui commettent de tels actes souffrent de *borderline self-control*. Ce sont souvent des enfants mal-aimés, qui n'ont pas eu l'affection et l'attention dont ils avaient besoin¹²⁶. Ils savent que ces actes sont condamnables, ils savent qu'ils prennent un risque en les commettant, mais ils traversent des phases de découragement, de cupidité, d'excitation, de ressentiment qui les conduisent à des comportements antisociaux. Dans certains cas, le crime est un simple accident ou une simple pulsion due à un stress insupportable. Le plus souvent, le criminel est un individu pervers (au sens psychiatrique du terme), esseulé et plein de ressentiment¹²⁷ ; un individu déséquilibré et frustré¹²⁸.

Pour Menninger, la prison n'est pas la bonne solution. Il faudrait, selon lui, placer les criminels en détention à durée indéterminée et les libérer uniquement lorsqu'une équipe médicale les jugera aptes à réintégrer la société. Pendant leur détention, des experts en science du comportement examineraient leur personnalité et leur imposeraient un *traitement* adapté (psychothérapie, rééducation *intra muros* ou *extra muros*, etc.). Si un criminel n'est pas guérissable, on doit le garder indéfiniment en détention, afin de protéger la société¹²⁹. On n'a pas le droit de le tuer, de la même façon qu'un médecin n'a pas le droit de tuer un de ses patients, même s'il est incurable¹³⁰. Comme il le résume :

Le savoir, c'est le pouvoir, et grâce au pouvoir nous n'avons plus besoin de la vengeance effrayée de l'ancienne pénologie. À la place de celle-ci, nous devons évoluer vers un

125 K. Menninger, « Verdict Guilty – Now What ? », in R.M. Baird, S.E. Rosenbaum (éd.), *Punishment and the Death Penalty : The Current Debate*, Amherst : Prometheus Books, 1995, p. 42.

126 K. Menninger, « Verdict Guilty – Now What ? », *art. cit.*, p. 42.

127 K. Menninger, « Verdict Guilty – Now What ? », *art. cit.*, p. 43.

128 K. Menninger, « Verdict Guilty – Now What ? », *art. cit.*, p. 45.

129 K. Menninger, « Verdict Guilty – Now What ? », *art. cit.*, p. 44-45.

130 K. Menninger, « Verdict Guilty – Now What ? », *art. cit.*, p. 48.

programme doux, digne, thérapeutique dédié à la réhabilitation des désorganisés, à la protection si possible de la société durant leur période de traitement et à leur retour accompagné à la citoyenneté utile, aussitôt que possible¹³¹.

Hart n'essaye pas de réfuter le point de vue selon lequel la thérapie doit remplacer la peine, bien qu'il le rejette. Il souligne simplement que, dans cette perspective, les controverses traditionnelles sur la peine n'ont aucun sens :

Bien sûr, la distinction qui vient d'être soulignée entre (1) une justification utilitariste de la peine tempérée par la reconnaissance de la revendication de l'individu innocent de ne pas être sacrifié à la société, et (2) une « théorie » franchement rétributiviste dans laquelle la peine est justifiée simplement comme une réponse au mal moral, ne peut être qu'insignifiante si le crime est considéré (comme c'est le cas chez certains penseurs contemporains) toujours et uniquement comme une maladie, avec pour corollaire qu'il devrait être traité toujours et uniquement par des remèdes ou des mesures préventives. De ce point de vue, un utilitarisme tempéré par le principe selon lequel il est juste de punir seulement ceux qui ont volontairement enfreint la loi est aussi absurde qu'une théorie soutenant, comme le rétributivisme extrême, que la justification de la peine est simplement de faire correspondre le mal passé de la mauvaise conduite avec la douleur de la souffrance. En effet, la notion d'équité ou de justice serait presque insensée dans le contexte de cette position, car il doit être absurde de soutenir qu'il est juste ou équitable de punir ceux qui ont enfreint la loi si le crime est seulement la manifestation d'une maladie¹³².

Toutefois, la thèse de Menninger, contrairement aux apparences, n'est pas si subversive que cela. En effet, presque tous les systèmes juridiques considèrent que ceux qui souffrent d'une maladie mentale les privant de discernement ou de contrôle sur leurs actes ne doivent pas être punis, mais soignés dans des institutions médicales spécialisées. La principale différence entre Menninger et le droit se situe au niveau de leurs *postulats anthropologiques* : Menninger part du principe que la plupart des criminels sont malades, tandis que le droit part du principe que la plupart des criminels *ne* sont *pas* malades ; pour Menninger, la maladie est la norme, pour le droit, c'est l'exception. Qu'en est-il réellement ?

Dans une importante étude résumant l'ensemble de la littérature scientifique publiée entre

131 K. Menninger, « Verdict Guilty – Now What ? », *art. cit.*, p. 49.

132 *PR*, p. 81-82.

1990 et 2005 sur la question de savoir si les malades mentaux représentent, pour la sécurité du public, un groupe plus dangereux que la population générale, Dubreucq, Joyal et Millaud rappellent que le nombre absolu d'actes violents attribuables aux malades mentaux est *très faible*. Comme ils l'écrivent :

On estime généralement entre 3 et 5 % la part de la violence attribuable aux troubles psychiatriques dans la société. Ce qui veut dire que si l'on était en mesure d'éradiquer la violence due aux malades mentaux, 95 à 97 % des actes de violence continueraient d'être perpétrés. Ainsi, les mesures à prendre pour mieux soigner ces patients à risque de violence seront insuffisantes pour améliorer la sécurité publique d'une façon substantielle¹³³.

En outre, de nombreux criminels considèrent qu'ils ne sont pas malades. Ils ne comprennent pas pourquoi on leur impose des thérapies. Pour eux, le crime est un choix. Il n'est pas synonyme de souffrance ou de vie au ralenti. Au contraire, il signifie plaisir, profit, liberté ; il représente la vie à son plus haut niveau d'intensité¹³⁴.

Enfin, si la plupart des criminels étaient malades, les traitements devraient réduire la récidive plus efficacement que les peines. Est-ce le cas ? En ce qui concerne les psychothérapies, de nombreuses études ont montré qu'elles étaient sans effet¹³⁵ : « Quand une forme quelconque de psychothérapie est pratiquée dans le cadre d'une intervention pénale, elle ne fait pas baisser de façon significative le niveau de récidive auquel on aurait pu s'attendre si les sujets n'avaient pas été traités¹³⁶. »

Ainsi, la première prémisse du raisonnement de Menninger est fausse. Cependant, admettons qu'elle soit vraie et qu'on substitue la thérapie à la peine. Dans ce cas, on ne ferait que *déplacer* la répression au lieu de la supprimer, en raison de ce que Cusson nomme « la loi de survivance des peines » et qu'il formule ainsi : « Tout programme durable de traitement des délinquants comporte des éléments punitifs, généralement occultes, que tous les efforts ne réussissent pas à résorber¹³⁷. » Par exemple, si le patient, lors de son traitement, commet une

133 J.-L. Dubreucq, C. Joyal, F. Millaud, « Risque de violence et troubles mentaux graves », *Annales Médico Psychologiques*, vol. 163, 2005, p. 854.

134 M. Cusson, *Le contrôle social du crime*, Paris : P.U.F., 1983, p. 65-66.

135 R. Gassin, S. Cimamonti, P. Bonfils, *Criminologie*, 7^e édition, Paris : Dalloz, 2011, n° 833, p. 738.

136 M. Cusson, *Le contrôle social du crime*, *op. cit.*, p. 41.

137 M. Cusson, *Le contrôle social du crime*, *op. cit.*, p. 77. Sur ce point, même constat d'Ansel : « Aussi bien ne peut-on ignorer que la plupart des mesures de remplacement proposées à la place des courtes peines de prison consistent en une série d'obligations ou d'interdictions imposées au délinquant traité désormais en cure libre.

faute (agression, indiscipline, évasion, etc.), il sera isolé dans un cachot, perdra son droit de circuler librement ou de sortir, prolongera son séjour, etc.¹³⁸

b) La réhabilitation

La deuxième alternative que nous examinerons est la réhabilitation ou ce que Hart appelle la « réforme » (*reform*). Selon Hart, il s'agit d'un objectif assez flou :

La « réforme » est certainement un objectif très vague ; elle englobe désormais tout renforcement, produit intentionnellement par un effort humain plutôt que par la peur de la peine, de la disposition et de la capacité de l'infracteur à respecter la loi. Les méthodes de réforme comprennent l'incitation à la repentance, la reconnaissance de la culpabilité morale, la prise de conscience de ce qu'est la société et de ses exigences, l'éducation au sens large, la formation professionnelle et le traitement psychologique¹³⁹.

Toutefois, elle repose sur au moins trois postulats¹⁴⁰ : 1° le respect de la loi est le fruit d'une socialisation de l'individu et de son adaptation à la vie en société ; 2° la délinquance résulte d'une socialisation ou d'une adaptation insuffisante ou manquée ; 3° on peut remédier à cette carence grâce à une action de resocialisation ou de réadaptation sociale.

Dans cette sous-partie, nous distinguerons plus strictement que Hart la réhabilitation et la thérapie : même s'il s'agit dans les deux cas de *mesures contraignantes*, la réhabilitation se fonde sur une socialisation ou une adaptation insuffisante ou manquée, alors que la thérapie se fonde sur l'existence d'une maladie, d'une pathologie, d'un trouble mental, etc. Elles répondent à des besoins différents.

Hart a assisté à l'apogée de l'idéal réhabilitatif (*the rehabilitative ideal*), pour reprendre

Or, les interdictions d'exercer telle activité ou de fréquenter tels lieux déterminés [...] doivent nécessairement être assorties de sanctions en cas de violation constatée. Ni la probation ni l'amende ne peuvent toujours suffire, si bien que force sera, en définitive, et en quelque sorte au second degré (après échec de la mesure non privative de liberté), d'en revenir à la sanction punitive et, pratiquement, à la peine de prison. » (M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 2^e édition, Paris : Cujas, 1966, p. 224-225.)

138 « Pendant longtemps, toutes les punitions étaient considérées comme des techniques de soin et l'asile, même devenu hôpital psychiatrique, unissait ces deux finalités en donnant plutôt la préférence à la sauvegarde de l'ordre. Les cages tournantes n'ont disparu qu'à la fin du XX^e siècle, les douches et la camisole étaient encore couramment utilisées dans les années 1950, quant aux cellules d'isolement, elles existent encore. » (S. Tomkiewicz, « Punition et soin », *Sud/Nord*, vol. 20, n° 1, 2005, p. 184-185.)

139 *PR*, p. 26.

140 R. Gassin, S. Cimamonti, P. Bonfils, *Criminologie*, op. cit., n° 823, p. 733.

l'expression de F.A. Allen¹⁴¹. En effet, même si le développement de cet idéal a commencé vers la fin du XIX^e siècle, il s'est accentué pendant l'après-guerre. D'une part, en raison des progrès de l'humanitarisme et des droits de l'homme. D'autre part, en raison de l'avènement de l'État-providence dont la fonction est d'assurer le bien-être des citoyens¹⁴².

La réhabilitation peut être envisagée de trois manières : premièrement, elle peut être envisagée comme l'*objectif* de la peine ; deuxièmement, elle peut être envisagée comme un *complément* à la peine (en particulier, comme un aménagement de la peine de prison) ; troisièmement, elle peut être envisagée comme une *alternative* à la peine. Ce qui nous intéresse ici est la troisième possibilité, mais nous nous arrêterons brièvement sur les deux premières.

Pour Hart, la réhabilitation ne peut pas et ne doit pas être l'objectif principal de la peine : « C'est un idéal possible, mais pas un idéal pour la peine¹⁴³. » Premièrement, il est peu probable que l'expérience de la peine puisse, *à elle seule*, réhabiliter les personnes punies, compte tenu de sa brutalité. Ce qui réhabilite, ce n'est pas la peine, mais les programmes de réhabilitation qui l'accompagnent. Deuxièmement, on ne doit pas « subordonner la prévention des premières infractions à la prévention de la récidive¹⁴⁴ ». En effet, si on a le choix entre deux peines, on doit préférer celle qui est *plus dissuasive mais moins réhabilitatrice* à celle qui est *plus réhabilitatrice mais moins dissuasive*, puisqu'on prévient de ce fait une plus grande quantité d'infractions. Il vaut mieux une baisse significative du nombre total de cambriolages mais une hausse de la récidive des cambrioleurs, qu'une baisse significative de la récidive des cambrioleurs mais une hausse du nombre total de cambriolages. Comme Hart l'affirme, « il serait en effet socialement dommageable de subordonner toutes les autres considérations à celle de la réforme¹⁴⁵ ».

141 F.A. Allen, « Criminal Justice, Legal Values and the Rehabilitative Ideal », *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 50, n° 3, p. 226-232.

142 R. Gassin, S. Cimamonti, P. Bonfils, *Criminologie*, op. cit., n° 824, p. 733. Voir dans ce sens : « And after the Second World War, particularly in countries like Britain and the United States, a distinctive form of penal welfarism – widely known as the rehabilitative ideal – established itself as a central rationale for state punishment. Punishment was justified by appeal to its potentially rehabilitative consequences ; and the variety of ameliorative and even therapeutic programmes and “treatments” burgeoned. » (N. Lacey, H. Pickard, « The Chimera of Proportionality : Institutionalising Limits on Punishment in Contemporary Social and Political Systems », *The Modern Law Review*, vol. 78, n° 2, p. 224.)

143 PR, p. 26.

144 PR, p. 27.

145 PR, p. 240.

La position de Hart est, semble-t-il, que l'objectif de réhabilitation doit être poursuivi au sein des prisons via divers programmes de réhabilitation : « La seule place que la réforme peut avoir au sein du système pénal consiste à exploiter les possibilités offertes par la condamnation ou la détention obligatoire des infracteurs¹⁴⁶. » Concrètement, cela signifie que des formations professionnelles ou des cours doivent être donnés à tous les prisonniers pour faciliter leur réinsertion et prévenir leur récidive.

Mais la question qui nous intéresse ici est de savoir si la réhabilitation pourrait être une *alternative* à la peine.

Lorsque les infracteurs n'ont pas besoin d'être réhabilités, par exemple « lorsque l'infraction juridique n'est pas une infraction morale grave : par exemple, enfreindre un monopole d'État sur les transports¹⁴⁷ », substituer la réhabilitation à la peine serait inapproprié. Mais serait-ce inapproprié lorsque les infracteurs ont effectivement besoin d'être réhabilités, lorsqu'ils sont désocialisés et que leur désocialisation est à l'origine de leur délinquance ? Étant donné « la futilité et même le caractère nocif de la plupart des peines traditionnelle¹⁴⁸ », substituer la réhabilitation à la peine permettrait de réduire la récidive à moindre coût et plus efficacement. De plus, comme l'explique Golash, de nombreuses études ont montré que les programmes de réhabilitation sont en général moins efficaces dans les institutions que dans la communauté¹⁴⁹.

On pourrait objecter que cette alternative n'est pas assez dissuasive, qu'elle est une incitation à enfreindre la loi¹⁵⁰. Toutefois, Hart concède à Wootton que nous ne savons quasiment rien de la dissuasion générale¹⁵¹. De plus, comme Hart le remarque, une mesure de réhabilitation, en raison de son caractère contraignant, n'est pas nécessairement moins aversive qu'une peine : « C'est ainsi qu'il est désormais prévu par la loi qu'un jeune délinquant peut être envoyé dans une maison de correction (*borstal training*) pour une durée allant jusqu'à trois ans, bien que sa dernière infraction soit punissable d'une peine maximale d'un an¹⁵². »

146 PR, p. 26.

147 PR, p. 26.

148 PR, p. 26.

149 D. Golash, *The Case against Punishment : Retribution, Crime Prevention, and the Law*, op. cit., p. 38.

150 C'est ce que Boonin appelle la « insufficient deterrence objection » in *The Problem of Punishment*, Cambridge : Cambridge University Press, 2008, p. 264.

151 PR, p. 241.

152 PR, p. 167.

On pourrait également objecter que cette alternative est injuste, puisque des cas semblables ne seront pas traités de la même façon : pour une même infraction, un infracteur sera puni, l'autre sera réhabilité. Toutefois, si un infracteur a *besoin* d'être réhabilité et l'autre n'en a pas besoin, il y a une différence pertinente entre eux, leurs cas ne sont pas semblables. (Nous reviendrons sur ce point dans le chapitre 4 sur le système préventif de Wootton.) De plus, Hart soutient que le principe de justice formelle doit avoir une place subordonnée¹⁵³.

On pourrait enfin objecter que la réhabilitation ne fonctionne pas, qu'elle est inefficace. Il s'agit d'un débat criminologique que nous ne sommes pas en mesure de trancher et sur lequel il convient d'être très prudent. Le problème des études évaluatives est qu'elles portent quasiment toutes sur les programmes de réinsertion *dans le cadre d'une sanction pénale*¹⁵⁴. En outre, s'il a longtemps été affirmé que ces programmes n'avaient aucun effet (le fameux « effet zéro » ou *nothing works* de Martinson), des études plus récentes affirment exactement le contraire sous certaines conditions¹⁵⁵.

c) La réparation

La troisième alternative que nous examinerons est la réparation. Pour présenter cette alternative, nous nous appuierons principalement sur un article de Barnett, « La restitution : un nouveau paradigme de la justice criminelle¹⁵⁶ », et sur un livre de Boonin approfondissant les idées de Barnett, *The Problem of Punishment*¹⁵⁷.

Barnett reprend à Kuhn son concept de paradigme et considère que le paradigme de la peine est en crise pour les raisons suivantes. La prison est extrêmement coûteuse et corrompt les détenus. La peine n'est pas réformatrice, mais brutalisatrice. Rien ne prouve que la peine soit dissuasive et, même si c'était le cas, il est immoral de punir un criminel pour dissuader les autres, car on le traite comme un simple moyen. L'idée selon laquelle il faut rendre le mal pour le mal est un pur non-sens¹⁵⁸. Pour résumer : « La crise du paradigme de la peine a pour

153 *PR*, p. 233.

154 R. Gassin, S. Cimamonti, P. Bonfils, *Criminologie*, *op. cit.*, n° 852, p. 753.

155 R. Gassin, S. Cimamonti, P. Bonfils, *Criminologie*, *op. cit.*, n° 852, p. 754. Voir également F.T. Cullen, « Beyond Nothing Works », *Crime and Justice*, vol. 42, n° 1, 2013, p. 299-376. Ou encore D. Golash, *The Case against Punishment : Retribution, Crime Prevention, and the Law*, *op. cit.*, p. 37.

156 R.E. Barnett, « La restitution : un nouveau paradigme de la justice criminelle », *art. cit.*, p. 73-88.

157 D. Boonin, *The Problem of Punishment*, *op. cit.*, 2008.

158 R.E. Barnett, « La restitution : un nouveau paradigme de la justice criminelle », *art. cit.*, p. 73-79.

origine l'effondrement des piliers sur lesquels elle repose : sa légitimité morale et son efficacité pratique¹⁵⁹. »

Pour toutes ces raisons, la justice doit faire sa révolution, abandonner le paradigme de la peine et adopter le paradigme de la restitution. Selon Barnett, on doit distinguer deux types de restitution : la restitution punitive et la restitution pure. La restitution punitive consiste à « faire payer le criminel » dans les deux sens du terme : le faire souffrir en le forçant à indemniser sa victime. Par exemple, l'infracteur serait condamné à 45 000 euros d'amende qui seront reversés à sa victime. Barnett s'oppose à la restitution punitive, car pour lui il s'agit d'une tentative de sauver le paradigme de la peine¹⁶⁰.

Il défend la restitution pure. Celle-ci ne vise pas la dissuasion, la neutralisation ou la réforme, mais uniquement la réparation. Elle ne cherche pas à faire souffrir l'infracteur pour sa faute, mais seulement à lui faire réparer son erreur. À quoi ressemblerait cette nouvelle justice ?

Lorsqu'un crime se produirait et qu'un suspect serait appréhendé, un tribunal de première instance tâcherait de déterminer s'il est coupable ou innocent. Reconnu coupable, le criminel serait condamné à effectuer une restitution à la victime. S'il en est capable, il pourrait le faire immédiatement. Il se déchargerait ainsi de sa responsabilité. Dans le cas contraire, et si le tribunal l'estime digne de confiance, il serait autorisé à conserver son emploi (ou à en trouver un nouveau) tout en assurant la restitution par ses futurs salaires. Cela entraînerait un titre juridique sur les futurs salaires. Un défaut de paiement pourrait mener à une saisie sur salaire ou à un nouveau type d'emprisonnement. Si le criminel se révèle peu fiable, ou s'il n'est pas capable de trouver un emploi, il serait enfermé dans un centre de travail. Il s'agirait d'une entreprise industrielle, gérée de préférence par des intérêts privés, qui produirait de vrais biens et services¹⁶¹.

Boonin donne une définition plus sophistiquée de la restitution pure. Elle repose sur au moins quatre conditions. Premièrement, l'infracteur doit avoir causé un *préjudice* à sa victime, autrement dit, il doit l'avoir rendue plus mal en point (*made her worse off*). Deuxièmement, l'infracteur doit avoir causé un *préjudice injuste* à sa victime, autrement dit son acte préjudiciable doit être illégal et l'interdiction doit être juste et raisonnable. Troisièmement,

159 R.E. Barnett, « La restitution : un nouveau paradigme de la justice criminelle », *art. cit.*, p. 285.

160 R.E. Barnett, « La restitution : un nouveau paradigme de la justice criminelle », *art. cit.*, p. 79-80.

161 R.E. Barnett, « La restitution : un nouveau paradigme de la justice criminelle », *art. cit.*, p. 81.

l'infracteur doit être *responsable* du préjudice qu'il a injustement causé. Quatrièmement, l'infracteur doit ramener la victime au niveau de bien-être dont elle jouissait légitimement avant l'infraction¹⁶².

Pour Barnett, la restitution pure aurait de nombreux avantages. Premièrement, elle fournirait une aide aux victimes d'une infraction et leur permettrait d'endurer plus facilement la perte subie. Deuxièmement, elle inciterait les victimes à déclarer les infractions à la police et à comparaître au tribunal. Troisièmement, elle faciliterait la réhabilitation des infracteurs et, de ce fait, diminuerait la récidive. Quatrièmement, elle responsabiliserait l'infracteur : « Il serait le maître de son destin et devrait affronter cette responsabilité. Cela encouragerait une activité utile et productive, et inculquerait l'idée de récompense pour un bon comportement et un travail dur¹⁶³. » Cinquièmement, elle soulagerait le contribuable (car les coûts de l'arrestation, de la procédure et de l'incarcération seraient à la charge du criminel) et profiterait à l'économie toute entière. Sixièmement, elle serait dissuasive. Bref, la restitution pure profiterait à tous : à la victime, à l'infracteur et au contribuable.

Hart connaissait cette alternative. En effet, il a écrit une recension de *Justice* de Del Vecchio dans lequel le juriste italien la défend. Voici comment Hart résume sa position :

Le livre se termine par une annexe sur les fondements de la justice pénale qui est pleine de réflexions pénétrantes et humaines. De l'avis de l'auteur, l'application de la notion de justice à une sanction pour un crime et la théorie rétributiviste de la peine qui lui est associée est une erreur née de la confusion primitive entre les notions de réparation et de peine. Il préconise à la place une application étendue des techniques de réhabilitation et un examen plus sérieux de l'exigence de justice selon laquelle le criminel doit, dans la mesure du possible, réparer les dommages qu'il a causés à ses victimes¹⁶⁴.

Le commentaire de Hart est très positif. Il semble avoir été influencé par cette lecture puisqu'il soutient lui aussi que le rétributivisme commet la confusion « primitive » entre la peine et la compensation :

Il ne fait aucun doute que l'on est souvent enclin à traiter la peine comme une compensation et

162 D. Boonin, *The Problem of Punishment*, *op. cit.*, p. 220-224.

163 R.E. Barnett, « La restitution : un nouveau paradigme de la justice criminelle », *art. cit.*, p. 85.

164 H.L.A. Hart, « Justice », *Philosophy*, vol. 28, n° 107, 1953, p. 352.

à la mesurer uniquement en fonction du résultat. Il peut même arriver que la société exige que cela soit fait. Et il ne fait aucun doute que si la machine judiciaire était nullifiée ou ne pouvait pas fonctionner si cette demande n'était pas satisfaite, alors nous pourrions être contraints de la satisfaire et espérer éduquer les gens de sorte qu'ils cessent d'assimiler à tort les principes de la peine à ceux de la compensation. Mais il ne semble pas y avoir de bonne raison d'adopter cette assimilation erronée comme principe¹⁶⁵ [...].

Hart reconnaît par ailleurs que le principe selon lequel selon nous sommes responsables des dommages que nous causons est universel et intuitif : « c'est un principe qui fait immédiatement appel à notre sensibilité morale commune¹⁶⁶. » Toutefois, il ne discute jamais, à notre connaissance, l'idée selon laquelle la réparation doit se substituer à la peine. Cette idée est-elle convaincante ? Comme le demande Barnett : « Qu'est-ce qui nous empêche alors de renverser le paradigme de la peine et son système pénal pour le remplacer par ce système plus efficace, plus humain et plus juste¹⁶⁷ ? »

1° Premier problème, comment faire en cas d'homicide ? Comment dédommager la victime, étant donné que celle-ci est décédée ? La solution de Boonin consiste plus ou moins à revenir

165 *MCL*, p. 53. Voir aussi : « To many people such a theory of punishment seems to confuse punishment with compensation, the amount of which should indeed be fixed in relation to harm done. Even if punishment and compensation were not distinguished in primitive law, many think that this is no excuse for confusing them now. » (*PR*, p. 130-131.) Ou encore : « Other critics still regard [the retributive principle] as a primitive confusion of the principles of punishment with those that should govern the different matter of compensation to be made to the victim of wrongdoing. » (*PR*, p. 235.)

166 *CIL*, p. xxxv. Voir aussi : « That we are responsible, then, for the harm we bring about is a principle that retains a firm hold on our sensibilities. » (*CIL*, p. lxxvii.) Ou encore : « the victim of another's negligence has a moral *right* to have his loss made good by the negligent party, so far as monetary compensation can do this. » (*EJP*, p. 143-144.) Dans *Le concept de droit*, Hart insiste sur le fait que le droit est injuste lorsqu'il refuse de prévoir un dédommagement là où moralement il est dû (*CL*, p. 164).

167 R.E. Barnett, « La restitution : un nouveau paradigme de la justice criminelle », *art. cit.*, p. 86. Signalons que l'alternative réparatrice était déjà défendue au XIX^e siècle par plusieurs auteurs, comme Spencer, Garofalo ou Ferri. Garofalo soutient que, pour une certaine classe de délinquants, l'emprisonnement peut avantageusement être remplacé par la « *coercition à la réparation* » (R. Garofalo, *La criminologie : étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, 2^e édition, Paris : F. Alcan, 1890, p. 263). Selon lui, la réparation doit être totale : le délinquant doit non seulement dédommager la partie lésée en tenant compte des souffrances, des anxiétés, des ennuis qu'elle a supportés ; mais il doit également dédommager l'État, car « la société tout entière souffre moralement du délit est en est matériellement endommagée par les impôts dont l'État doit surcharger la population afin de payer les agents de sûreté publique et les juges » (p. 263). Si le délinquant est insolvable, deux solutions sont envisageables. Premièrement, la retenue sur salaire. Deuxièmement, le travail forcé : « tous ceux qui se montreraient récalcitrants ou ceux qui n'auraient aucun moyen de faire des épargnes, les vagabonds, les fainéants, les gens sans domicile, seraient enrôlés dans une compagnie d'ouvriers pour compte de l'État. Ils travailleraient pour un salaire nominal non inférieur à celui des ouvriers libres ; seulement l'État ne leur en donnerait qu'autant qu'il le jugerait nécessaire pour subvenir à leurs besoins ; le reste serait payé au fur et à mesure à la caisse des amendes qui dédommagerait la partie lésée. » (p. 423.) Pour Garofalo, la coercition à la réparation permettrait d'apaiser plus rapidement le ressentiment de la victime, de soulager le budget de l'État, de réhabiliter les délinquants qui sont démoralisés et abrutis par la prison.

au *wergeld* (« prix de l'homme »). Il donne l'exemple suivant : si Curry tue Larry, il devra 25 millions de dollars (si on suppose que la vie de Larry « vaut » 25 millions de dollars) à ses héritiers (si on suppose que Larry a des héritiers)¹⁶⁸. Mais cette solution pose de nombreux problèmes. Elle laisse la possibilité, semble-t-il, aux milliardaires de « se payer des meurtres ». Rappelons qu'une des raisons pour lesquelles les compositions pécuniaires et le rachat des forfaits ont été abandonnés au Moyen Âge au profit des peines corporelles est qu'ils n'étaient pas assez dissuasifs et ne protégeaient pas suffisamment l'ordre public (même s'ils contenaient la vengeance privée)¹⁶⁹. En outre, cette solution est incompatible avec l'idée, à laquelle nous sommes aujourd'hui très attachés, que l'homme a une valeur absolue, qui ne peut être pesée selon des critères quantitatifs¹⁷⁰.

2° Comment faire lorsque l'infracteur n'a pas causé de dommage ? Dagger distingue quatre cas¹⁷¹. Premièrement, il y a les *victimless crimes*. Leur liste est controversée. Les exemples les plus courants sont la prostitution, la pornographie, l'homosexualité, l'inceste, la consommation de drogues, les jeux d'argent, le blasphème, l'injure à la nation, etc. Nous avons vu précédemment que, pour Hart, la répression de l'homosexualité n'était pas justifiée. Toutefois, Hart soutient dans *Law, Liberty and Morality* qu'une forme de paternalisme (le « paternalisme physique ») pourrait être justifiée, afin de protéger les gens contre le mal physique qu'ils pourraient se faire à eux-mêmes : par exemple, rendre obligatoire le port de la ceinture de sécurité pour le conducteur ou le port du casque pour le motard, interdire la vente de drogues dites « dures » telles que l'héroïne ou la cocaïne, etc.¹⁷² Comme il l'écrit :

le paternalisme – la protection des gens contre eux-mêmes – est une politique parfaitement cohérente. En effet, il semble très étrange, au milieu de XX^e siècle, d'insister sur ce point, puisque le recul du laisser-faire depuis l'époque de Mill est un des lieux communs de l'histoire sociale et les exemples de paternalisme abondent aujourd'hui dans notre droit, civil comme pénal. La vente de drogues ou de stupéfiants, y compris aux adultes, est punissable par le droit pénal, sauf sur prescription médicale, et il semblerait très dogmatique de dire que la création par le droit de cette infraction « n'a qu'une seule explication », à savoir qu'elle vise non pas à protéger les acheteurs potentiels contre eux-mêmes, mais seulement à punir les vendeurs pour leur immoralité. [...] Mill pousse son opposition au paternalisme jusqu'à un point qui,

168 D. Boonin, *The Problem of Punishment*, op. cit., p. 242.

169 J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e édition, Paris : P.U.F., 2014, p. 288.

170 G. Simmel, *Philosophie de l'argent*, trad. S. Cornille, P. Ivernel, 2^e édition, Paris : P.U.F., 2008, p. 451-452.

171 R. Dagger, « Restitution : Pure or Punitive ? », *Criminal Justice Ethics*, vol. 10, n° 2, 1991, p. 30-31.

172 LLM, p. viii-ix.

aujourd'hui, peut nous paraître extravagant. Il donne l'exemple des restrictions sur la vente de drogues et les critique en les qualifiant d'entraves à la liberté de l'acheteur potentiel, plutôt qu'à celle du vendeur. Si nous n'adhérons plus aujourd'hui à cette critique, c'est sans doute en partie en raison d'un déclin général de la croyance selon laquelle les individus connaissent mieux qu'autrui leur propre intérêt, et d'une prise de conscience accrue d'une grande variété de facteurs diminuant le poids à accorder à un choix ou à un consentement apparemment libres. Des choix peuvent être faits ou le consentement peut être donné sans réflexion adéquate ou sans appréciation des conséquences ; ou alors en vue d'assouvir des désirs purement éphémères ; ou dans des situations difficiles dans lesquelles le discernement risque d'être altéré ; ou sous l'empire d'une contrainte psychologique interne ; ou sous des pressions exercées par d'autres personnes d'une nature trop subtile pour être prouvées devant un tribunal. Ce qui est sous-jacent à la crainte extrême de Mill du paternalisme, c'est sans doute une conception de ce qu'est un être humain normal qui, aujourd'hui, ne semble pas correspondre aux faits¹⁷³.

Pour toutes ces infractions, la réparation est impossible, à moins de contraindre l'infracteur à réparer le « tort » qu'il s'est causé à lui-même, ce qui serait totalement absurde¹⁷⁴. Que dois-je réparer si je suis arrêté pour non-port du casque obligatoire à moto ?

Deuxièmement, il y a les *crimes of attempt*. Imaginons qu'un individu entre par effraction pendant la nuit dans la maison de son pire ennemi afin de se venger. Il tente de lui tirer dessus pendant son sommeil, mais son arme s'enraye. Il décide alors de partir, se disant qu'il s'agit certainement d'un coup du sort¹⁷⁵. L'individu n'a causé aucun dommage primaire, aucun dommage secondaire (pour reprendre la distinction de Bentham) : personne n'a été blessé, personne n'a été alarmé. Dans ce cas, la restitution pure ne peut pas, semble-t-il, remplacer la peine. Pour sortir de cette difficulté, Boonin recourt à la notion de « risque de dommage » (*risk of harm*) : l'individu coupable de tentative d'assassinat a causé un dommage à sa victime en l'exposant à un risque et doit, par conséquent, l'indemniser¹⁷⁶. Cette solution, en plus d'être quelque peu incongrue, pose à nouveau de nombreux problèmes. Tout d'abord, certains

173 LLM, p. 31-33. Voir aussi : « I criticized Mill for a too absolute and dogmatic rejection of paternalism, due to excessive confidence in the belief that adult individuals always knew their own interests best and that coercion of an individual in his own interest is always futile. » (LLM, préface de 1981, p. viii.)

174 C'est pourtant la réponse de Boonin à cette objection. Cf. D. Boonin, *The Problem of Punishment*, op. cit., p. 246.

175 D. Boonin, *The Problem of Punishment*, op. cit., p. 250.

176 « it should become clear that even when no one is made aware of the failed attempt, a would-be offender does cause wrongful harm to his intended victim. He does so by exposing his victim to a risk of harm. » (D. Boonin, *The Problem of Punishment*, op. cit., p. 251.)

auteurs considèrent qu'exposer une personne contre son gré à un risque (dont l'existence est certaine) ne compte pas pour un dommage¹⁷⁷. Ensuite, elle ne fonctionne pas pour les infractions dites impossibles, car la victime n'a pas été exposée à un risque, puisque l'infraction était impossible. Enfin, elle ne fonctionne pas non plus pour les tentatives de commettre une infraction sans victime (par exemple, tenter de falsifier une pièce d'identité).

Troisièmement, il y a les *crimes of endangerment*. Dagger donne deux exemples : la conduite en état d'ébriété et le port d'armes. Ils posent les mêmes problèmes que les *crimes of attempt*.

Quatrièmement, il y a les *crimes of unfairness*. Dagger donne l'exemple du non-paiement de l'impôt. Peut-on dire que, dans ce cas, l'État subit un préjudice ? Non, puisque l'impôt est une extorsion à laquelle on a donné un cadre juridique. L'État ne subit pas un préjudice, mais reçoit simplement moins d'argent que ce qu'il prévoyait. Il ne peut pas faire une demande de dommages-intérêts en justice, mais seulement contraindre à nouveau celui qui n'a pas payé à le faire.

3° La restitution pure est inégalitaire. Supposons qu'un milliardaire agresse violemment une victime innocente et qu'un pauvre commette la même infraction causant le même dommage. D'après la théorie de la restitution pure, le milliardaire et le pauvre devront payer les mêmes dommages-intérêts, ce qui est injuste¹⁷⁸. La réponse de Boonin (qui a une saveur particulièrement benthamienne) est que le milliardaire et le pauvre n'ont pas causé le même dommage, car « l'insécurité objective et l'anxiété subjective causée à autrui sera bien plus importante si l'infracteur est riche¹⁷⁹ ». Autrement dit, les dommages secondaires causés par le milliardaire sont plus importants que ceux causés par le pauvre. Par conséquent, il devra payer davantage de dommages-intérêts.

4° La restitution pure est une *pseudo-alternative* à la peine : cela revient au même, c'est peut-être même pire¹⁸⁰. On l'a vu, Barnett propose un « nouveau type d'emprisonnement¹⁸¹ » et

177 S.R. Perry, « Risk, Harm, and Responsibility », in D.G. Owen (éd.), *The Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford : Oxford University Press, 1997, p. 321-346.

178 D. Boonin, *The Problem of Punishment*, op. cit., p. 259.

179 D. Boonin, *The Problem of Punishment*, op. cit., p. 260.

180 Dans ce sens, voir M. Cholbi, « Compulsory Victim Restitution Is Punishment : A Reply to Boonin », *Public Reason 2 (1)*, 2010, p. 85-93.

181 R.E. Barnett, « La restitution : un nouveau paradigme de la justice criminelle », art. cit., p. 81.

l'enfermement dans « un centre de travail¹⁸² » pour ceux qui ne peuvent pas dédommager leurs victimes. Boonin soutient que si un conducteur ivre met en danger les autres conducteurs, il peut être privé de son permis de conduire ou de sa voiture et être contraint de suivre un traitement contre l'alcoolisme pour rétablir le niveau de sécurité ou de bien-être antérieur de ses victimes¹⁸³. Il soutient également qu'un cambrioleur peut « être contraint de porter un dispositif permettant à la police de surveiller sa localisation à n'importe quel moment » ou « faire l'objet d'une surveillance intense » ou « simplement être enfermé¹⁸⁴ » pour ramener ses victimes à leur niveau antérieur de sécurité ou de bien-être. Pour Rothbard, qui soutient une théorie proche, le criminel, idéalement, doit devenir « esclave de sa victime, cette condition de juste esclavage continuant jusqu'à ce qu'il ait réparé le tort causé¹⁸⁵ ». Ainsi, à première vue, on ne voit pas la différence entre la restitution pure et la peine. Ce que Hart affirme au sujet des « mesures individualisées » s'applique au paradigme de la restitution pure : « Il est bon de rappeler que les nouvelles mesures individualisées [...] ne signifiaient pas toujours une peine que les criminels eux-mêmes préféreraient : très souvent, cela signifiait pour eux quelque chose de beaucoup plus long que ce qu'ils obtiendraient avec des juges appliquant les idées approximatives de proportion¹⁸⁶. »

La réponse de Boonin est que les préjudices causés à la personne contrainte à la réparation ne sont pas voulus comme tels mais seulement prévus¹⁸⁷. Hart objecterait que cela ne fait aucune différence morale. Dans « Intention and Punishment », il critique fortement la doctrine catholique du « double effet » selon laquelle il y a une différence morale entre tuer un fœtus pour sauver la mère et sauver la mère à l'aide d'un traitement qui tuera inévitablement le fœtus : dans le premier cas, la mort du fœtus est un moyen pour atteindre une fin, donc

182 R.E. Barnett, « La restitution : un nouveau paradigme de la justice criminelle », *art. cit.*, p. 81.

183 D. Boonin, *The Problem of Punishment*, *op. cit.*, p. 256.

184 D. Boonin, *The Problem of Punishment*, *op. cit.*, p. 232.

185 M. Rothbard, *L'éthique de la liberté*, trad. F. Guillaumat, P. Lemieux, Paris : Les Belles Lettres, 2011, p. 161.

186 *PR*, p. 166. Voir également Gardner : « In some cases, the reparative or restitutionary consequences of a private lawsuit may inflict worse suffering on wrongdoers (albeit only as a side-effect) than would a criminal prosecution and punishment for the same wrong. » (J. Gardner, « Introduction », in *PR*, p. xxxix.) On notera que Mill adressait déjà cette critique à un précurseur de l'abolitionnisme, Thomas Jevons : « The author's substitute for punishment is itself a punishment, though one of the mildest kind. » (J.S. Mill, « On Punishment », in *Collected Works of John Stuart Mill*, vol. 21, Londres : Routledge, 1996, p. 77.) Même chose chez Proal en France à la fin du XIX^e siècle, qui s'oppose à la proposition de Spencer : « Si l'auteur du délit ayant occasionné un préjudice important est un homme âgé, sans profession, [...] le détenir jusqu'à l'entière réparation du préjudice, c'est le détenir à perpétuité. N'y a-t-il pas contradiction à prétendre que la réparation est le seul but de la justice pénale et à proposer un système qui aboutit à une détention prolongée et perpétuelle, même pour des délits peu graves ? Est-ce que cette détention n'est pas une peine et une peine exorbitante ? » (L. Proal, *Le crime et la peine*, 2^e édition, Paris : F. Alcan, 1894, p. 483.)

187 D. Boonin, *The Problem of Punishment*, *op. cit.*, p. 233-234.

l'action est illicite ; dans le second cas, la mort du fœtus est un dommage collatéral prévu, donc l'action est licite. Hart soutient que cela n'a aucun sens puisque les conséquences sont les mêmes :

Les différences entre ces cas sont des différences de structure causale permettant d'appliquer différentes distinctions verbales. Il ne semble pas y avoir de différence morale pertinente entre eux, quelle que soit notre théorie morale. Il est parfaitement vrai que les cas interdits par la doctrine catholique peuvent être correctement décrits comme des cas de meurtre intentionnel (tuer intentionnellement le mourant pour mettre un terme à sa douleur, tuer intentionnellement l'enfant à naître pour sauver la mère), tandis que ceux autorisés par la doctrine sont naturellement décrits comme des cas où on « cause la mort sciemment ». Mais ni ces différences verbales ni les différences au niveau de la structure causale ne sont corrélées à des facteurs moraux. [...] Il semble que l'utilisation de la distinction entre intention directe et intention oblique pour tracer la ligne, comme le fait la doctrine catholique, entre ce qui est un péché et ce qui ne l'est pas, dans les cas où le but ultime est le même, ne peut s'expliquer que par une conception légaliste de la morale¹⁸⁸ [...].

Une autre réponse possible consisterait à dire que cela fait une différence morale, mais qu'elle est mineure. Tuer intentionnellement est plus grave sur « une échelle de gravité de sens commun¹⁸⁹ » que tuer sciemment, mais l'un et l'autre sont très graves. Nous pouvons trouver un juste milieu entre l'opinion radicale de Hart selon laquelle il n'y a pas de différence moralement pertinente entre les deux cas et la doctrine catholique selon laquelle la différence est une différence entre ce qui est licite et ce qui ne l'est pas. C'est peut-être d'ailleurs la véritable position de Hart, puisqu'il écrit :

Mais lorsque le stade de la déclaration de culpabilité dans une procédure pénale est passé et que la question de la sévérité de la peine à infliger au criminel se pose, le point précédemment négligé devient souvent pertinent. À ce stade, on peut distinguer l'homme qui a agi dans un certain but et celui qui a agi en prévoyant simplement que certaines conséquences se produiraient¹⁹⁰.

188 *PR*, p. 124-125.

189 *PR*, p. 25.

190 *EJP*, p. 98. Voir aussi : « showing that the damage was not intentional, but the upshot of thoughtlessness or carelessness, has its relevance as a mitigating factor affecting the quantum of blame or punishment. » (*PR*, p. 136.)

Pourquoi considère-t-on qu'il y a une différence de gravité ? Hart tente une explication intéressante : peut-être que lorsque les conséquences sont voulues, au lieu d'être simplement prévues, on a l'impression d'une « souillure de l'agent » : « sa volonté est ainsi identifiée à un but mauvais et elle est en quelque sorte moralement pire que la volonté de celui qui, dans la poursuite du même but, fait quelque chose qui, comme l'agent le réalise, rend la mort inévitable en tant qu'effet collatéral¹⁹¹. » Une autre explication est également possible : lorsque les conséquences regrettables sont simplement prévues (et non voulues) et qu'elles ne sont pas logiquement inévitables, alors on peut espérer qu'elles n'auront pas lieu (et, de fait, elles ne se produiront peut-être pas)¹⁹².

d) La récompense

La dernière alternative que nous examinerons est la récompense. À la fin de *Des délits et des peines*, après avoir soutenu qu'il valait mieux prévenir que punir, Beccaria écrit : « Un autre moyen de prévenir les délits est de récompenser la vertu. Sur ce sujet je constate un silence universel dans les lois de toutes les nations d'aujourd'hui¹⁹³. » Bentham, qui a été très influencé par Beccaria, se demande lui aussi pourquoi on punit ceux qui ont enfreint la loi au lieu de récompenser ceux qui l'ont respectée : « Ne pourrait-on pas substituer partout la récompense à la peine ? L'espérance est-elle moins forte sur le cœur humain que la crainte ? Quand la pharmacopée politique a des moyens si doux, pourquoi en employer de si amers¹⁹⁴ ? »

Deux siècles plus tard, le behavioriste Skinner soutient qu'on pourrait utilement remplacer les peines par des récompenses. Selon lui, en plus d'avoir de nombreux effets négatifs, les peines ne sont efficaces qu'à court terme : elles mettent temporairement fin à un comportement, mais elles ne l'éliminent pas définitivement¹⁹⁵. Il pense qu'il faut inciter les citoyens à agir dans la légalité au lieu de les empêcher d'agir dans l'illégalité. Par exemple, au lieu de contrôler la production agricole par la répression, il faut subventionner la culture de certaines plantes ; au

191 *PR*, p. 127.

192 « Thus in the Desmond case – one of indirect intention – there was logically room for Barrett to hope, as no doubt he did, that no one would be killed, although he realized that this was most unlikely. » (*PR*, p. 124.)

193 C. Beccaria, *Des délits et des peines*, trad. A. Fontana, X. Tabet, Paris : Gallimard, 2015, §XLVI, p. 203.

194 J. Bentham, *Théorie des récompenses*, in *Œuvres de J. Bentham*, éd. E. Dumont, tome 2, Bruxelles : L. Hauman, 1829-1830, p. 141.

195 B.F. Skinner, *Science et comportement humain*, trad. A. et R.-M. Gonthier-Werren, 2^e édition, Paris : In Press, 2008, p. 181.

lieu de punir les automobilistes qui passent outre à un signal de stop, il faut féliciter ou renforcer de toute autre façon ceux qui obtempèrent¹⁹⁶. Pour Skinner, nous avons déjà réalisé cette transition dans le domaine de la morale et de la religion :

Le contrôle éthique par le groupe n'est passé que très lentement des techniques coercitives, où l'individu est forcé d'agir en conformité aux intérêts d'autrui, aux techniques où *bien* est plus important que *mal*. Les agences religieuses ne sont passées que lentement de l'accent sur les peines de l'enfer et les colères des dieux jaloux, aux béatitudes du ciel ou aux satisfactions terrestres du juste¹⁹⁷.

Il soutient qu'il est temps de réaliser cette transition dans le domaine du droit. Qu'en penser ? Aujourd'hui, il est vrai que les États recourent parfois aux récompenses : récompenses financières pour les lanceurs d'alerte, primes à la conversion des véhicules, médailles d'honneur pour acte de courage et de dévouement, etc. Mais peut-on substituer *dans tous les cas* la récompense à la peine ? Peut-on se contenter de récompenser le respect des biens et des personnes, le respect du code de la route, la droiture et l'honnêteté dans le domaine économique ?

Bentham s'y oppose pour les raisons suivantes. Si l'État menace de punir et si tout le monde obéit, alors l'État ne doit jamais punir. En revanche, si l'État promet de récompenser et si tout le monde obéit, alors l'État doit sans cesse récompenser, ce qui est impossible ou déraisonnable¹⁹⁸. En effet, les récompenses sont coûteuses et reposent sur les impôts, c'est-à-dire sur les efforts des contribuables¹⁹⁹. Pour Bentham, la peine est une nécessité, la récompense est un luxe : sans la peine, la société ne peut plus subsister ; sans la récompense, elle subsiste encore, mais avec moins de plaisir²⁰⁰. Pour nous en convaincre, il nous propose la fable suivante :

Un jeune roi, dans la première ferveur de ses bons sentiments, résolut de purger ses États de tous les crimes. Ce n'était pas assez. Les rigueurs répugnaient à sa douceur naturelle ; il voulut les abolir, et tout faire avec des récompenses. Il commença par le vol : bientôt il eut à récompenser tous les citoyens, parce que la probité avait été universelle. Il fallut renouveler la

196 B.F. Skinner, *Science et comportement humain*, op. cit., p. 311.

197 B.F. Skinner, *Science et comportement humain*, op. cit., p. 310-311.

198 J. Bentham, *Théorie des récompenses*, op. cit., p. 141.

199 J. Bentham, *Théorie des récompenses*, op. cit., p. 137.

200 J. Bentham, *Théorie des récompenses*, op. cit., p. 143.

récompense chaque jour, parce que la probité avait duré toute la journée. On lui proposa de régler la contrebande : « Sage roi, lui dit-on, pour chaque denier que viendra payer le contribuable, donnez-lui en deux, et l'hydre est à vos pieds. » La victoire est assurée ; mais il comprit que, comme celle de Pyrrhus, elle serait un peu coûteuse²⁰¹.

Bentham précise toutefois que si on ne peut pas substituer *dans tous les cas* la récompense à la peine, on peut *dans certains cas* utilement remplacer la peine par la récompense. Encore une fois, il faut procéder *infraction par infraction* ou plutôt, *conduite par conduite* (puisqu'il est difficile de récompenser quelqu'un *pour* une infraction). Selon Bentham, on doit remplacer la peine par la récompense lorsqu'on désire faire naître des actions utiles, lorsque « l'acte désiré dépend de talents et de dispositions qu'on ne peut point s'assurer d'avance que l'individu possède²⁰² ». En effet, la peine est un frein, elle est bonne pour retenir, pour produire des « actes négatifs », c'est-à-dire pour nous empêcher de faire ce que nous sommes tentés de faire. En revanche, la récompense est un aiguillon, elle est bonne pour exciter, pour produire des « actes positifs », c'est-à-dire pour nous inciter à faire ce que nous ne sommes pas tentés de faire²⁰³. Bentham donne quelques exemples : punir la rétention d'information *ne* serait *pas* justifié, mais récompenser le partage d'information le serait ; punir ceux qui ne parviennent pas à composer un ouvrage ou à faire une découverte *ne* serait *pas* justifié, mais récompenser ceux qui y parviennent le serait, etc.

Hart connaissait ces textes de Bentham. En effet, il signale que, pour Bentham, il existe principalement deux manières d'obtenir l'obéissance des sujets de droit :

ou bien en menaçant de punir si l'acte n'est pas commis ou en offrant une récompense s'il est commis. Ces deux formes de motivation ou d'influence, le bâton et la carotte, Bentham les appelle, dans sa terminologie pittoresque, l'influence « coercitive » et « séductrice » (*alluring*). Évidemment, pour le droit, le bâton est plus important que la carotte comme méthode pour garantir l'obéissance, bien que parmi les œuvres moins connues de Bentham, il y ait quelques contributions importantes à la science du droit, et en fait aux sciences sociales, préconisant et étudiant diverses formes de carotte ou de récompense comme méthode de contrôle social²⁰⁴.

201 J. Bentham, *Théorie des récompenses*, op. cit., p. 143-144.

202 J. Bentham, *Théorie des récompenses*, op. cit., p. 142.

203 J. Bentham, *Théorie des récompenses*, op. cit., p. 142.

204 *EB*, p. 201.

Il explique que Bentham reconnaît un ensemble de lois, les lois « prémiales », qui ne prévoient pas de peine en cas de désobéissance mais une récompense en cas d'obéissance²⁰⁵. Cela prouve que, pour Bentham, il peut y avoir des *lois juridiques* sans sanctions coercitives même si, pour lui, il ne peut pas y avoir d'*obligation juridique* sans sanction coercitive : les lois prémiales ne créent pas d'obligation. Enfin, Hart note bien que Bentham n'utilise pas le mot « sanction » au sens restreint de « punition »²⁰⁶, puisque toute récompense est une sanction²⁰⁷.

4. Objections

En définitive, on ne peut pas affirmer avec certitude que la deuxième condition de Bentham (la condition de nécessité) soit remplie. La thèse de la nécessité naturelle défendue par Hart peut être remise en question. Peut-être qu'il existe une alternative viable à la peine que nous n'avons pas envisagée. Toutefois, supposons que les deux conditions de Bentham soient remplies. Est-ce suffisant pour justifier la peine ?

a) La responsabilité de l'État

Nous avons vu précédemment qu'en droit pénal, l'état de nécessité exige parfois une troisième condition : l'auteur ne doit pas avoir lui-même créé par sa faute le péril dont il est menacé. Par analogie, on pourrait soutenir qu'il ne suffit pas que la peine soit nécessaire pour éviter un mal plus grand pour qu'elle soit justifiée : encore faut-il que la nécessité de punir ne soit pas due à une faute de l'État.

Dès le XVIII^e siècle, le baron d'Holbach soulignait cette difficulté, alors qu'il défendait une

205 *EB*, p. 109.

206 *EB*, p. 246.

207 « Sanction signifie en effet récompense aussi bien que punition. À côté des sanctions répressives, diffuses ou organisées, il faut mettre les sanctions approbatives, rémunératrices, prémiales, diffuses (approbation publique ou intérieure) et organisées (récompenses décernées par des corps constitués, décorations légales, honneurs posthumes officiels, etc.). Ces deux espèces de sanctions, répressives et rémunératrices, forment le groupe des sanctions rétributive [...]. » (P. Fauconnet, *La responsabilité : étude de sociologie*, Paris : F. Alcan, 1920, p. 13.) Dans le même sens : « Cependant, cette identification absolue entre les concepts de sanction et de châtiment n'est point inéluctable : la punition est effectivement une sanction, mais toute sanction n'est pas nécessairement punitive. Sanctionner un acte, cela consiste à constater officiellement son existence et à lui attribuer les conséquences variables que comporte sa logique interne. Un jury sanctionne l'examen d'un candidat par la délivrance d'un diplôme ou par l'ajournement. » (R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, n° 564, p. 645.)

théorie pré-utilitariste de la peine. Il se demandait si la société et ses mauvaises institutions n'étaient pas responsables, du fait de leur négligence, de la délinquance et si, de ce fait, elles avaient le droit de punir les délinquants, aussi nécessaire cela soit-il. Comme il l'écrit dans son *Système de la nature* :

Cette affreuse iniquité ne devient-elle pas plus criante encore, quand les lois et les usages décernent des peines cruelles contre les crimes que les mauvaises institutions font germer et multiplier ? Les hommes, comme on ne peut assez le répéter, ne sont si portés au mal que parce que tout semble les y pousser. Leur éducation est nulle dans la plupart des États ; l'homme du peuple n'y reçoit d'autres principes que ceux d'une religion inintelligible, qui n'est qu'une faible barrière contre les penchants de son cœur. En vain la loi lui crie de s'abstenir du bien d'autrui, ses besoins lui crient plus fort qu'il faut vivre aux dépens de la société qui n'a rien fait pour lui et qui le condamne à gémir dans l'indigence et la misère ; privé souvent du nécessaire, il se venge par des vols, des larcins, des assassinats ; au risque de sa vie il cherche à satisfaire soit ses besoins réels, soit les besoins imaginaires que tout conspire à exciter dans son cœur. L'éducation qu'il n'a point reçue ne lui a point appris à contenir la fougue de son tempérament ; sans idées de décence, sans principes d'honneur, il se promet de nuire à une partie qui n'est qu'une marâtre pour lui ; dans ses emportements il ne voit plus le gibet même qui l'attend ; d'ailleurs ses penchants sont devenus trop forts, ses habitudes invétérées ne peuvent plus se changer, la paresse l'engourdit, le désespoir l'aveugle, il court à la mort, et la société le punit avec rigueur des dispositions fatales et nécessaires qu'elle a fait naître en lui, ou du moins qu'elle n'a pas convenablement déracinées et combattues par les motifs les plus propres à donner à son cœur des inclinations honnêtes. Ainsi la société punit souvent les penchants que la société fait naître, ou que sa négligence fait germer dans les esprits²⁰⁸ [...].

Le baron d'Holbach fait plusieurs comparaisons éclairantes. Il compare la société et ses mauvaises institutions aux pères injustes qui punissent leurs enfants pour des vices qu'ils leur ont eux-mêmes fait contracter²⁰⁹. Il compare également la société et ses mauvaises institutions aux personnes qui souffrent de la maladie pédiculaire et qui sont obligées, à cause de leur absence coupable d'hygiène, de tuer les poux qui les attaquent²¹⁰.

On peut résoudre cette difficulté de trois façons au moins. Premièrement, on peut rejeter cette

208 D'Holbach, *Système de la nature*, Paris : Étienne Ledoux, 1821, p. 278-279.

209 D'Holbach, *Système de la nature*, *op. cit.*, p. 280.

210 D'Holbach, *Système de la nature*, *op. cit.*, p. 281, note 1.

troisième condition, considérée comme non pertinente par certains juristes²¹¹. Deuxièmement, on peut soutenir que la peine, même si elle est injuste, doit être maintenue. C'est la réponse du baron d'Holbach :

Quelque injuste et déraisonnable que cette conduite soit et paraisse, elle n'en est pas moins nécessaire. La société telle qu'elle est, quels que soient sa corruption et les vices de ses institutions, veut subsister et tend à se conserver ; en conséquence, elle est forcée de punir les excès que sa mauvaise constitution la force de produire²¹².

De même que la personne souffrant de la maladie pédiculaire n'a pas d'autre choix, maintenant que le mal est fait, que de tuer les poux qui l'attaquent à cause de son absence coupable d'hygiène, de même, l'État n'a pas d'autre choix, maintenant que le mal est fait, que de punir les individus qui enfreignent la loi à cause de sa négligence ou de son imprudence. Toutefois, même si l'individu malade fait ce qu'il doit faire, il demeure blâmable : il aurait dû prendre ses précautions ; de la même façon, même si l'État fait ce qu'il doit faire, il demeure blâmable : il aurait dû être moins négligent ou plus prudent. Comme le rappelle Flew, *justifié* ne veut pas nécessairement dire *juste*²¹³. Une action injuste peut être justifiée (et inversement)²¹⁴. On peut parfaitement soutenir 1° que l'action répressive de l'État est justifiée (puisque la société doit être protégée) mais 2° que l'État est blâmable pour sa négligence (puisque'elle est à l'origine du danger dont il doit protéger la société).

Troisièmement, on peut considérer, comme Hart, que la nécessité de punir n'est pas due à une faute de l'État, mais à la *nature humaine*. La nature humaine est telle qu'en l'absence de sanctions officielles, il y aurait des malfaiteurs qui récolteraient les avantages du respect de la loi par les autres et des cycles de vengeance ; beaucoup succomberaient à la tentation de préférer leurs propres avantages immédiats ; les individus refuseraient de coopérer volontairement, etc. Si les hommes étaient des anges, la peine ne serait pas nécessaire : « Les choses étant ce qu'elles sont, l'altruisme de l'homme est limité et intermittent, et les tendances à l'agression sont suffisamment fréquentes pour être fatales à la vie de la société, si on ne les contrôle pas²¹⁵. »

211 F. Desportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, op. cit., p. 710-711.

212 D'Holbach, *Système de la nature*, op. cit., p. 280.

213 A. Flew, « The Justification of Punishment », art. cit., p. 301-302.

214 J.S. Mill, *L'utilitarisme & Essai sur Bentham*, trad. C. Audard, P. Thierry, 2^e édition, Paris : P.U.F., 2009, p. 142.

215 CL, trad. fr., p. 214.

Toutefois, Hart concède aux marxistes (c'est le terme qu'il emploie) que peut-être que « nous devrions incorporer comme condition exonératoire supplémentaire la pression due aux formes graves de nécessité économique²¹⁶ » et que la situation économique de certaines personnes est telle que la faim les « force » à voler. Même si la nature humaine rend nécessaire le recours à la répression, cela ne veut pas dire que l'organisation ou la structure de la société n'est pas responsable d'une partie de la délinquance ou n'aggrave pas un état de fait naturel.

b) Un sacrifice injuste ?

Avant de présenter une dernière objection, rappelons deux cas bien connus. Le premier a réellement eu lieu, le deuxième est imaginaire.

1° En 1884, quatre marins anglais – Tom Dudley (le capitaine), Edwin Stephens, Edmund Brooks et Richard Parker (le mousse, un orphelin âgé de 17 ans) – firent naufrage dans l'océan Atlantique Sud à plus de 1600 kilomètres des côtes. Ils se réfugièrent dans leur canot de sauvetage, avec seulement deux conserves de navets et sans eau potable. Les trois premiers jours, ils mangèrent une partie des navets. Le quatrième jour, ils attrapèrent une tortue dont ils se nourrirent pendant cinq jours avec le reste des navets. Pendant les huit jours suivants, ils ne mangèrent rien. Le vingtième jour, Dudley décida de sacrifier le mousse Parker : ce dernier était mourant (il avait bu de l'eau de mer, ce qui l'avait rendu malade). Il le tua sans le faire souffrir et, pendant quatre jours, les marins se nourrirent de sa chair et de son sang. Le vingt-quatrième jour, un navire vint à leur rescousse et les ramena en Angleterre où ils furent arrêtés puis jugés. Accusés de meurtre, ils tentèrent de se défendre en soutenant qu'ils n'avaient pas d'autre choix que de tuer Parker pour survivre, mais le tribunal les condamna à mort. Finalement, la peine de mort fut commuée en six mois d'emprisonnement²¹⁷.

2° Jean se trouve sur un pont piétonnier et aperçoit en contrebas un train fou (dont les freins ne fonctionnent plus) qui risque d'écraser cinq cheminots travaillant sur la voie. Jean est un expert en transport ferroviaire, il sait qu'il peut arrêter le train à temps à l'aide d'un objet massif. Or, un homme pesant plusieurs centaines de kilos (désigné comme « Fat Man » dans l'article de Thomson) se trouve justement sur le pont piétonnier. Jean décide de le pousser sur

²¹⁶ PR, p. 51.

²¹⁷ M.J. Sandel, *Justice : What's the Right Thing to Do ?*, New York : Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 31-32.

la voie et parvient, de la sorte, à arrêter le train fou et à sauver les cinq cheminots qui, sans cela, seraient morts²¹⁸.

Dans ces deux cas, les conditions de l'état de nécessité (mal nécessaire pour éviter un mal plus grand et absence de faute antérieure) sont, semble-t-il, réunies. Pourtant, nous sommes perplexes : certains jugeront que les marins cannibales doivent être punis (ou bien avec sévérité ou bien avec clémence) ; certains jugeront qu'ils doivent être *excusés*, même si leur action est immorale ; tout le monde (ou presque) sera révolté par le meurtre du « Fat Man » et jugera cette action injustifiable et inexcusable, malgré ses conséquences bénéfiques.

Ces deux cas fragilisent-ils la justification benthamienne de la peine ? Peut-on comparer les personnes punies à Parker ou au « Fat Man » ? Pas vraiment. Dans les deux cas que nous venons de rappeler, une personne *innocente*, qui n'a rien demandé à personne, est *sacrifiée* pour le salut d'autres personnes : on se *sert* d'elle, sans son consentement, pour arriver à un résultat dont elle ne bénéficiera pas du tout (c'est le moins qu'on puisse dire). Elle est traitée de manière dégradante : ou bien comme du gibier (premier cas), ou bien comme un gros rocher (second cas). Bref, on viole l'Impératif Catégorique de Kant.

Or, la situation est très différente lorsqu'on punit une personne qui a enfreint la loi alors qu'elle a eu une chance raisonnable d'obéir à la loi. Selon Hart, on ne l'utilise pas du tout comme un *simple* moyen :

Kant n'a jamais fait l'erreur de dire que nous ne devons jamais traiter les êtres humains comme des moyens. Il a insisté sur le fait que nous ne devons jamais les traiter *seulement* comme des moyens, « mais toujours en même temps comme une fin ». Cela signifie qu'il est justifié d'exiger des sacrifices de certains êtres humains pour le bien des autres uniquement dans un système social qui reconnaît en même temps leurs droits et leurs intérêts. Dans le cas de la peine, le droit en question est le droit des êtres humains à être laissés libres et à ne pas être punis pour le bien des autres, sauf s'ils ont enfreint la loi lorsqu'ils étaient capables et ont eu une chance raisonnable d'y obéir²¹⁹.

Hart admet que la personne punie est sacrifiée pour la protection de la société, mais ce n'est

218 J.J. Thomson, « The Trolley Problem », *The Yale Law Journal*, vol. 94, n° 6, 1985, p. 1409.

219 *PR*, p. 244.

pas, de son point de vue, un sacrifice injuste :

le principe d'après lequel les peines doivent être appliquées uniquement aux individus ayant enfreint la loi [...] peut être fait pour protéger l'individu de la société. Il peut s'agir de la reconnaissance de la revendication de l'individu de ne pas être sacrifié pour le bien-être de la société, à moins qu'il n'ait enfreint la loi ; sa violation de la loi est, pour ainsi dire, une condition ou un permis nous montrant à quel moment on encourt une peine. [...] Il ne fait pas de doute que cette reconnaissance de la revendication de l'individu de ne pas être sacrifié à la société, excepté lorsqu'il a enfreint la loi, n'est elle-même pas absolue²²⁰.

Selon nous, Hart fait une concession trop importante à ses adversaires en affirmant que les individus punis sont *sacrifiés*. Le terme de sacrifice, en effet, est *inapproprié*. Celui qui a été sacrifié *a le droit* de se plaindre et d'exiger réparation. Or, le coupable qui a été puni *n'a pas le droit* de se plaindre (d'avoir été puni) et d'exiger réparation, pour la simple et bonne raison qu'il a eu une chance raisonnable d'obéir à la loi. On n'agit pas injustement envers celui qui est puni, alors qu'on agit injustement envers celui qui est sacrifié. En fait, c'est justement *pour ne pas sacrifier* les personnes punies qu'il est essentiel de leur laisser une chance raisonnable d'obéir à la loi²²¹. Il serait en revanche approprié de parler de sacrifice lorsqu'un innocent est condamné pour prévenir une révolte ou alors en cas de responsabilité sans faute.

De plus, punir un individu, ce n'est pas *en soi* le traiter de manière dégradante (bien qu'il existe effectivement des peines dégradantes), bien au contraire : c'est le traiter *comme un être responsable*, c'est-à-dire comme un être qui aurait *pu* agir autrement et qui aurait *dû* agir autrement. Comme l'explique Hart, on nous traite comme une *personne* et non comme une *chose*, lorsqu'on nous traite en fonction de nos choix, de nos intentions, du caractère volontaire ou involontaire de nos actions, ce que fait précisément la peine²²².

Cette réponse, évidemment, présuppose une certaine distribution des peines ou, plus précisément, une règle de responsabilité : seuls ceux qui ont eu une chance raisonnable d'obéir à la loi peuvent être punis. Pour le moment, nous présupposons cette règle que nous justifierons dans le prochain chapitre. La justification de la peine présuppose certaines

220 PR, p. 81.

221 « And when sanctions are justly imposed, there is no need to assume, as does Holmes, that the determination of liability sacrifices innocent individuals. » (G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford : Oxford University Press, 2000, p. 510.)

222 PR, p. 182-183.

conditions distributives, mais la justification de ces conditions distributives est indépendante de la justification de la peine.

III. Une deuxième justification de la peine ?

Admettons que la justification benthamienne permette de justifier la répression de certaines infractions. La question qui se pose désormais est de savoir s'il existe d'autres justifications capables de la compléter. Dans la première partie de ce chapitre, nous avons introduit le concept de surjustification en nous appuyant sur le concept de surdétermination : une action est surjustifiée lorsqu'elle est justifiée par au moins deux justifications indépendantes et à elles seules suffisantes. La peine est-elle surjustifiée ?

Dans un premier temps, nous examinerons la critique de Hart de la justification rétributiviste. Dans un deuxième temps, nous verrons pourquoi il rejette également la justification expressiviste. Dans un dernier temps, nous montrerons pourquoi ses écrits font une place à la justification fondée sur les droits.

1. La justification rétributiviste

On doit distinguer les *théories rétributivistes* de la peine et les *justifications rétributivistes* de la peine. En effet, certaines théories soi-disant rétributivistes comme le « rétributivisme négatif » ne répondent pas (seulement) à la question de la justification de la peine, mais (aussi) à la question de sa distribution²²³. Dans cette sous-partie, nous nous intéresserons uniquement aux justifications rétributivistes.

a) La critique de Hart de la justification rétributiviste

Dans la postface de *Punishment and Responsibility* Hart propose un modèle volontairement schématique de théorie rétributiviste comportant trois, voire quatre conditions²²⁴ :

- Une personne peut être punie si et seulement si elle a volontairement fait quelque

²²³ PR, p. 231.

²²⁴ PR, p. 231-232.

chose de moralement condamnable (*morally wrong*).

- Sa peine doit, d’une manière ou d’autre, correspondre ou être équivalente à la malveillance (*wickedness*) de son infraction.
- Lorsque ces deux conditions sont remplies, punir est justifié, car rendre la souffrance pour un mal moral volontairement commis est en soi juste ou moralement bon (*the return of suffering for moral evil voluntarily done is itself just or morally good*).
- Lorsque ces deux conditions sont remplies, punir l’infracteur est non seulement permis, mais également obligatoire. (Cette dernière condition, signale Hart, est optionnelle.)

La condition du modèle qui nous intéresse ici est la troisième²²⁵. Celle-ci est plus complexe qu’il n’y paraît. Elle regroupe en fait deux formes de justification rétributiviste : la justification rétributiviste conséquentialiste et la justification rétributiviste déontologique²²⁶. La justification rétributiviste conséquentialiste pose « la valeur intrinsèque de l’infliction d’une souffrance aux malfaiteurs²²⁷ » (*the intrinsic value of inflicting suffering on wrongdoers*) et cherche à promouvoir ce bien. Comme l’écrit Gardner : « [Les rétributivistes] sont conséquentialistes exactement comme les utilitaristes classiques en ceci qu’ils identifient un bien à poursuivre, voire à maximiser *ceteris paribus*²²⁸. » Précisons que l’idée de la justification rétributiviste conséquentialiste n’est pas que la *souffrance* du coupable est intrinsèquement bonne et devrait être maximisée, mais que *l’acte* de rendre la souffrance, *l’acte* de « rétribuer en souffrance²²⁹ » est intrinsèquement bon²³⁰.

La justification rétributiviste déontologique se formule naturellement en termes de justice ou de la façon suivante : « une conduite malveillante blessant autrui nécessite elle-même une punition (*itself calls for punishment*), et ce même si son infliction n’est pas nécessaire pour empêcher la répétition de cette conduite par l’infracteur ou par d’autres²³¹ [...] »

225 Celle-ci montre à nouveau que la question de la distribution et la question de la justification ne peuvent pas être entièrement séparées, puisqu’elle énonce que la peine est justifiée uniquement lorsque deux conditions distributives sont remplies.

226 Sur cette distinction, cf. D. Dolinko, « Retributivism, Consequentialism, and the Intrinsic Goodness of Punishment », *Law and Philosophy*, vol. 16, n° 5, 1997, p. 507-528.

227 *PR*, p. 8. Voir aussi : « when breach of the law involves moral guilt the application to the offender of the pain of punishment is itself a thing of value. » (*PR*, p. 8.)

228 J. Gardner, « Introduction », in *PR*, p. xvi.

229 Nous utilisons cette expression sur le modèle de « rétribuer en argent ».

230 Voir ce passage : « the fundamental justification of punishment is not the protection of society but *the return of suffering* for the moral evil done. » (*PR*, p. 79, nos italiques.)

231 *PR*, p. 234.

On pourrait reprocher au modèle de Hart ne pas mentionner la notion de *mérite*²³². En effet, comme l'écrit M.S. Moore, un des représentants les plus importants du rétributivisme contemporain, « ce qui *est* caractéristiquement rétributiviste est le point de vue selon lequel il est intrinsèquement bon que le coupable ait ce qu'il mérite (*the guilty receiving their just deserts is an intrinsic good*)²³³ ».

On peut assez facilement répondre à cette objection. S'il est intrinsèquement bon que le coupable ait ce qu'il mérite (thèse de Moore) et si ce que le coupable mérite est d'être rétribué en souffrance pour sa faute à hauteur de celle-ci, alors (par substitution des identiques) il est intrinsèquement bon que le coupable soit rétribué en souffrance pour sa faute à hauteur de celle-ci (formulation de Hart de la justification rétributiviste). Comme l'explique Bedau, on peut très bien considérer que les conditions n°1 et n°2 du modèle de Hart sont les conditions pour qu'une peine soit méritée²³⁴.

Selon Hart, la justification rétributiviste sert surtout à justifier la répression de certains types de comportements, à savoir les *mala in se*. Les *mala in se* s'opposent aux *mala prohibita*. On parle de *mala in se* lorsqu'il y a un recoupement entre ce qui est illégal et ce qui est immoral (par exemple, le meurtre est un *malum in se*) ; on parle de *mala prohibita* lorsqu'il n'y a pas un tel recoupement entre ce qui est illégal et ce qui est immoral (par exemple, le franchissement d'une ligne blanche continue est un *malum prohibitum*)²³⁵. Un point lié au précédent est que la justification rétributiviste n'est pas disponible, semble-t-il, pour les *victimless crimes* : « Une théorie qui n'essaye pas de justifier la peine par ses résultats, mais uniquement comme quelque chose que la malveillance d'un crime exige, est certainement plus plausible, voire intelligible uniquement lorsque le crime a nui à autrui et qu'il y a à la fois un malfaiteur et une victime²³⁶. »

Hart estime que la justification rétributiviste (quelle que soit sa formulation, conséquentialiste

232 H.A. Bedau, « Retribution and the Theory of Punishment », *The Journal of Philosophy*, vol. 75, n° 11, 1978, p. 608.

233 M.S. Moore, *Placing Blame : A Theory of the Criminal Law*, Oxford : Oxford University Press, 1997, p. 157.

234 H.A. Bedau, « Retribution and the Theory of Punishment », *art. cit.*, p. 609. Dans le même sens : « On the retributive view, suffering is deserved to the extent (and only to the extent ?) that it is borne by the guilty in proportion to (and on the ground of ?) their guilt [...] » (J. Gardner, « Introduction », in *PR*, p. xv.)

235 *PR*, p. 236.

236 *LLM*, p. 59.

ou déontologique) n'est pas une justification convaincante pour les raisons suivantes.

1° Il s'agit d'un non-sens : « La rétribution, ici, semble reposer uniquement sur l'affirmation invraisemblable selon laquelle en morale du noir et du noir font du blanc, selon laquelle le mal de la peine ajouté au mal de l'immoralité égalent à un bien moral²³⁷. » Les rétributivistes croient en « une mystérieuse alchimie morale lors de laquelle la combinaison de deux maux, celui de la malveillance morale et celui de la souffrance, se transmue en un bien²³⁸ ». Comment l'acte de rétribuer en souffrance peut-il être intrinsèquement bon ? En effet, pris en lui-même, c'est-à-dire indépendamment de ses conséquences, cet acte n'est qu'une « portion de douleur » en plus dans le monde. Comme le note Gardner, il fait peu de doute que Hart accepte l'idée benthamienne selon laquelle la souffrance, *en elle-même*, est toujours mauvaise :

Pour lui, la souffrance du malfaiteur puni, peu importe qu'il soit coupable, est toujours un coût et jamais un bénéfice du système pénal. En effet, la souffrance du malfaiteur puni est le coût le plus alarmant de la sanction pénale, celui qui crée le fardeau de la justification le plus lourd pour ceux qui estiment que ce système devrait être maintenu. Sur ce point, comme sur plusieurs autres, Hart se range du côté de l'utilitarisme classique de Jeremy Bentham. Contrairement à une position « rétributiviste » vulgaire que Hart considère comme barbare, il n'y a rien d'intrinsèquement attrayant dans quelque souffrance que ce soit, même si elle imposée punitivement²³⁹ [...].

2° Hart est d'accord avec Benn pour dire que la justification rétributiviste *ou bien* ne répond pas à la question de la justification *ou bien* est une justification utilitariste cachée²⁴⁰. Développons ces deux critiques dans l'ordre.

Si on affirme que la rétribution en souffrance d'une faute est intrinsèquement bonne, cela revient à dire que la peine n'a pas besoin d'être justifiée, puisque ce qui est intrinsèquement bon (par exemple, le bonheur) n'a pas besoin d'être justifié, voire *ne peut pas* être justifié (au sens où cela n'aurait pas de sens de le justifier). Or, notre point de départ était que la peine

237 LLM, p. 60. Comparer avec Guyau : « Ajoutez le mal sensible du châtimeut au mal moral de la faute, sous prétexte d'expiation, vous aurez doublé la somme des maux sans rien réparer : vous ressemblerez à un médecin de Molière qui, appelé pour guérir un bras malade, couperait l'autre à son patient. » (J.-M. Guyau, *Esquisse d'une morale sans obligation ni sanction*, 16^e édition, Paris : F. Alcan, 1921, p. 188.)

238 PR, p. 234-235.

239 J. Gardner, « Introduction », in PR, p. xiv.

240 PR, p. 9.

avait besoin, pour de nombreuses raisons, d'être justifiée. Nier que la peine doive être justifiée, ce n'est pas montrer qu'elle est justifiée²⁴¹.

Si on affirme que l'acte de rendre le mal pour le mal est *juste*, que ceux qui ont fait du mal *doivent* payer, que *la justice l'exige*, on ne fait que *réaffirmer* emphatiquement (sans donner d'argument) ce qui doit être démontré, à savoir que la peine est justifiée, voire on nous refuse le droit de demander une justification²⁴².

Comme l'explique Dolinko, même si on admet que la rétribution en souffrance d'une faute est intrinsèquement bonne, cela ne prouve pas que la peine soit justifiée. En effet, ce n'est pas parce qu'une chose est intrinsèquement bonne que nous avons, *ipso facto*, de bonnes raisons ou des raisons valables de créer une institution chargée de la réaliser. Dolinko donne l'exemple du bonheur, puisqu'à peu près tout le monde est d'accord pour dire qu'il s'agit d'une chose intrinsèquement bonne. Personne n'a envie d'une institution chargée de réaliser le bonheur, parce que cela serait contre-productif ou liberticide, parce que nous ne savons pas ce qu'est le bonheur, etc.²⁴³

Ainsi, la justification rétributiviste ne répond pas à la question de la justification : « la théorie semble abandonner toute tentative sérieuse de fournir une justification morale de la peine²⁴⁴. » Pourquoi est-elle une forme cachée d'utilitarisme ? Voici la réponse de Hart. Admettons qu'on oblige une personne à première vue rétributiviste à expliquer *pourquoi* ceux qui ont fait du mal doivent payer, à expliquer *pourquoi* justice doit être faite. Il est probable que, dans ce cas, elle avance des arguments utilitaristes classiques : on doit éviter la vengeance privée, la récidive, etc.²⁴⁵

Selon Hart, même chez des auteurs à *première vue* rétributivistes, par exemple Kant, on se rapproche dangereusement de l'utilitarisme²⁴⁶. Rappelons le célèbre apologue de l'île :

241 S.I. Benn, « An Approach to the Problems of Punishment », *art. cit.*, p. 327. Voir également S.I. Benn, « Punishment », *art. cit.*, p. 30 et D. Dolinko, « Retributivism, Consequentialism, and the Intrinsic Goodness of Punishment », *Law and Philosophy*, vol. 16, n° 5, 1997, p. 517.

242 S.I. Benn, « An Approach to the Problems of Punishment », *art. cit.*, p. 327-328.

243 D. Dolinko, « Retributivism, Consequentialism, and the Intrinsic Goodness of Punishment », *art. cit.*, p. 520.

244 *PR*, p. 235.

245 *PR*, p. 74.

246 Ce que Hart dit de l'expressivisme s'applique au rétributivisme : « Plainly the latter version of reprobation trembles on the margin of a Utilitarian theory, in which the good to be achieved through punishment is less narrowly conceived than in Bentham's or in other orthodox forms of Utilitarianism. » (*PR*, p. 235.)

Même si la société civile devait se dissoudre avec le consentement de tous ses membres (si par exemple, un peuple habitant une île décidait de se séparer et de se disperser dans le monde tout entier) le dernier meurtrier se trouvant en prison devrait préalablement être exécuté, *afin que chacun éprouve la valeur de ses actes, et que le sang versé ne retombe point sur le peuple qui n'aurait point voulu de ce châtement, car il pourrait être considéré comme complice de cette violation de la justice publique*²⁴⁷.

Comme le remarque Cottingham, ce passage a une « saveur téléologique » : Kant a le regard tourné vers l'avenir et craint que le sang versé ne retombe sur le peuple qui n'exécutera pas le meurtrier. En effet, d'après l'Ancien Testament, l'exécution du meurtrier permet d'apaiser la colère de Dieu dont les conséquences peuvent être terribles²⁴⁸.

A.R.N. Cross, le collègue pénaliste de Hart, se décrivait comme un rétributiviste, mais comme le remarque Hart :

Il considérait que la réduction de la criminalité et la rétribution étaient interdépendants. « Si la peine doit dissuader, elle ne peut le faire qu'en donnant aux infracteurs ce qu'ils méritent » et « la seule raison de donner aux infracteurs ce qu'ils méritent est que cela dissuade ». Cross pensait que Kant avait tort de soutenir que la rétribution serait nécessaire même s'il était certain qu'elle ne pouvait apporter aucune contribution directe ou indirecte à la réduction de la criminalité, comme lors du dernier jour de l'existence d'une société²⁴⁹.

Ainsi, il se peut que le rétributiviste soit, dans bien des cas, un utilitariste qui s'ignore.

3° Dans un essai sur Bentham, Hart écrit : « le “mérite” et la “rétribution” étaient elle-mêmes, selon Bentham, des superstitions mystificatrices : non pas des raisons de punir, mais des réactions émotives se faisant passer pour des raisons²⁵⁰. » Un passage de *Punishment and Responsibility* suggère que Hart a une position proche. Selon lui, la justification rétributiviste a des « racines instinctives²⁵¹ » : nous disons qu'il faut punir celui qui a fait du mal parce que

247 E. Kant, *Métaphysique des mœurs II, Doctrine du droit, Doctrine de la vertu*, trad. A. Renaut, Paris : GF Flammarion, 1994, §49, p. 155.

248 J. Cottingham, « Varieties of Retribution », *The Philosophical Quarterly*, vol. 29, n° 116, 1979, p. 243.

249 H.L.A. Hart, « Arthur Rupert Neale Cross, 1912-1980 », *Proceedings of the British Academy*, vol. 70, 1984, p. 424.

250 *EB*, p. 37-38.

251 *PR*, p. 131.

nous avons du ressentiment pour lui, nous disons qu'il faut punir davantage celui qui a consommé un crime que celui qui a tenté un crime parce que nous avons beaucoup plus de ressentiment pour le premier que pour le second. Toutefois, selon Hart, nous devons parfois contrôler nos émotions, car elles peuvent nous induire en erreur et nous faire prendre de mauvaises décisions : ce n'est pas parce qu'on a peur d'une chose que, nécessairement, on doit la fuir, car cette peur peut être irrationnelle et n'avoir aucun fondement ; de la même façon, ce n'est pas parce qu'on a du ressentiment pour quelqu'un que, nécessairement, on doit le punir, car ce ressentiment peut être déplacé, exagéré, etc.²⁵² Nous ne devons pas laisser la peur ou le ressentiment nous *guider* lorsque nous faisons du droit, de la politique ou de l'éthique.

4° Comme nous le disions précédemment, Hart considère que la justification rétributiviste confond les principes de la peine et ceux de la compensation. Hart emprunte cette critique, semble-t-il, à Del Vecchio. Ce dernier écrit dans son essai sur la notion de justice :

Le mal commis doit être, pour autant que possible, réparé par celui qui s'en est rendu coupable ; voilà, sans nul doute, l'exigence première et élémentaire de la justice. Il naît de cette exigence, de toute évidence, l'obligation de la réparation du préjudice ; mais cette notion, bien qu'elle ait application même dans le domaine pénal, appartient proprement, la chose est bien connue, au droit civil, et n'affecte nullement l'essence spécifique de la peine [...]. Ce n'est que par une métaphore, d'ailleurs entièrement impropre et illusoire, que l'on qualifie de « réparation » une souffrance, souvent cruelle, n'ayant aucun lien intrinsèque avec le dommage infligé et qui ne sert pas non plus à le diminuer dans la moindre mesure²⁵³.

Il est en soi juste que l'auteur d'un dommage paye pour ce dommage, c'est-à-dire le répare. Le rétributiviste n'a pas tort quand il affirme que l'auteur d'un crime dommageable *doit* payer pour ce crime. Mais le problème est que la peine ne répare pas du tout le dommage qui a été causé. Au contraire : « Le mal ne se répare vraiment que par le bien. Par conséquent, il faut affirmer le principe suivant : au *malum actionis*, représenté par le délit, on doit opposer, comme une exigence de la justice, non pas un *malum passionis*, selon l'antique formule, mais bien un *bonum actionis*²⁵⁴. »

252 PR, p. 131.

253 G. Del Vecchio, *La justice, la vérité : essais de philosophie juridique et morale*, Paris : Dalloz, 1955, p. 163-164.

254 G. Del Vecchio, *La justice, la vérité : essais de philosophie juridique et morale*, op. cit., p. 142.

5° Rappelons brièvement pourquoi le fardeau de la justification est très lourd. Punir, c'est causer beaucoup de misère aussi bien aux infracteurs qu'aux personnes liées à eux ; c'est fatalement condamner des innocents, dépenser énormément d'argent public ; c'est voler aux parties *leur* conflit.

Face à toutes ces objections, un rétributiviste pourrait répondre qu'il s'agit du prix à payer pour que justice soit faite. Toutefois, on peut se demander si, précisément, ce prix n'est pas trop élevé²⁵⁵. Même si on concède que « rendre justice » (au sens de « rendre la souffrance pour un mal moral volontairement commis ») est un objectif acceptable, il ne doit pas être poursuivi coûte que coûte (sauf si *fiat justitia, et pereat mundus*). En particulier, il ne doit pas être poursuivi au prix de personnes innocentes. Pourquoi des innocents devraient-ils payer pour que les coupables payent ?

Pour Hart, on ne peut pas *prouver* que le prix à payer pour que « justice soit faite » est trop élevé ; mais rappeler le véritable prix à payer peut aider à convaincre certaines personnes du fait qu'il est trop élevé (du moins, pour ce seul objectif)²⁵⁶.

b) Le rétributivisme biblique

Selon Hart, il est possible de formuler la justification rétributiviste d'une autre manière, plus intéressante de son point de vue : « il est possible de concevoir la peine comme une mesure destinée à empêcher le malfaiteur de prospérer alors que ses victimes souffrent ou ont péri²⁵⁷. »

Ainsi, d'après cette deuxième formulation de la justification rétributiviste, la peine est justifiée, car elle empêche le malfaiteur de prospérer. On entend parfois dire que le monde est injuste, qu'il n'y a pas de justice sur terre, car les méchants et les vicieux sont heureux, ont tout, tandis que les gentils et les vertueux sont malheureux, n'ont rien. On retrouve ce thème

255 H.L.A. Hart, « The Use and Abuse of the Criminal Law », *art. cit.*, p. 283-289. Voir également un argument similaire chez D.N. Husak, « Why Punish the Deserving ? », *art. cit.*, p. 447-464 et chez D. Dolinko, « Retributivism, Consequentialism, and the Intrinsic Goodness of Punishment », *art. cit.*, p. 521.

256 *LLM*, p. 83.

257 *LLM*, p. 59-60, nos italiques. Voir également ce passage : « This argument [...] would be an interesting addition to theories of punishment of the principle that the wicked should not be allowed to profit by their crimes. » (*PR*, p. 131.)

dans la Bible :

Tu es trop juste, Éternel, pour que je conteste avec toi ; Je veux néanmoins t'adresser la parole sur tes jugements : Pourquoi la voie des méchants est-elle prospère ? Pourquoi tous les perfides vivent-ils en paix ? Tu les as plantés, ils ont pris racine, Ils croissent, ils portent du fruit ; Tu es près de leur bouche, Mais loin de leur cœur. Et, toi, Éternel, tu me connais, Tu me vois, tu sondes mon cœur qui est avec toi. Enlève-les comme des brebis qu'on doit égorger, Et prépare-les pour le jour du carnage²⁵⁸ !

Dès lors, le rôle de la peine serait de rétablir la balance, d'empêcher le vicieux de prospérer, car il est injuste que le vicieux soit plus heureux ou aussi heureux que le vertueux ; la peine permettrait d'avoir une distribution plus équitable du bonheur, de la même façon que l'impôt permet d'avoir une distribution plus équitable des richesses²⁵⁹. Mieux vaut une somme de bonheur moins grande, mais bien répartie, qu'une somme de bonheur plus grande, mais mal répartie. L'opposition à l'utilitarisme de Bentham est ici totale.

Hart ne prend pas le temps de critiquer la justification rétributiviste ainsi formulée. Que peut-on lui reprocher ?

Selon Benn, la justification rétributiviste ainsi formulée est, à nouveau, une justification utilitariste cachée. En effet, la raison pour laquelle il est important que le vicieux ne prospère pas est que, s'il prospérait, s'il s'épanouissait en toute impunité, les gens n'auraient plus aucun intérêt à être vertueux ou à s'efforcer de l'être²⁶⁰.

Deuxièmement, cette justification n'est pas une justification de la peine, mais d'une autre pratique qu'on pourrait appeler le « réajustement ». Faire souffrir quelqu'un ou l'empêcher de prospérer à raison de son bonheur immérité n'est pas la même chose qu'imposer des conséquences aversives à quelqu'un à raison d'une chose reprochée. En effet, des sanctions peuvent être infligées à des infracteurs qui ne sont ni méchants, ni heureux. Comme l'écrit Benn : « Il se peut que nous ayons à répondre de nos caractères au Jour du Jugement, mais pas

258 La Bible, Jérémie, 12:1-3.

259 « The principles requiring this to be done are certainly analogous to those of justice or fairness in the distribution of happiness and suffering – principles which permeate other areas of morality. » (*LLM*, p. 60.)

260 « in a universe in which the wicked prospered, there would be no inducement to virtue. » (S.I. Benn, « An Approach to the Problems of Punishment », *art. cit.*, p. 328.)

aux *Quarter Sessions*. L'État n'est pas un agent de justice cosmique²⁶¹. »

c) La justification de l'acte de punir tel ou tel individu

Ainsi, Hart n'est pas convaincu par la justification rétributiviste de la pratique de la peine. Toutefois, lorsqu'il aborde la question de savoir ce qui justifie l'acte de punir tel ou tel individu, il soutient que la commission d'une infraction, le fait d'avoir enfreint la loi est en soi une *bonne raison* ou une *raison valable* de punir l'auteur de cette infraction. Un juge peut justifier son action de punir tel individu en disant simplement que cet individu a enfreint la loi :

si nous observons de près l'activité du juge ou de l'autorité qui réprime les transgressions de règles de droit (ou les personnes privées qui réprovent ou critiquent les violations de règles non juridiques), nous apercevons que des règles se trouvent impliquées dans cette activité selon un processus qu'une analyse en termes de prédiction laisse absolument sans explication. Le juge, en punissant, prend la règle pour *guide* et considère la violation de la règle comme la *raison* et la *justification* de la punition qu'il inflige au délinquant. [...] Il en va de même pour les réprobations informelles qu'encourt la violation de règles non juridiques. Ces réprobations ne sont pas non plus de simples réactions que l'on peut prédire face à des déviations, mais une attitude que l'existence de la règle oriente et sert à justifier. C'est ainsi que nous disons que nous blâmons ou punissons un homme *parce qu'il* a transgressé la règle, et pas seulement : qu'il était probable que nous le blâmerions ou le punirions²⁶².

lorsque des règles existent, tout écart de conduite par rapport à celles-ci constitue, non seulement une raison de prédire que des réactions hostiles s'ensuivront ou qu'un tribunal infligera des sanctions à ceux qui les transgressent, mais encore une raison ou une justification du fait que l'on réagisse ainsi et que l'on inflige des sanctions²⁶³.

Hart se contredit-il ? Peut-on soutenir que l'infraction justifie à elle seule la condamnation de l'infacteur sans être rétributiviste ? Pour répondre à cette question, commençons par recontextualiser les passages que nous venons de citer. Hart critique l'analyse probabiliste de

261 S.I. Benn, « An Approach to the Problems of Punishment », *art. cit.*, p. 327-328.

262 *CL*, trad. fr., p. 29.

263 *CL*, trad. fr., p. 104. Voir aussi : « This means that the relevant connection between disobedience and punitive sanctions is not the likelihood of the latter, given the former, but that the courts should recognize disobedience as a reason according to law for its punishment. » (*EB*, p. 135.)

la notion d'obligation qu'on trouve notamment chez John Austin²⁶⁴. Voici comment Austin définit la notion d'obligation ou de devoir (c'est équivalent selon lui) : « Étant passible d'un mal que vous m'infligerez si je ne respecte pas un souhait que vous signifiez, je suis *tenu* ou *obligé* par votre commandement, j'ai le *devoir* d'y obéir²⁶⁵. » Pour Austin, il n'est pas nécessaire que la probabilité de subir un mal en cas de désobéissance soit élevée pour que j'aie une obligation : il faut et il suffit qu'elle soit supérieure à zéro.

Hart s'oppose à cette analyse. (Nous ne détaillerons pas ici l'ensemble de ses critiques.) Lorsque je dis « J'ai l'obligation de témoigner » (ce qui n'est pas la même chose que « Je suis obligé de témoigner »), je parle *du point de vue interne* (c'est-à-dire du point de vue de celui qui accepte les règles) et je dis (entre autres) que les sanctions seront justifiées si je manque à mon devoir ; je ne dis pas que je m'expose à des sanctions si je ne témoigne pas (en fait, il est possible que le risque d'être puni soit nul). Pour Hart, cela fait partie de la grammaire du concept d'obligation qu'en cas de violation, la sanction est justifiée. Renoncer à cette implication analytique, ce serait renoncer à notre concept d'obligation :

Il ne fait aucun doute qu'il existe un lien général important entre l'obligation et la probabilité de sanctions ou de pressions sociales ; cependant, le lien n'est pas étroit au point que l'affirmation selon laquelle une personne est soumise à une obligation soit une simple estimation des chances de souffrir en cas de désobéissance ; car la relation entre la désobéissance passée et la souffrance ultérieure n'est pas un simple rapport *de facto* de concomitance habituelle. Cela est démontré par le fait que si l'affirmation selon laquelle une personne a l'obligation de faire une action peut être combinée avec l'affirmation selon laquelle il est peu probable (pour diverses raisons) qu'elle souffre de son manquement, elle ne peut pas en revanche être combinée avec l'affirmation selon laquelle son manquement n'est pas une raison qu'elle souffre (*is no reason why he should suffer*). Il en est ainsi parce que dans les énoncés d'une obligation, même juridique, est analytiquement impliquée l'acceptation de l'idée que l'acte passé ou l'inaction est une raison ou une justification en termes de règles juridiques pour l'infliction de « sanctions ». Lorsque les sanctions sont prévisibles, il s'agit là d'une conséquence dérivée du fait que le lien entre la désobéissance et les sanctions est perçu de cette manière justificative non prédictive²⁶⁶.

264 Mais aussi chez Bentham, dont Austin s'inspire, ou chez les réalistes américains comme Holmes.

265 J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge : Cambridge University Press, 1995, p. 22.

266 H.L.A. Hart, « Bentham », in R.S. Summers (éd.), *More Essays in Legal Philosophy : General Assessments of Legal Philosophies*, Berkeley : University of California Press, 1971, p. 40-41. Voir aussi : « From the other standpoint (the normative standpoint), [...] failure to report is significant not merely because it renders future suffering likely but also because punishment is legally justified even if it does not always follow

Ainsi, Mabbott avait raison d'écrire : « La peine est un corollaire de l'infraction à la loi par un membre de la société dont la loi est enfreinte²⁶⁷. » Le fait qu'il existe une règle de droit à laquelle je suis tenu d'obéir a bien pour corollaire que si je l'enfreins, l'acte de punir sera justifié. Toutefois, Mabbott a eu tort de croire qu'il défendait une thèse rétributiviste : il rappelait seulement une règle de grammaire. Bien sûr, l'explication de Hart est incompatible avec la doctrine restrictive de Bentham en matière de raison d'agir (dont nous avons parlé dans l'introduction). Si l'utilité est la seule chose qui puisse compter comme une raison d'accomplir une action, alors le simple fait d'avoir manqué à son devoir ne peut en soi justifier l'infliction de la sanction prévue par la loi. En outre, l'explication de Hart présuppose que les individus ont l'obligation d'obéir à la loi. Elle tient pour acquise l'obligation politique (dont nous parlerons longuement ci-dessous).

Dans l'introduction à la seconde édition de *Punishment and Responsibility*, Gardner écrit : « Pour défendre de façon adéquate la peine [...] il faut montrer comment un tort déjà commis est une raison [...] pour que P fasse souffrir D. La défense de Hart de la peine ne remplit pas cette condition²⁶⁸. » Nous venons de voir pourquoi cette critique était sans fondement.

Avant de passer à la prochaine sous-partie, ajoutons quelques remarques. 1° Même si la commission d'une infraction est en soi une bonne raison de punir, ce n'est pas une raison prépondérante. Hart n'est pas Kant : « l'utilité est une raison primordiale (*paramount reason*) qui, en cas de conflit, peut l'emporter sur d'autres raisons²⁶⁹. » Dans certaines circonstances, il ne serait pas sage de punir un infracteur, même si en principe nous serions justifiés à le punir dans la mesure où il a commis une infraction. Bentham donne l'exemple suivant : punir tel infracteur serait tout compte fait une mauvaise idée en raison des représailles des puissances étrangères que cela pourrait entraîner²⁷⁰. Les différents segments de la morale peuvent entrer en conflit : le segment des obligations (l'infracteur était tenu d'obéir à la loi et, de ce fait, le punir était justifié) peut entrer en conflit avec le segment de l'utilité générale (le punir serait une très mauvaise chose tant pour lui que pour la société).

disobedience. » (*EJP*, p. 93.)

267 J.D. Mabbott, « Punishment », *Mind*, vol. 48, n° 190, 1939, p. 160-161.

268 J. Gardner, « Introduction », in *PR*, p. xxv.

269 H.L.A. Hart, « Bentham », *art. cit.*, p. 42.

270 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, *op. cit.*, chapitre XIII, §16, p. 201.

On pourrait ici faire un rapprochement avec le principe d'opportunité des poursuites en droit pénal²⁷¹. La question est de savoir si le ministère public est *tenu de poursuivre* ou s'il est *libre de poursuivre* : dans le premier cas, on parle de légalité de la poursuite, dans le deuxième cas on parle d'opportunité de la poursuite. L'Allemagne est en général présentée comme le pays phare du système légaliste et la France comme le pays phare du système opportuniste. L'article 40-1 du Code de procédure pénale, en effet, dispose que :

Lorsqu'il estime que les faits qui ont été portés à sa connaissance [...] constituent une infraction [...] le procureur de la République territorialement compétent décide s'il est opportun :

- 1° Soit d'engager des poursuites ;
- 2° Soit de mettre en œuvre une procédure alternative aux poursuites [...] ;
- 3° Soit de classer sans suite la procédure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient.

Les motifs de non-poursuite sont par exemple l'insuffisance des charges, la faute de la victime, la vieillesse du délinquant, l'insignifiance de l'infraction, etc. En Angleterre (où l'opportunisme est également consacré), il existe des sortes de circulaires qui recensent ces motifs, dont le plus général est l'absence de *public interest*²⁷².

Le principe d'opportunité a l'avantage de désencombrer les tribunaux, mais a l'inconvénient d'ouvrir la porte à l'arbitraire. Le principe de légalité n'a pas cet inconvénient, mais il a celui d'automatiser les poursuites non nécessaires, voire préjudiciables. On pourrait dire que, d'un point de vue hartien et pluraliste, le principe d'opportunité et le principe de légalité des poursuites représentent l'un et l'autre des valeurs différentes, importantes mais malheureusement incompatibles. Par conséquent, il faut trouver un compromis entre ces deux principes, par exemple (il s'agit d'une solution parmi d'autres) en consacrant la liberté de poursuivre pour certaines catégories d'infraction et l'obligation de poursuivre pour d'autres (les plus graves par exemple).

271 Dans ce qui suit, je m'appuie sur J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Paris : Dalloz, 1995, n° 380-385, p. 485-492.

272 A. Ashworth, M. Redmayne, *The Criminal Process*, 4^e édition, Oxford : Oxford University Press, 2010, p. 204-206.

2° Le fait que la commission d'une infraction soit en soi une raison valable de punir l'auteur de l'infraction ne veut pas dire que tout peine soit valable. On doit bien distinguer deux questions : Première question, étant donné que X a enfreint la loi, sommes-nous justifiés à le punir ? Deuxième question, comment devrions-nous le punir ? On peut très bien soutenir que la peine infligée à X n'était pas justifiée (car beaucoup trop sévère), même si le juge était justifié à punir X.

3° Que penser de notre concept d'obligation ? Est-ce une bonne chose que la simple violation d'une obligation compte pour une bonne raison de sanctionner l'auteur de cette violation ? Cela présente au moins deux avantages. Premièrement, c'est un bon moyen de garantir l'application de la loi. On facilite l'application de la loi s'il suffit qu'un individu l'enfreigne pour qu'on soit justifié à le punir²⁷³. Deuxièmement, c'est un bon moyen de protéger les innocents. Si la seule manière de justifier l'infliction d'une peine était son utilité, alors les innocents seraient en danger.

4° Dernière remarque : Hart ne dit pas que la commission d'une infraction justifie à elle seule l'infliction de la sanction prévue par la loi parce que la commission d'une infraction constitue un symptôme fiable du risque de récidive et du besoin d'être « corrigé »²⁷⁴. Ce point de vue est précisément celui qu'il associe à Wootton et qu'il rejette²⁷⁵.

2. La justification expressiviste

De même qu'on a distingué les théories rétributivistes de la peine et les justifications rétributivistes de la peine, il faut distinguer les *théories expressivistes de la peine* et les *justifications expressivistes de la peine*²⁷⁶. Hart rejette la justification expressiviste, mais sa philosophie pénale comporte quelques éléments expressivistes.

273 « Punishment would not be an effective deterrent unless it could be relied upon to follow every breach of law, except in circumstances sufficiently well-understood for the exceptions not to constitute a source of uncertainty, diminishing the effectiveness of the threat. » (S.I. Benn, R.S. Peters, *Social Principles and the Democratic State*, Londres : George Allen et Unwin, 1959, p. 185.)

274 « the agent's having committed an offence can figure as one of the reasons for punishing him, as it is plausible that the offence is a roughly reliable indicator of a special need for punishment in order to prevent future wrongdoing. » (E. Mayr, « Hart, Punishment and Excusing Conditions », in C. Pulman (éd.), *Hart on Responsibility*, Basingstoke : Palgrave Macmillan, 2014, p. 184.)

275 PR, p. 178.

276 PR, p. 263.

En outre, il faut distinguer les justifications expressivistes *conséquentialistes* et les justifications expressivistes *non conséquentialistes*²⁷⁷. Les premières sont d'accord avec l'utilitarisme pour dire que la peine est justifiée, car elle est nécessaire à la protection de la société, mais soutiennent qu'elle protège la société non pas en dissuadant, mais en exprimant la désapprobation de la société et/ou des autorités. Le désaccord porte ainsi sur les *mécanismes* par lesquels la peine produit les conséquences bénéfiques qui la justifient. Les deuxièmes sont dès le départ en désaccord avec l'utilitarisme : la peine est justifiée, car elle permet de dénoncer le crime et la dénonciation du crime est intrinsèquement bonne et/ou un impératif moral.

Dans cette sous-partie, nous procéderons en deux temps. Dans un premier temps, nous examinerons une justification expressiviste conséquentialiste très sophistiquée, celle de Durkheim, car le désaccord avec Hart est particulièrement subtil²⁷⁸. Dans un deuxième temps, nous présenterons les arguments de Hart contre la justification expressiviste non conséquentialiste de Denning.

a) L'expressivisme de Durkheim

Pour Durkheim, la fonction ultime de la peine est bien de protéger la société : « Il est certain, en effet, qu'elle a pour fonction de protéger la société²⁷⁹ [...] ». Il rejette les justifications rétributivistes de la peine : « En quoi donc le mal, qui est ainsi infligé au coupable, peut-il compenser le mal qu'il a fait ? Le premier de ces maux se surajoute au second, mais ne se soustrait pas. On ne peut réaliser ainsi qu'une fausse symétrie²⁸⁰. »

L'originalité de sa théorie ne vient pas de sa manière de *justifier* la peine, mais de sa manière d'*expliquer* comment, c'est-à-dire par quel mécanisme, la peine protège la société. Selon lui, ce mécanisme n'est certainement pas l'intimidation :

²⁷⁷ PR, p. 235.

²⁷⁸ Dans « Social Solidarity and the Enforcement of Morality », in *EJP*, p. 248-262. Lukes et Prabhat soutiennent que Hart caricature la théorie de Durkheim (cf. S. Lukes, D. Prabhat, « Droit et moralité chez Durkheim. La thèse de la désintégration », in R. Boudon (éd.), *Durkheim fut-il durkheimien ?*, Paris : Armand Colin, 2011, p. 99-126). Nous sommes en désaccord avec cette affirmation. Certes, Hart n'évoque pas tous les aspects de la philosophie pénale de Durkheim, mais il restitue avec exactitude la théorie de la peine de Durkheim exposée dans *De la division du travail social* et il n'a jamais eu l'ambition de faire plus que cela.

²⁷⁹ E. Durkheim, *De la division du travail social*, 2^e édition, Paris : P.U.F., 1991, p. 77.

²⁸⁰ E. Durkheim, *L'éducation morale*, 2^e édition, Paris : P.U.F., 2012, p. 158.

la peine, c'est le risque professionnel de la carrière du délinquant. Or, il y a une multitude de carrières où le risque professionnel est autrement considérable, et qui, pourtant, se recrutent sans aucune difficulté. Les mineurs, les ouvriers des industries dangereuses, les pêcheurs d'Islande, etc., ne se laissent pas arrêter par l'exemple de leurs compagnons ou de leurs prédécesseurs que la mort ou la maladie ont frappés. Ils aiment mieux s'exposer à un danger certain et grave que de renoncer à une profession, à une forme d'activité qu'ils aiment. Pourquoi le risque que court le délinquant l'empêcherait-il davantage de suivre ses penchants²⁸¹ ?

La thèse de Durkheim est que la peine protège la société en « maintenant toute sa vitalité à la conscience commune²⁸² ». Mais qu'est-ce que la conscience commune, aussi appelée conscience collective ? Comment la peine maintient-elle toute sa vitalité à la conscience collective ?

1° Durkheim définit la conscience collective comme « l'ensemble des croyances et des sentiments communs à la moyenne des membres d'une même société²⁸³ ». Ainsi, elle se compose à la fois d'éléments représentatifs et d'éléments affectifs²⁸⁴. Elle se distingue des consciences individuelles, mais ne *se réalise* que chez les individus. Elle évolue très lentement, ne change pas à chaque génération, mais relie les générations entre elles.

Pour Durkheim, deux causes expliquent la cohésion sociale : la conscience collective et la division du travail. Dans les sociétés primitives, la conscience collective est la cause principale (on parle de solidarité mécanique), tandis que dans les sociétés modernes, la division du travail est la cause principale (on parle de solidarité organique). Dans les sociétés modernes (marquées par une forte division du travail), la conscience collective n'est pas inexistante, mais plus faible et plus vague : les sentiments religieux, les sentiments domestiques, les sentiments relatifs aux rapports sexuels ainsi que les sentiments relatifs à la sépulture, à la nourriture, au costume, au cérémonial ne comptent plus parmi les états fort et définis de la conscience collective²⁸⁵. Les seuls sentiments qui sont devenus plus intenses sont ceux qui ont pour objet l'individu :

281 E. Durkheim, *L'éducation morale*, op. cit., p. 156.

282 E. Durkheim, *De la division du travail social*, op. cit., p. 76.

283 E. Durkheim, *De la division du travail social*, op. cit., p. 46.

284 E. Durkheim, *De la division du travail social*, op. cit., p. 144.

285 E. Durkheim, *De la division du travail social*, op. cit., p. 129-137.

Ce n'est pas à dire, d'ailleurs, que la conscience collective soit menacée de disparaître totalement. [...] Il y a bien un endroit où elle s'est affermie et précisée, c'est celui par où elle regarde l'individu. À mesure que toutes les autres croyances et toutes les autres pratiques prennent un caractère de moins en moins religieux, l'individu devient l'objet d'une sorte de religion. Nous avons pour la dignité de la personne un culte qui, comme tout culte fort, a déjà ses superstitions. C'est donc bien, si l'on veut, une foi commune²⁸⁶ [...].

2° Selon Durkheim, lorsqu'un crime (c'est-à-dire « un acte contraire aux états fort et définis de la conscience commune²⁸⁷ ») a lieu, la conscience collective est atteinte, contredite, froissée. Ce qui le prouve, c'est que les gens s'indignent en commun, expriment leur colère, se raidissent, se rapprochent, parlent de l'événement, partagent leurs impressions, etc.²⁸⁸

Si la société ne réagissait pas face au crime, la conscience collective s'affaiblirait, se dévitaliserait, serait ébranlée, serait blessée, perdrait de son énergie²⁸⁹ et, de ce fait, la cohésion sociale et la société seraient en péril. Comme il l'écrit : « quelle que soit l'origine de ces sentiments, une fois qu'ils font partie du type collectif, et surtout s'ils en sont des éléments essentiels, tout ce qui contribue à les ébranler ébranle du même coup la cohésion sociale et compromet la société²⁹⁰. »

Par conséquent, la société doit réagir, elle doit empêcher cette dévitalisation de la conscience collective en réprimant le crime. En effet, la peine *réaffirme de manière ritualisée*, en cas de meurtre, le caractère sacré de la vie humaine que le meurtre a *nié*. Elle symbolise l'indignation collective, elle exprime l'aversion unanime. Elle est une sorte de langage, elle est « le signe qui atteste que les sentiments collectifs sont toujours collectifs, que la communion des esprits dans la même foi reste toute entière²⁹¹ ». Elle redonne à la conscience collective l'énergie que le crime lui a soutirée en la contredisant et, de ce fait, ressoude les liens sociaux entre les membres de la société.

Aujourd'hui, on l'a dit, l'individu se trouve au cœur de la conscience collective. Par

286 E. Durkheim, *De la division du travail social*, op. cit., p. 146-147.

287 E. Durkheim, *De la division du travail social*, op. cit., p. 73.

288 E. Durkheim, *De la division du travail social*, op. cit., p. 70.

289 Tous ces verbes sont utilisés par Durkheim lui-même.

290 E. Durkheim, *De la division du travail social*, op. cit., p. 76.

291 E. Durkheim, *De la division du travail social*, op. cit., p. 77.

conséquent, les atteintes aux droits d'un individu doivent selon Durkheim être sévèrement réprimés :

de pareils attentats ne peuvent rester impunis sans compromettre l'existence nationale. En effet, il est impossible qu'ils se produisent en liberté sans énerver les sentiments qu'ils violent ; et comme ces sentiments sont les seuls qui nous soient communs, ils ne peuvent s'affaiblir sans que la cohésion de la société en soit ébranlée. [...] La religion de l'individu ne peut donc se laisser bafouer sans résistance, sous peine de ruiner son crédit ; et comme elle est le seul lien qui rattache les uns aux autres, une telle faiblesse ne peut pas aller sans un commencement de dissolution sociale. Ainsi l'individualiste, qui défend les droits de l'individu, défend du même coup les intérêts vitaux de la société ; car il empêche qu'on n'appauvrisse criminellement cette dernière réserve d'idées et de sentiments collectifs qui sont l'âme même de la nation²⁹².

Durkheim précise que la peine, en prévenant l'affaiblissement de la conscience collective et, du même coup, un relâchement de la cohésion sociale, prévient probablement la criminalité. Toutefois, il ne s'agit pas de son *but*, mais d'un *effet collatéral bénéfique*. Paradoxalement, la peine n'est pas un instrument de contrôle du crime, mais un instrument de maintien de la solidarité²⁹³.

Le désaccord entre Hart et Durkheim est subtil. Les deux auteurs soutiennent que la peine est justifiée, car elle est nécessaire pour protéger la société. Les deux auteurs soutiennent que la peine protège la société (entre autres) en empêchant un ébranlement de la cohésion sociale.

Le désaccord porte sur le mécanisme par lequel la peine empêche un ébranlement de la cohésion sociale. Pour Durkheim, on vient de le voir, ce mécanisme est *la réaffirmation énergique et ritualisée des valeurs piétinées par le crime qui revitalise la conscience collective*. Pour Hart, ce mécanisme est *l'offre d'une garantie aux membres coopérants qu'ils ne seront pas les seuls à coopérer*. Sans cette garantie, il n'y aurait vraisemblablement pas de coopération sociale. Comme il l'écrit :

292 E. Durkheim, « L'individualisme et les intellectuels », in E. Durkheim, *La science sociale et l'action*, Paris : P.U.F., 1970, p. 274.

293 D. Garland insiste bien sur ce point dans « Punishment and Social Solidarity », J. Simon, R. Sparks (éd.), *The SAGE Handbook of Punishment and Society*, Londres : Sage, 2013, p. 23-39.

les avantages d'une abstention réciproque sont si palpables que le nombre et la force de ceux qui sont susceptibles de coopérer volontairement à l'intérieur d'un système contraignant sera normalement plus important que toute bande éventuelle de malfaiteurs. Cependant, sauf dans de très petites sociétés refermées sur elles-mêmes, une soumission au système de restrictions représenterait une folie s'il n'existait pas d'organe chargé de contraindre ceux qui chercheraient à retirer les avantages du système sans se soumettre à ses obligations. Des « sanctions » s'imposent, par conséquent, non pas comme motif normal d'obéissance, mais pour *garantir* que ceux qui accepteront volontairement d'obéir ne seront pas sacrifiés à ceux qui ne l'accepteront pas. Sans cette garantie, obéir consisterait à prendre le risque d'être mis à l'écart. Étant donné ce danger permanent, la raison exige une coopération *volontaire* à l'intérieur d'un système contraignant²⁹⁴.

L'idée est simple : nous sommes, pour la plupart d'entre nous, résolus à « faire société », à respecter les règles du vivre-ensemble (les raisons ne manquent pas). Toutefois, notre engagement et notre coopération sont suspendus à une condition : il faut que nous ayons la garantie que nous ne serons pas une minorité à respecter les règles, que les autres ne profiteront pas notre obéissance sans obéir eux-mêmes. La peine est précisément ce qui offre cette garantie²⁹⁵.

L'idée selon laquelle la punition contribue à la coopération sociale a été testée expérimentalement de très nombreuses fois par des économistes à l'aide du jeu des biens publics²⁹⁶. Dans ce jeu, chaque joueur reçoit au début de la partie vingt unités qu'il peut garder pour lui ou qu'il peut investir, en partie ou en totalité, dans un bien commun. S'il investit une unité, cela rapporte 0,4 unité aux quatre joueurs de son équipe. Les joueurs n'ont pas d'intérêt personnel à investir, mais ils ont tous un intérêt collectif à le faire, car l'équipe reçoit plus d'une unité et demie à chaque investissement. Les expérimentateurs ont constaté qu'il

294 *CL*, trad. fr., p. 216. Voir aussi : « It may well be that most men, when they believe themselves to be protected from malefactors by the punishments, threats of punishment, and physical restraints of the law, will themselves voluntarily submit to the restraints necessary for peaceful and profitable coexistence. But it does not follow that without the law's protections, voluntary submission to these restraints would be either reasonable or likely. » (*EJP*, p. 113-114.) Ou encore : « For most the sanction is important not because it inspires them with fear but because it offers a guarantee that the antisocial minority who would not otherwise obey will be coerced into obedience by fear. » (*PR*, p. 50.)

295 Il s'agit d'un raisonnement classique qu'on trouve aussi bien chez les contractualistes (Hobbes, Kant, Rawls) que chez les critiques du contractualisme (Hume). Kant écrit par exemple : « Personne n'est obligé de se retenir de porter atteinte à la possession d'autrui si celui-ci ne lui fournit pas pareillement la garantie qu'il observera cette même retenue à son endroit. » (E. Kant, *Métaphysique des mœurs II, Doctrine du droit, Doctrine de la vertu*, trad. A. Renaut, Paris : GF Flammarion, 1994, §42, p. 121.)

296 Je m'appuie ici sur J. Elster, *Le désintéressement*, Paris : Seuil, 2009.

suffisait d'un joueur égoïste n'investissant jamais pour réduire presque à néant les contributions des autres joueurs : comme le dit le proverbe, il ne faut qu'une brebis galeuse pour gâter un troupeau. En revanche, lorsqu'on donne la possibilité aux joueurs de punir les non-contributeurs (le punisseur perd une unité et le joueur puni perd trois unités), la réciprocité est beaucoup plus régulière. C'est ce qui fait dire à Elster que la punition est, paradoxalement, le ciment des sociétés²⁹⁷.

Ainsi, l'hypothèse de Hart est empiriquement plausible. L'hypothèse de Durkheim l'est-elle ? Selon Hart, il est extrêmement difficile de la tester empiriquement. Tout d'abord, elle repose sur l'idée que le dépérissement de la conscience collective, *si elle existe*, menace la cohésion sociale. Certes, si la majorité n'acceptait pas un certain nombre de règles (le contenu minimum du Droit naturel), la vie en société serait impossible ; toutefois, cela ne prouve pas que le dépérissement de la conscience collective (quel que soit son contenu) menace la cohésion sociale. Ensuite, même si c'était le cas, il faudrait encore prouver que la peine prévient effectivement ce dépérissement en attestant que les sentiments collectifs sont toujours collectifs²⁹⁸. Or, il est possible, voire probable que la bonne ou la mauvaise santé de la conscience collective soit totalement indépendante des condamnations pénales, car les honnêtes gens ou bien ne sont pas au courant de celles-ci, ou bien ne s'intéressent pas à celles-ci.

b) La justification expressiviste non conséquentialiste

Passons maintenant à la justification expressiviste non conséquentialiste. Pour la présenter, Hart cite le plus souvent Lord Denning :

La punition des crimes graves doit refléter adéquatement la révolusion ressentie à leur égard par la majorité des citoyens. C'est une erreur de considérer que le but de la peine est de dissuader, de réformer ou de prévenir et rien d'autre. La justification ultime de toute peine n'est pas qu'elle est un moyen de dissuasion, mais qu'elle est la dénonciation catégorique par la communauté d'un crime et, de ce point de vue, il y a certains meurtres qui, dans l'état actuel de l'opinion publique, exigent la dénonciation la plus catégorique qui soit, à savoir la peine de mort²⁹⁹.

297 J. Elster, *Le désintéressement*, op. cit., 2009.

298 *EJP*, p. 259-262.

299 *LLM*, p. 65. Il s'agit d'un extrait du témoignage de Lord Denning devant la *Royal Commission on Capital*

D'après cette justification, la peine est justifiée 1° parce qu'elle est nécessaire pour dénoncer le crime et 2° parce que la dénonciation du crime est intrinsèquement bonne ou impérative. Hart rejette cette justification. Sa critique s'insère dans sa critique plus générale de la philosophie judiciaire anglaise (*English judicial philosophy*). Selon Hart, le corps des juges anglais possède sa propre philosophie dont la stabilité dans le temps est remarquable³⁰⁰. Cette philosophie comprend quatre éléments³⁰¹. Premièrement, le droit criminel peut être utilisé pour mettre en œuvre la morale comme telle (moralisme juridique). Deuxièmement, la peine est justifiée, car elle permet d'exprimer la désapprobation ou la haine de la société (expressivisme). Troisièmement, ne pas punir un type de comportement immoral, c'est le tolérer (*condemn or condone*). Quatrièmement, la société est un tout moralement homogène (monisme sociologique). Hart est sans pitié pour cette philosophie, qu'il déconstruit pièce par pièce.

On peut distinguer cinq arguments contre la justification expressiviste non conséquentialiste.

1° L'idée selon laquelle la peine permet d'exprimer la condamnation de la société et/ou des autorités est « sociologiquement très naïve³⁰² ». Nous avons déjà longuement développé cet argument dans le chapitre 1. Pour Hart, « la condamnation de la société » est une fiction sociologique peut-être utile sur le plan rhétorique, mais peu conforme à la réalité des sociétés démocratiques développées.

2° Même si on admet que la peine exprime la condamnation de la société, cela ne prouve pas que cette condamnation soit justifiée. Même si répression de l'homosexualité exprime la condamnation de l'homosexualité, celle-ci n'a rien de condamnable. Comme l'écrit Hart : « pour la communauté, penser qu'il y a quelque chose de sacro-saint dans son échelle d'évaluations morales peut, comme nous l'a dit Mill il y a longtemps, étouffer son progrès. En effet, ces évaluations peuvent reposer sur une compréhension ou une appréciation inadéquate des faits³⁰³. »

Punishment en 1953.

300 « In England, then, we have an interesting phenomenon : the persistence among our judges of a certain characteristic philosophy as to the proper scope and use of the criminal law. » (*MCL*, p. 35.)

301 *MCL*, p. 36-41.

302 *PR*, p. 171.

303 *PR*, p. 171.

3° Il existe d'autres moyens, moins coûteux et peut-être plus efficaces, de dénoncer le crime. Cette critique s'inspire à nouveau de Benn³⁰⁴. Comme l'écrit Hart : « La manière normale d'exprimer la condamnation morale, c'est d'utiliser des *mots*, et il n'est pas clair pourquoi [...] une déclaration publique solennelle de désapprobation ne serait pas le moyen le plus "approprié" ou "catégorique" de l'exprimer. Pourquoi une dénonciation devrait-elle prendre la forme d'une peine³⁰⁵ ? »

Cette objection est intéressante, car elle confirme que Hart accepte la deuxième condition de la justification benthamienne : la peine n'est pas justifiée s'il y a un moyen quelconque d'atteindre la même fin à moindres frais.

La réponse de Durkheim à cette objection est que si on ne punit pas le criminel, si on se contente d'une déclaration publique solennelle, la condamnation de son crime ne sera pas *crédible* ou *suffisante*³⁰⁶.

Cette réponse n'est pas convaincante. Premièrement, on pourrait reprocher à Durkheim de manquer d'imagination. Pourquoi ne pas créer, comme le suggère Feinberg, un rite public et non punitif de condamnation du crime, une cérémonie durant laquelle les victimes et les personnes indignées pourraient exprimer sans médiation leur désapprobation³⁰⁷ ? Prenons l'exemple du *charivari*. Il s'agit d'un rite collectif qui existait autrefois partout en Europe, d'un concert où se mêlaient les bruits d'ustensiles de cuisine, les cris, les sifflets, et qui était organisé pour exprimer une certaine réprobation à l'égard d'un mariage ou de la conduite déshonorante d'un individu³⁰⁸. La fonction du charivari n'était pas d'empêcher les mariages désapprouvés, mais uniquement de signifier la désapprobation, de la faire connaître au coupable. La communauté « *signifie* au coupable qu'il a risqué de s'en faire exclure (ou de

304 Benn écrit en 1958 : « But "denunciation" does not imply the deliberate imposition of suffering, which is the feature of punishment usually felt to need justification. » (S.I. Benn, "An Approach to the Problems of Punishment", *Philosophy*, vol. 33, n° 127, 1958, p. 328, note 1.) Hart écrit un an plus tard : « Mr. S.I. Benn rightly observes of Lord Denning's view that denunciation does not imply the deliberate imposition of suffering which is the feature needing justification [...]. » (*PR*, p. 2, note 3.)

305 *LLM*, p. 66.

306 « Comme on ne peut blâmer quelqu'un sans le traiter moins bien que ceux que l'on estime, comme il n'y a pas d'autre manière de traduire le sentiment qu'inspire l'acte réprouvé, toute réprobation aboutit généralement à infliger quelque souffrance à celui qui en est l'objet. » (E. Durkheim, *L'éducation morale*, *op. cit.*, p. 160.)

307 J. Feinberg, « The Expressive Function of Punishment », *The Monist*, vol. 49, n° 3, 1965, p. 420.

308 Voir l'entrée « charivari » du *Trésor de la langue française*.

s'en exclure lui-même) en raison de la honte qui doit être la sienne³⁰⁹ ». Pour mettre fin au charivari, le coupable pouvait verser de l'argent ou offrir des boissons : de cette façon, il rachetait son appartenance à la communauté locale et témoignait publiquement du fait qu'il assumait sa culpabilité³¹⁰.

Deuxièmement, Durkheim semble confondre deux idées : la condamnation n'est pas assez forte (elle doit être *renforcée*), la condamnation ne suffit pas (elle doit être *complétée*). Si on se contente de dénoncer le crime au moyen d'un rite adapté à cette fin, les gens ne penseront pas que la condamnation n'est pas assez forte, mais qu'elle ne suffit pas, autrement dit, que le criminel doit payer, qu'il ne peut pas se tirer d'affaire aussi facilement, etc.

4° Pour Hart, la dénonciation ne peut pas être une fin en soi : « considérer l'expression appropriée d'un sentiment – même si on le qualifie d'indignation morale plutôt que de vengeance – comme la *justification* ultime de la peine revient à subordonner le primaire à l'auxiliaire. On ne vit pas en société pour condamner, bien qu'on puisse condamner pour vivre³¹¹. »

Dénoncer pour dénoncer est aussi stupide que punir pour punir : quand on dénonce des agissements, c'est pour qu'ils cessent, c'est pour ouvrir les yeux aux gens et les inciter à réagir, etc. Hart compare le fait de punir un coupable pour exprimer l'indignation de la société (dans les sociétés modernes) au fait de sacrifier un être humain pour exprimer la dévotion de la société à un dieu (dans les sociétés primitives)³¹². Mais, comme l'ont montré de nombreux anthropologues, même les sacrifices humains sont tournés vers l'avenir : ils servent à contenir la colère des dieux et la violence, ils sont une première tentative de remédier au péril de la vendetta³¹³.

5° « La simple expression de la condamnation morale est-elle une valeur en soi qui doit être poursuivie à ce prix³¹⁴ ? » On retrouve ici un argument déjà utilisé par Hart contre le rétributivisme. Même si on admet que la dénonciation a une valeur intrinsèque, le prix à payer

309 N. Belmont, « Fonction de la dérision et symbolisme du bruit dans le charivari », in J. Le Goff, J.-C. Schmitt (éd.), *Le charivari*, Paris : Mouton éditeur, 1981, p. 17.

310 N. Belmont, « Fonction de la dérision et symbolisme du bruit dans le charivari », *art. cit.*, p. 18.

311 *PR*, p. 172.

312 *LLM*, p. 66.

313 R. Girard, *La violence et le sacré*, *op. cit.*, 1972.

314 *LLM*, p. 65.

pour que « dénonciation soit faite » n'est-il pas trop élevé ? Est-ce raisonnable de faire souffrir autant de gens, de mettre en danger autant d'innocents, de dépenser autant d'argent, de déployer autant de temps, d'énergie et de violence simplement pour dénoncer le crime ?

6° Dernière objection, la justification expressiviste non conséquentialiste confond deux choses : l'objectif immédiat de la législation pénale et la justification de la peine. L'objectif immédiat de la législation pénale est effectivement de « *dénoncer* certains types de conduite comme quelque chose qui ne doit pas être pratiqué³¹⁵ ». Mais cela n'a rien à voir avec la justification de la peine. Cela ne veut pas dire que la peine est justifiée en tant que moyen de dénonciation.

3. La justification fondée sur les droits

Pour le moment, nous n'avons trouvé aucune autre justification convaincante de la peine. La justification rétributiviste et la justification expressiviste ont été rejetées. Cependant, dans cette dernière sous-partie, nous verrons que Hart a posé les bases d'une deuxième justification, la justification fondée sur les droits. Il existe deux formulations de cette justification. Selon la première formulation, punir les « passagers clandestins » est justifié, car les membres coopérants ont droit à leur soumission aux règles. Selon la deuxième formulation, punir les atteintes aux personnes et aux biens est justifié, car les êtres humains ont droit à un niveau raisonnable de sécurité.

a) Hart et la réciprocité des restrictions

Dans « Are There Any Natural Rights ? », Hart distingue deux types de droit *moral* : les droits spéciaux et les droits généraux. Les droits spéciaux résultent d'une transaction ou d'une relation spéciale entre individus. Ce n'est pas le cas des droits généraux : tous les êtres humains capables de choix les ont, ils imposent des obligations à tous.

Penchons-nous de plus près sur les droits spéciaux. Hart donne quatre exemples de *source* de droit spécial (et d'obligation spéciale) : la promesse, le consentement, la parenté et la

315 *PR*, p. 8.

réciprocité des restrictions³¹⁶. Développons ces exemples.

1° Jean promet à Paul de lui donner sa montre. De ce fait, Paul (et lui seul) acquiert un droit : il peut légitimement déterminer comment Jean doit agir. Il a une sorte de souveraineté temporaire sur la volonté de Jean, il peut le libérer de son obligation. Quant à Jean, sa liberté est diminuée : il a l'obligation de donner sa montre à Jean.

2° Jean consent à ce que Paul utilise sa voiture. De ce fait, Paul (et lui seul) acquiert un droit : il a le droit d'interférer et d'utiliser la voiture de Jean. Quant à Jean, il ne peut pas se plaindre de l'interférence de Paul, puisqu'il a donné son consentement (libre et éclairé).

3° Jean et Marie sont les parents de Paul. De ce fait, Jean et Marie (et eux seuls) ont un droit : ils ont droit à l'obéissance de Paul jusqu'à sa majorité. Quant à Paul, il a l'obligation d'obéir à ses parents³¹⁷.

4° Qu'est-ce que la réciprocité des restrictions ? En quoi est-elle une source de droit spécial ? Voici l'explication de Hart dans « Are There Any Natural Rights ? » :

quand un certain nombre de personnes conduisent une entreprise conjointe selon des règles et restreignent ainsi leur liberté, ceux qui se sont soumis à ces restrictions lorsque c'était exigé ont droit à la même soumission de la part de ceux qui ont bénéficié de leur soumission. [...] l'obligation morale d'obéir aux règles dans de telles circonstances est *due aux* membres coopérants de la société et ils ont un droit moral corrélatif à l'obéissance³¹⁸.

Hart donne une définition très proche, quelques années plus tard, dans « Problems of the

316 H.L.A. Hart, « Are There Any Natural Rights ? », *The Philosophical Review*, vol. 64, n° 2, 1955, p. 183-187.

317 Dans « Legal and Moral Obligation », Hart affirme que le terme de « devoir » serait ici plus approprié que celui d'« obligation ». Ce qui distingue les devoirs des obligations spéciales est qu'ils ne résultent pas d'actions volontaires antérieures ; ce qui distingue les devoirs des obligations générales est qu'ils s'attachent à des fonctions ou à des rôles relativement distincts et permanents. Cf. H.L.A. Hart, « Legal and Moral Obligation », in A.I. Melden (éd.), *Essays in Moral Philosophy*, Seattle : University of Washington Press, 1958, p. 103-104.

318 H.L.A. Hart, « Are There Any Natural Rights ? », *art. cit.*, p. 185. Dans sa *Théorie de la justice*, Rawls emprunte à Hart cette définition pour forger son *principle of fairness* : « quand un certain nombre de personnes s'engagent dans une entreprise coopérative mutuellement avantageuse selon des règles, et restreignent de ce fait leur liberté pour produire des avantages pour tous, ceux qui se sont soumis à ces restrictions ont un droit au même acquiescement de la part de ceux qui ont bénéficié de leur soumission. Nous n'avons pas à tirer profit des efforts de coopération des autres sans faire notre part. » (J. Rawls, *Théorie de la justice*, trad. C. Audard (modifiée), Paris : Éditions Points, 2009, §18, p. 142.)

Philosophy of Law » :

l'obligation d'obéir à la loi peut être vue comme l'obligation d'être juste envers autrui (*obligation of fairness to others*), qui est indépendante de l'utilité et peut entrer en conflit avec elle. Le principe en cause, énoncé dans sa forme la plus simple, est que lorsqu'un certain nombre de personnes restreignent leur liberté par certaines règles en vue d'obtenir des bénéfices impossibles à obtenir autrement, ceux qui ont bénéficié de la soumission des autres aux règles ont l'obligation de s'y soumettre à leur tour³¹⁹.

Comme on le voit dans les textes que nous venons de citer, la réciprocité des restrictions est censée expliquer l'obligation politique : la *source* de l'obligation politique n'est ni la promesse, ni le consentement (comme le pensent certains contractualistes), ni la paternité (comme le pensent certains conservateurs) mais la réciprocité des restrictions. Toutefois, nous ne nous intéresserons pas ici au lien entre la réciprocité des restrictions et l'obligation politique, mais au lien entre la réciprocité des restrictions et la peine. Pour cela, nous devons apporter quelques précisions.

À quelles conditions la réciprocité des restrictions engendre-t-elle l'obligation d'obéir ? Il faut et il suffit d'avoir bénéficié de l'obéissance des autres aux règles, de la réciprocité des restrictions, pour avoir l'obligation de se plier aux règles. Si je n'en bénéficie pas, je n'ai pas l'obligation d'obéir ; dès que j'en bénéficie, j'ai l'obligation d'obéir. On peut même être plus précis : si les coûts de l'obéissance sont plus élevés que les bénéfices de la réciprocité des restrictions, je ne suis pas tenu d'obéir ; si les bénéfices de la réciprocité des restrictions sont plus élevés que les coûts de l'obéissance, je suis tenu d'obéir³²⁰.

Bénéficier de la réciprocité des restrictions n'est pas une action volontaire. Cela signifie que toutes les obligations envers d'autres personnes ne sont pas contractées volontairement. En revanche, se restreindre réciproquement est une action collective volontaire. C'est pourquoi Hart maintient que tous les droits/obligations spéciaux résultent d'actions volontaires préalables³²¹.

319 *EJP*, p. 119.

320 Précision qu'on doit à Nozick. Cf. *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford : Blackwell, 1974, p. 94.

321 « it is true of all special rights that they arise from previous voluntary actions. » (H.L.A. Hart, « Are There Any Natural Rights ? », *art. cit.*, p. 185.) Mais cette affirmation est-elle compatible avec l'idée selon laquelle des *relations spéciales* sont à la source de droits/obligations spéciaux ?

Nozick a adressé une célèbre objection à l'analyse de Hart. Imaginons que je vive dans une communauté de 365 personnes (moi y compris). Mes voisins trouvent une sonorisation et décident de mettre en place un système de divertissement public. Chaque jour de l'année, un villageois différent, inscrit sur une liste, doit allumer la sonorisation, mettre de la musique, diffuser quelques blagues, etc. Nous sommes le 31 décembre, tous les autres villageois ont joué le jeu, c'est mon tour. Nozick demande : êtes-vous obligé de prendre votre tour ? Vous avez bien profité du système, mais devez-vous répondre à l'appel lorsque votre tour arrive³²² ?

Nozick répond que non : j'aurais préféré ne pas avoir bénéficié du tout du système de divertissement public que de devoir consacrer une seule de mes journées à m'en occuper. À cela, on pourrait répondre : il aurait fallu se manifester avant, maintenant que vous en avez bien profité, vous devez faire votre part, que vous le vouliez ou non. Du point de vue de la morale positive, de même que celui qui fait une promesse a l'obligation de la tenir, de même, celui qui bénéficie de la réciprocité des restrictions a l'obligation de se plier aux règles. Ne pas tenir sa promesse est injuste, tirer profit des efforts de coopération des autres sans faire notre part est injuste. Hart ne fait que rappeler ces *évidences*, il n'invente rien.

Hart insiste sur le fait que les droits et les obligations découlant de la réciprocité des restrictions sont indépendants du principe d'utilité. En effet, la somme totale de bonheur dans une société où il y a un petit nombre de « passagers clandestins » est certainement plus élevée que dans une société où tout le monde respecte les règles. Les bénéfices totaux liés aux règles et à leur respect seraient les mêmes, mais les coûts psychologiques liés à l'obéissance seraient moindres³²³.

b) De Hart à Morris

Certains auteurs ont fait l'hypothèse que « si des considérations de justice ou de réciprocité rendent compte de l'obligation d'obéir à la loi [...], alors elles devraient vraisemblablement justifier la punition de ceux qui ne remplissent pas cette obligation³²⁴ ». Le plus connu de ces auteurs est un doctorant de Hart, Herbert Morris.

322 R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, op. cit., p. 93.

323 *EJP*, p. 119.

324 R. Dagger, « Playing Fair with Punishment », *Ethics*, vol. 103, n° 3, 1993, p. 473.

Dans « Persons and Punishment », Morris commence par définir (en s'inspirant du chapitre du *Concept de droit* consacré au contenu minimum du droit naturel) ce qu'il appelle les « règles primaires³²⁵ » : il s'agit d'un ensemble de règles proches des lois fondamentales du droit pénal, comme la prohibition de la violence et de la tromperie, dont le respect bénéficie à tout le monde. Comme l'écrit Hart : « Les faits qui rendent nécessaire pour la vie sociale l'existence de règles visant au respect des personnes, de la propriété et des promesses, sont simples, et les avantages réciproques qui en découlent sont manifestes³²⁶. »

Selon Morris, le respect des règles primaires a des avantages, mais également des coûts : je sacrifie mes intérêts immédiats à court terme, je renonce à la tentation de les enfreindre, je restreins ma liberté, etc. Les règles primaires sont, par définition, contraignantes. Par conséquent, l'infracteur a, selon Morris, un avantage injuste par rapport aux « honnêtes gens » : il a « le beurre et l'argent du beurre », il bénéficie du respect des règles primaires sans avoir à se contraindre, sans avoir à supporter le coût de l'obéissance. Il bouscule l'équilibre des relations entre les membres de la communauté³²⁷.

Morris soutient que nous avons trois types de bonne raison de punir les « passagers clandestins » enfreignant les règles primaires : c'est raisonnable (*reasonable*), équitable (*fair*) et juste (*just*)³²⁸.

C'est raisonnable, parce que les gens refuseront d'obéir volontairement aux règles primaires s'ils n'ont pas la garantie, offerte par la peine, qu'ils ne seront pas les seuls à se contraindre et que les autres obéiront.

C'est équitable, parce que la peine permet d'inciter les gens à obéir et, de ce fait, permet d'éviter ou de réduire la probabilité d'une distribution injuste des avantages et des contraintes.

C'est juste, parce que la peine permet d'effacer, de reprendre à l'infracteur l'avantage injuste qu'il a pris, de lui faire payer sa dette et, ainsi, de rétablir l'équilibre bénéfices/contraintes : en ajoutant un malus juste à un bonus injuste, on revient à zéro.

325 À ne pas confondre avec les règles primaires de Hart.

326 CL, trad. fr., p. 215.

327 H. Morris, « Persons and Punishment », *The Monist*, vol. 52, n° 4, 1968, p. 477.

328 H. Morris, « Persons and Punishment », *art. cit.*, p. 477-478.

Hart est-il d'accord avec Morris ?

c) Le droit à l'obéissance

Hart pense que la première raison est une bonne raison, comme nous l'avons vu précédemment. La peine est un ciment social en raison de la garantie qu'elle offre à ceux qui acceptent volontairement d'obéir et sans laquelle ils ne coopéreraient pas volontairement.

Hart ne pense pas que la troisième raison soit une bonne raison. Ten formule deux objections contre la théorie de Morris qu'il dit devoir à Hart³²⁹. Premièrement, pour la majorité des gens, le respect des règles prohibant le meurtre, le vol, le viol, etc., n'est pas contraignant, ne demande aucun effort. En effet, la majorité des gens ont une forte aversion morale pour ces comportements qui, de ce fait, ne les tentent pas. Comme Hart l'écrit : « l'impulsion de voler, de blesser ou même de tuer n'est pas, sauf dans une minorité de cas d'anomalie mentale, un élément récurrent et insistant de la vie quotidienne³³⁰. » De ce fait, on ne peut pas dire que l'infracteur ait pris un avantage injuste. Deuxièmement, s'il est vrai qu'une minorité doit se contraindre pour respecter les règles primaires, elle ne se contraint pas pour que la coopération soit juste, mais par peur du châtement. Dès lors, on ne peut pas dire que le criminel a *par rapport à eux* un avantage injuste, puisqu'ils en feraient de même s'ils le pouvaient.

Hart pense-t-il que la deuxième raison est une bonne raison ? Nous en sommes convaincus. Dans de nombreux passages du *Concept de droit*, Hart évoque la sanction des « passagers clandestins » ou l'usage de la contrainte à leur rencontre :

Mais le pouvoir coercitif [...] peut être utilisé principalement de deux manières. On peut l'exercer uniquement à l'endroit des malfaiteurs qui transgressent d'une manière égoïste les règles tout en bénéficiant de leur protection³³¹.

Cependant, sauf dans de très petites sociétés refermées sur elles-mêmes, une soumission au

329 « I owe these points to discussion with H.L.A. Hart but he is not responsible for the manner in which I have formulated or used them. » (C.L. Ten, *Crime, Guilt, and Punishment*, Oxford : Oxford University Press, 1987, p. 65, note 53.)

330 *LLM*, p. 22.

331 *CL*, trad. fr., p. 219.

système de restrictions représenterait une folie s'il n'existait pas d'organe chargé de contraindre ceux qui chercheraient à retirer les avantages du système sans se soumettre à ses obligations³³².

Ceci ne contredit nullement cet autre truisme que lorsqu'un tel système d'abstentions est installé, il s'en trouvera toujours certains qui voudront l'exploiter en vivant à la fois sous sa protection et en faisant fi de ses dispositions restrictives. Tel est [...] un des faits naturels qui rend indispensables le passage d'un contrôle purement moral à des formes organisées et juridiques de contrôle³³³.

les sanctions physiques [...] sont requises afin que ceux qui se soumettent volontairement aux restrictions du droit ne soient pas simplement victimes de malfaiteurs qui recueilleraient, en l'absence de telles sanctions, les avantages qui découlent du fait que les autres respectent le droit, sans le respecter eux-mêmes³³⁴.

L'idée générale qui se dégage de ces différents passages est qu'en l'absence de sanction, certains individus égoïstes (les « passagers clandestins ») profiteraient de l'obéissance des « honnêtes gens » aux règles sans les respecter eux-mêmes, ce qui serait injuste et dangereux. Les sanctions permettent d'empêcher ce phénomène ou de le réduire.

Cependant, on peut aller plus loin. Selon nous, une justification de la peine est implicitement contenue dans le principe même de la réciprocité des restrictions. Si les membres coopérants ont droit à ce que les « passagers clandestins » se plient aux règles qu'ils respectent eux-mêmes, alors la peine est justifiée. Voyons pourquoi.

Hart explique que les concepts de justice, d'équité, de droits et d'obligations forment un groupe dont la caractéristique la plus importante est la suivante :

l'usage de la force ou la menace d'en faire usage n'est pas inadéquat, mais spécialement adéquat pour garantir que ce qui est juste ou équitable ou le droit de quelqu'un à ce que cela soit fait, soit effectivement fait ; car c'est précisément dans ces circonstances que la coercition d'un autre être humain est légitime³³⁵.

332 CL, trad. fr., p. 215.

333 CL, trad. fr., p. 213.

334 CL, trad. fr., p. 236.

335 H.L.A. Hart, « Are There Any Natural Rights ? », *art. cit.*, p. 178.

Pour Hart, le détenteur d'un droit spécial est justifié à limiter la liberté d'autrui. Mais que signifie limiter la liberté d'autrui ? Cela signifie recourir à la coercition³³⁶. Mais que signifie recourir à la coercition ? Cela signifie non seulement empêcher une personne de faire ce qu'elle choisit, mais également rendre son choix moins éligible à l'aide de menaces³³⁷. Ainsi, pour Hart, il y a un lien essentiel entre l'idée de droit spécial et celle de coercition justifiée, lien sur lequel la tradition utilitariste a toujours insisté :

le lien entre la notion de droits, d'une part, et les obligations coercitives, d'autre part, quelle que soit sa forme précise, est apparu à Bentham et à Mill comme un élément central de la notion de droits. [...] Les deux penseurs ont lié la notion d'obligation à celle de sanctions coercitives, bien qu'ils aient divergé tant sur la forme du lien que sur les formes possibles que ces sanctions pouvaient prendre³³⁸.

Ceci s'applique également aux droits juridiques (*legal rights*). Hart défend l'idée que le titulaire d'un droit juridique, en cas de manquement à une obligation, peut le faire respecter (*enforce it*) en demandant une indemnisation ou, dans certains cas, une injonction pour faire cesser la violation de l'obligation³³⁹. Comme il l'écrit : « la personne qui a un droit est plus qu'un éventuel bénéficiaire d'un devoir ; elle est la personne qui peut, à son gré, exiger l'exécution d'un devoir ou y renoncer³⁴⁰. »

Selon Nozick, Hart défend ce qu'il appelle « le principe du caractère exécutoire de toutes les obligations » (*the principle of the enforceability of all obligations*) : « le fait qu'une personne ait une obligation spéciale envers vous de faire A [...] vous donne non seulement le droit qu'elle fasse A, mais aussi le droit de la forcer à faire A³⁴¹. »

336 H.L.A. Hart, « Are There Any Natural Rights ? », *art. cit.*, p. 177, note 6.

337 H.L.A. Hart, « Are There Any Natural Rights ? », *art. cit.*, p. 175, note 2.

338 *EB*, p. 86. Mill écrit en effet : « Quand nous disons de quelque chose que c'est le droit d'une personne, nous voulons dire qu'elle est fondée à exiger que la société la protège dans la possession de cette chose soit par la force de la loi soit par celle de l'éducation et de l'opinion. [...] Si nous désirons prouver que quelque chose ne lui appartient pas de droit, nous pensons que la preuve en est faite dès qu'il est admis que la société n'a pas à prendre de mesures pour le lui garantir, mais devrait laisser la question être tranchée par le hasard ou ses propres efforts. » (J.S. Mill, *L'utilitarisme & Essai sur Bentham*, *op. cit.*, p. 125.) Voici comment Hart reformule cette idée : « to have a right is to have a moral justification for demanding some liberty of action for oneself or some "service" as Bentham called it, from others on the footing that even legal or social pressure is appropriate. » (*EB*, p. 91.)

339 *EB*, p. 184.

340 H.L.A. Hart, « Bentham », *art. cit.*, p. 36.

341 R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, *op. cit.*, p. 91.

Quel est le rapport de tout cela avec la réciprocité des restrictions ? La réciprocité des restrictions confère un droit moral aux membres coopérants : ils ont droit à l'obéissance des « passagers clandestins ». Conformément au principe selon lequel le titulaire d'un droit est justifié à le faire respecter, il s'ensuit que les membres coopérants sont justifiés à mettre en œuvre l'obéissance en ayant recours à la coercition. Hart lui-même tire cette conséquence :

Les règles peuvent prévoir que les autorités doivent avoir le pouvoir de mettre en œuvre l'obéissance (*enforce obedience*) et d'établir d'autres règles, ce qui créera une structure de droits et de devoirs juridiques, mais l'obligation morale d'obéir aux règles dans de telles circonstances est *due aux* membres coopérants de la société et ils ont le droit moral corrélatif à l'obéissance³⁴².

Que veut dire concrètement *enforce obedience* ? Il s'agit très certainement de la répression du resquillage, de la punition de ceux qui profitent de l'obéissance des autres sans obéir eux-mêmes. On en trouve une confirmation dans *Law, Liberty and Morality* où Hart explique que l'idée de *legal enforcement* a deux aspects : le premier est « l'infliction de la peine à l'infracteur », le deuxième est « la coercition à l'obéissance par la menace d'une peine »³⁴³.

Ainsi, la peine peut être considérée comme un moyen de faire respecter l'obligation d'obéissance due aux membres coopérants. Elle est au service des membres coopérants et surtout de leur droit à une coopération équitable. Cette implication de la réciprocité des restrictions a bien été relevée par Bayles dans son livre sur Hart :

Le système juridique est une entreprise commune mutuellement bénéfique régie par des règles impliquant une restriction de la liberté (obligations). Comme tous en bénéficient, ceux qui obéissent ont droit à ce que les autres obéissent également. Ce droit sert de fondement pour contraindre les autres à obéir et imposer des sanctions (peines) en cas de non-obéissance³⁴⁴.

342 H.L.A. Hart, « Are There Any Natural Rights ? », *art. cit.*, p. 185.

343 LLM, p. 21, p. 55-56.

344 M.D Bayles, *Hart's Legal Philosophy : An Examination*, Dordrecht : Springer, 1992, p. 256. Voir aussi : « The cooperating persons have a moral right that others obey. Like any right, it can be enforced by coercion. Hart suggests that political society is an example of such a cooperating group, in which case the obligation to comply can be coercively enforced by officials. » (M.D Bayles, *Hart's Legal Philosophy : An Examination*, *op. cit.*, p. 155.) Voir également Arneson : « those who contribute their assigned fair share of the costs of the scheme have a right, against the remaining beneficiaries, that they should also pay their fair share. A moral obligation to contribute attaches to all beneficiaries in these circumstances, and it is legitimate to employ minimal coercion as needed to secure compliance with this obligation (so long as the cost of coercion does not tip the

Cet argument repose sur le principe du caractère exécutoire de toutes les obligations qu'on peut éventuellement critiquer³⁴⁵. Toutefois, même sans ce principe, on peut relier solidement la réciprocité des restrictions (et le droit à l'obéissance qui en découle) à la peine.

L'argument comporte trois prémisses et une conclusion : 1° les membres coopérants ont droit au respect des règles de la coopération ; 2° qui a droit à la fin a droit aux moyens ; 3° la peine est nécessaire pour que les règles de la coopération soient respectées ; 4° par conséquent, les membres coopérants sont justifiés à punir les infractions aux règles de la coopération. Nous avons déjà étudié la première prémisse (dans cette partie) ainsi que la troisième prémisse (dans la deuxième partie). Il nous reste à étudier la deuxième prémisse.

Dans le *Léviathan*, Hobbes affirme que « quiconque a droit à la fin a droit aux moyens³⁴⁶ » (*whosoever has right to the end has right to the means*) et que, par conséquent, le souverain a le droit de faire tout ce qui est nécessaire pour préserver ou recouvrer la paix et la sécurité. On peut rendre cette affirmation moins terrifiante en disant que « quiconque a droit à la fin a droit aux moyens les moins problématiques (ou les plus acceptables) », car il peut exister plusieurs moyens de réaliser la fin. Toutefois, on ne peut pas renoncer à cette affirmation, une fois modifiée, sans renoncer à celle selon laquelle une personne a droit à une chose. En effet, si une personne a droit à une chose et qu'il n'y a qu'un seul moyen de l'obtenir, on ne peut pas lui refuser ce moyen sans nier du même coup qu'elle a droit à cette chose³⁴⁷.

balance of costs and benefits adversely). » (R.J. Arneson, « The Principle of Fairness and Free-Rider Problems », *Ethics*, vol. 92, n° 4, 1982, p. 623.) Voir également MacCormick : « Hart holds that law-abiding citizens ought to have some guarantee that their self-restraint is not exploited by others. Hence some coercive sanctions are a normally necessary feature of legal orders. But are they merely necessary in fact, or is this a requirement of fairness to the law-abiding citizens ? If the latter, there is a non-utilitarian general justification of punishment implicit in Hart's view [...]. » (N. MacCormick, *H.L.A. Hart*, Stanford : Stanford University Press, 2008, p. 179.) Voir enfin Ellis : « Viewing the social order as a cooperative venture involving costs and benefits, the principle might suggest that those who benefit could legitimately be compelled to pay some of the costs, and punishment might be seen as part of this process of compulsion. » (A. Ellis, *The Philosophy of Punishment*, Imprint Academic, 2012, p. 71.)

345 Nozick rejette ce principe. Voici sa première objection. Imaginons que je vous promette que je ne tuerai pas X, cela ne vous donne pas le droit de me forcer à ne pas tuer X, car vous avez déjà ce droit. Réponse : un seul et même droit peut avoir plusieurs sources. Voici sa deuxième objection. Imaginons que je demande à Jean « Promets-moi de ne jamais me forcer à partir de la maison ». Jean promet de ne jamais me forcer à partir de la maison. Finalement, je dis à Jean « Je te promets de partir de la maison ». Dès lors, Jean ne peut pas me forcer à partir de la maison, alors que j'ai l'obligation (en vertu de ma promesse) de partir de la maison. Réponse : on pourrait dire que j'ai fait une promesse impossible, une promesse invalide ou incompatible avec la première promesse de Jean. On pourrait également dire qu'il y a un *conflit insoluble* entre l'obligation de Jean de tenir parole et son droit de déterminer comment je devrais agir. Ainsi, la critique de Nozick n'est pas convaincante.

346 T. Hobbes, *Leviathan*, Indianapolis : Hackett Publishing Company, 1994, chapitre XVIII, p. 113.

347 « If a person has a particular right, the demand that the enjoyment of the substance of the right be socially

Bien sûr, il peut y avoir des circonstances difficiles dans lesquelles on admet que le titulaire du droit a droit à un certain moyen, mais on décide de ne pas respecter son droit afin d'éviter des conséquences désastreuses : « Dans des situations douloureuses, ce sera parfois un moindre mal que de ne pas tenir compte des droits des personnes et de ne pas respecter nos obligations envers elles³⁴⁸. » Si le moyen est intrinsèquement immoral et abominable, on fait également face à un dilemme moral : ou bien refuser ce moyen et bafouer le droit de la personne, ou bien respecter le droit de la personne et accomplir un acte impardonnable.

d) Le droit à la sécurité

Le droit des membres coopérants à l'obéissance des « passagers clandestins » (qui découle de la réciprocité des restrictions) est, on l'a vu, un droit spécial, par opposition aux droits généraux. Dans « Natural Rights : Bentham and John Stuart Mill », Hart propose une autre terminologie. Il oppose les *droits moraux positifs* aux *droits naturels*. Les droits moraux positifs sont des « artefacts moraux » : ils ont pour source des actions volontaires (par exemple, faire une promesse) qui, d'après les règles de la morale positive, donnent naissance à des droits. Si Jean promet à Paul de l'aider, Jean a l'obligation morale d'aider Paul et Paul a droit à l'aide de Jean, il a le droit de se plaindre s'il ne l'aide pas. Si Jean autorise Paul à lire son journal intime et si quelqu'un demande à Paul « De quel droit lis-tu le journal intime de Jean ? », Paul peut répondre « J'ai le droit, parce qu'il m'a donné la permission ». En revanche, les droits naturels ne sont pas des artefacts ; leur existence ne dépend pas de conventions sociales ; ils reflètent ou sont adaptés à certains traits de la nature humaine³⁴⁹.

Nous avons vu qu'on pouvait proposer une justification de la peine fondée sur un droit moral positif, le droit à l'obéissance dérivant de la réciprocité des restrictions. Peut-on proposer une justification de la peine fondée sur un droit naturel ? Un bon candidat, selon nous, est le droit

guaranteed is justified by good reasons, and the guarantees ought, therefore, to be provided. » (H. Shue, *Basic Rights : Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton : Princeton University Press, 1980, p. 13.)

348 H.L.A. Hart, « Are There Any Natural Rights ? », *art. cit.*, p. 186.

349 *EB*, p. 83-84. Voir également ce passage : « non-legal rights are part of ordinary moral assessments which individuals make of each other's conduct. A promise surely creates a moral right for the person to whom the promise is made, and if an owner of property authorises another man to use his property surely that confers upon the latter the right to do so. Such non-legal rights are familiar features of daily life [...]. » (H.L.A. Hart, Juan Ramón de Páramo, « Answers to Eight Questions (1988) », in L.D. d'Almeida, J. Edwards, A. Dolcetti (éd.), *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law*, Oxford : Hart Publishing, 2013.)

à la sécurité. Voyons pourquoi.

Hart ne cesse de répéter qu'on a (urgemment) besoin d'une théorie des droits humains fondamentaux, en plus d'une théorie de l'utilité : « Il apparaît clairement qu'en général, ce dont on a besoin, c'est d'une théorie des droits moraux individuels et de leur relation avec d'autres valeurs poursuivies par le droit, qui soit beaucoup plus complète et détaillée que celles proposées jusqu'à présent³⁵⁰. » Il pense que Bentham a eu tort de rejeter catégoriquement les droits humains fondamentaux :

il a représenté les défenseurs français des droits naturels comme étant aux prises avec un dilemme entre l'impossible et le superflu. En cela, je pense qu'il avait tort : il y a certainement plus à dire sur la relation entre les droits humains fondamentaux et d'autres valeurs qu'il ne le pense. [...] Certaines théories me semblent jeter le bébé (c'est-à-dire les droits fondamentaux compatibles entre eux et avec le gouvernement) avec l'eau du bain [...] ³⁵¹.

Même si lui-même n'a jamais vraiment développé de théorie des droits humains fondamentaux, il a indiqué quelle orientation il faudrait donner à celle-ci, la forme qu'elle devrait prendre. Pour Hart, l'individu a des *besoins essentiels* (tels que certaines libertés, certaines protections) et, d'après lui, les droits humains fondamentaux sont directement liés à ces besoins essentiels. Il l'explique dans plusieurs textes. Dans « Natural Rights : Bentham and John Stuart Mill », Hart explique que Mill nous donne deux critères d'identification des droits moraux : *essential individual good* et l'utilité générale. Selon Hart, le deuxième critère ne fonctionne pas, seul le premier fonctionne :

Ce qui reste est la première partie du double critère [de Mill] qui identifie les droits universels comme ces formes de bien individuel que sont « les éléments essentiels du bonheur humain »,

350 *EJP*, p. 144. Voir aussi : « there is much still to be done to identify the peculiar features of the dimension of morality constituted by the conception of basic moral rights and the way in which that dimension of morality relates to other values pursued through government [...]. » (*EJP*, p. 121-122.) Ou encore : « we still need a satisfactory theory of basic human rights and their relationship to other values pursued through law. » (*EJP*, p. 158.) Ou encore : « what is first needed is some more radical and detailed consideration of the ways in which rights relate to other values pursued in society. [...] Yet it is plain that a theory of rights is urgently called for. » (*EJP*, p. 195-196.) Ou encore : « there is much still to be done to identify the peculiar features of the dimension of morality constituted by the conception of basic moral rights and the way in which that dimension of morality relates to other values pursued through government. » (*EJP*, p. 221-222.) Ou encore : « we have not yet developed a theory of individual rights, comparable with utilitarian theory in clarity, in detailed articulation and in appeal to practical men. At present although we can point to institutions—like the presumption of innocence—which seem to embody such rights we have only the fragments of a theory. » (*EB*, p. 39.)

351 *EJP*, p. 151-152.

« le fondement de notre existence », les choses « dont aucun être humain ne peut se passer ». De telles descriptions [...] sont sans doute vagues et controversées, mais je pense qu'elles sont plus que de « simples bruits faisant l'objet de controverses ». Elles réduisent au moins le champ du débat et indiquent la direction dans laquelle il pourrait encore être réduit. Elles suggèrent que ce qu'il nous faut pour donner un sens à la notion de droits moraux universels est une théorie de ce dont les individus ont besoin (*need*) et peuvent raisonnablement exiger de chacun (en termes de restriction ou de service), afin de poursuivre leurs propres fins par le développement de pouvoirs spécifiquement humains. [...] je me contenterai ici d'exposer mon point de vue qui est que je ne pense pas qu'une théorie des droits humains fondamentaux puisse fonctionner si elle ne prend pas la forme suggérée par la première partie du double critère de Mill³⁵².

Dans l'introduction des *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Hart explique que dans les essais 8 à 10, il examine différentes tentatives de fonder les droits humains fondamentaux et il affirme ceci :

les arguments [de Mill] amènent à la conclusion qu'une théorie des droits individuels fondamentaux individuels doit reposer sur une conception spécifique de la personne humaine et de ce qui est nécessaire à l'exercice et au développement de pouvoirs spécifiquement humains. [...] Ce qui me renforce dans cette croyance est que lorsque le professeur Rawls a répondu à mes arguments de l'essai 10, les modifications qu'il a apportées à l'énoncé original de sa propre théorie pour répondre à mes objections semblent identifier les libertés de base qu'il défend, ainsi que leur priorité sur d'autres valeurs, par référence à une conception de la personne humaine et de ce qui est nécessaire à l'exercice et au développement de ce qu'il appelle des pouvoirs moraux³⁵³.

Enfin, dans « Legal Rights », il explique que la *choice theory of rights* ne permet de rendre compte des droits humains fondamentaux, car ceux-ci protègent des « besoins humains essentiels³⁵⁴ » :

il existe une forme distincte de critique morale du droit qui, comme les droits d'immunité

352 *EB*, p. 103-104. Comparer avec Shue ici : « [Rights] are social guarantees against actual and threatened deprivations of at least some basic needs. » Ou ici : « Why [...] are security and subsistence basic rights ? Each is essential to a normal healthy life. » (H. Shue, *Basic Rights : Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, *op. cit.*, p. 18, p. 29.)

353 *EJP*, p. 17.

354 *EB*, p. 186, note 90.

constitutionnelle (*constitutional immunity rights*) déjà décrits, est inspirée par la prise en compte des besoins de l'individu en ce qui concerne certaines libertés et protections ou avantages fondamentaux. La critique du droit pour son incapacité à répondre à ces besoins individuels est distincte de, et parfois en conflit avec, la critique dont Bentham s'occupait peut-être trop exclusivement, à savoir que le droit échoue souvent à maximiser l'utilité globale³⁵⁵.

Selon nous, s'il en avait eu la force, Hart aurait développé une théorie des droits naturels dans le même esprit (empiriste et déflationniste) que sa théorie du contenu minimum du droit naturel³⁵⁶. On pourrait reprendre ses mots et dire qu'une « réflexion sur certaines généralisations tout à fait évidentes – voire même sur des truismes – concernant la nature humaine et le monde dans lequel les hommes vivent, montre qu'aussi longtemps qu'elles demeurent valables, il existe certains³⁵⁷ » besoins humains essentiels qui doivent être satisfaits.

Maintenant, la question qu'on peut se poser est : la sécurité est-elle un droit humain fondamental ? Hart fait à plusieurs reprises allusion à cette idée d'un droit à la sécurité :

Il est également vrai, cependant, qu'un usage plus large de l'expression « un droit » est commun parmi les non-juristes et surtout chez les auteurs de théorie politique qui n'hésitent pas à dire, par exemple, que lorsque le droit *pénal* interdit le meurtre et les agressions, il garantit par là aux individus un droit à la sécurité de la personne, même s'ils ne sont pas en mesure de renoncer à une obligation imposée par le droit pénal³⁵⁸.

en dehors du droit existe une conviction morale selon laquelle ceux qui tombent sous le coup de la loi ont *droit* à ce que chacun s'abstienne de certaines conduites nuisibles. Une telle structure de droits et obligations réciproques, interdisant à tout le monde de porter gravement préjudice à autrui, constitue, sans en être l'ensemble, la base de la morale de chaque groupe social³⁵⁹.

355 *EB*, p. 192.

356 Dans le même sens, G. Byrne, « Taking the Minimum Content Seriously : Hart's Liberalism and Moral Values », *The Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 63, n° 4, 2012, p. 493.

357 *CL*, trad. fr., p. 210.

358 H.L.A. Hart, « Bentham », *art. cit.*, p. 37.

359 *CL*, trad. fr., p. 182. Voir aussi : « The equal extension to all of the fundamental legal protections of person and property is now generally regarded as an elementary requirement of the morality of political institutions [...] ». » (*EJP*, p. 116.)

À vrai dire, si les droits humains fondamentaux sont effectivement liés à nos besoins fondamentaux, alors la sécurité devrait logiquement être un droit humain fondamental. Hart fait d'ailleurs lui-même le rapprochement entre ces deux idées :

la revendication de ces droits [naturels] est, essentiellement, une revendication de ce qui est nécessaire, non seulement pour assurer l'augmentation totale du plaisir et du bonheur, mais aussi de ce dont les hommes (dotés de capacités de pensée, de choix et d'action rationnels spécifiquement humaines) ont besoin pour pouvoir poursuivre leurs propres fins individuelles en tant qu'êtres de progrès ; autrement dit, ils ont besoin, premièrement, d'un large espace de liberté et, deuxièmement, d'une protection contre les formes les plus évidentes de dommage physique³⁶⁰.

[le critique individualiste] considérera la mesure de protection conférée par le droit pénal ordinaire comme une réponse à ces besoins, tout comme les obligations de pourvoir à ces besoins qui incombent aux organismes publics ou aux autorités. Dans cette optique, la prohibition du meurtre et des agressions sera considérée et décrite à juste titre comme protégeant le droit à la vie et à la sécurité de la personne ; quoique s'il s'agissait simplement d'exposer le droit pénal, ce serait redondant, voire trompeur. Par conséquent, dans les cas où le droit pénal pourvoit à ces besoins humains essentiels, le critique individualiste du droit serait d'accord avec le défenseur de la *benefit theory* pour parler de droits correspondant à certains devoirs du droit pénal³⁶¹.

Si les êtres humains possédaient des carapaces naturelles les immunisant contre l'attaque d'autres hommes humains, s'ils perdaient leur vulnérabilité, non seulement on verrait disparaître une raison de formuler la prescription « Tu ne tueras point »³⁶², mais on verrait également disparaître une raison de demander le respect du droit à la sécurité. Le « naturel »

360 *EJP*, p. 189.

361 *EB*, p. 192. Voir aussi : « what is to be considered are [...] fundamental rights which may be said to be against the legislature, limiting its powers to make (or unmake) the ordinary law, where so to do would deny to individuals *certain freedoms and benefits now regarded as essentials of human well-being*, such as freedom of speech and of association, freedom from arbitrary arrest, *security of life and person*, education, and equality of treatment in certain respects. » (*EB*, p. 190, nos italiques.) Ou encore : « Human beings [...] need a “Sovereign” to enforce a system of restraints. This is a device which by counteracting human egoism provides some of the essentials of human welfare : *security from violence* and from deception, and respect for keeping promises and for property and fair dealing. » (H.L.A. Hart, « Morality and Reality », *The New York Review of Books*, vol. 25, n° 3, 1978, nos italiques.) Ou encore : « *all men are entitled to a minimum of protection from others.* » (*CL*, p. 200-201, nos italiques.) Ou encore : « A more serious objection to the empirical argument conducted in terms of human needs for protection from violence to the person and property and for co-operation is the contention that although these are fundamental human needs, the coercive rules of a legal system need not provide for them. » (*EJP*, p. 113.)

362 *CL*, p. 194-195.

dans « droit naturel » doit être compris de la même façon que dans le chapitre IX du *Concept de droit*, c'est-à-dire comme contingence naturelle.

Le lien entre droits moraux et sécurité est au cœur des deux essais de Hart sur Mill et les droits moraux. Selon Hart, « Mill pensait qu'il était impossible de rendre compte de la justice comme segment distinct de la morale sans reconnaître que les hommes ont des droits moraux et juridiques, notamment certains droits fondamentaux à la liberté et à la sécurité³⁶³ ». Il explique que pour Mill, la sécurité fait partie des éléments essentiels au bien-être individuel :

[Mill] dit que dans le cas des droits individuels, les intérêts de l'individu qui sont en jeu constituent « [une] forme d'utilité extraordinairement importante et impressionnante » qu'il décrit dans un certain nombre de phrases frappantes : « [ce dont] aucun être humain ne peut se passer » ; « le fondement même de notre existence » ; « les éléments essentiels du bien-être humain ». Il explique que parmi les intérêts inclus dans ce type particulier d'utilité que sont les droits fondamentaux figurent la sécurité de l'individu contre les préjudices infligés par autrui et contre les interférences injustifiées avec sa liberté de poursuivre son propre bien. Ce sont, dit-il, des « utilités qui sont beaucoup plus importantes et donc plus absolues et impératives » que toutes les autres, et qu'il convient de distinguer nettement de la simple idée de promouvoir le plaisir, le bonheur ou le confort de l'homme³⁶⁴.

Ainsi, il semblerait qu'il y ait une place chez Hart pour un droit à la sécurité. Mais qu'est-ce que le droit à la sécurité ? Il faut le définir plus précisément. Comme le note Lazarus, en le délimitant, on délimite l'obligation corrélative de l'État de recourir à la coercition et, en particulier, de punir³⁶⁵. Il va de soi que le droit à la sécurité n'est pas un droit à une sécurité *absolue*. La sécurité absolue est une contradiction dans les termes, puisqu'elle présuppose qu'on octroie aux autorités un pouvoir très important qui serait à l'origine d'une grande insécurité, ou plutôt, d'une grande insûreté³⁶⁶. Le droit à la sécurité doit toujours être compris comme un droit à un niveau raisonnable de sécurité objective³⁶⁷. Selon Shue, le droit à la

363 *EB*, p. 16.

364 *EJP*, p. 188-189.

365 L. Lazarus, « The Right to Security – Securing Rights or Securitising Rights ? », in R. Dickinson *et alii* (éd.), *Examining Critical Perspectives on Human Rights*, Cambridge : Cambridge University Press, 2012, p. 89.

366 On distingue parfois la *sûreté* (garantie contre les arrestations, détentions et peines arbitraires) et la *sécurité* (absence de dangers pour les personnes ou de menaces pour les biens).

367 « I am not suggesting the absurd standard that a right has been fulfilled only if it is impossible for anyone to be deprived of it or only if no one is ever deprived of it. The standard can only be some reasonable level of guarantee. But if people who walk alone after dark are likely to be assaulted, or if infant mortality is 60 per 1000 live births, we would hardly say that enjoyment of, respectively, security or subsistence had yet been

sécurité signifie seulement qu'on doit être protégé contre les menaces standards (*standard threats*) à la sécurité, c'est-à-dire contre les menaces ordinaires, sérieuses mais remédiables : il n'est pas question d'offrir des garanties contre n'importe quelle menace ou contre des menaces inéliminables³⁶⁸. La difficulté est de déterminer où se situe ce niveau raisonnable de sécurité objective, ce que sont ces menaces standards. On pourrait utiliser des points de repère chiffrés, par exemple considérer que si le taux d'homicide dépasse 10 pour 100 000 habitants et 200 viols ont lieu par jour, l'État ne respecte pas ses obligations.

Le droit à la sécurité est un droit humain fondamental. Par conséquent, il a toutes les caractéristiques formelles d'un droit humain fondamental : ce n'est pas un artefact ; son existence ne dépend pas de conventions sociales ; il reflète, et est adapté à, certaines caractéristiques de la nature humaine³⁶⁹ ; il est stable dans le temps, son contenu ne change pas en fonction des circonstances ; son invocation a un caractère péremptoire en ceci qu'elle justifie la demande faite aux autres de faire ceci ou de ne pas faire cela ; il est conceptuellement lié à des *coercive obligations*³⁷⁰ ; il sert d'outil critique, en ceci que s'il est ignoré, on peut exiger des changements, voire résister³⁷¹.

Venons-en maintenant au lien avec la peine. Peut-on admettre un droit à la sécurité sans admettre, du même coup, un devoir de punir ? Si la sécurité nous est due, alors la répression des atteintes aux personnes et aux biens nous est due, *à condition qu'il soit prouvé que celle-ci est essentielle à la sécurité*. Insistons bien sur cette condition : si on pouvait garantir la sécurité en recourant à une meilleure solution que la répression, alors ce serait cet autre moyen, et non la répression, qui nous serait dû³⁷².

socially guaranteed. » (H. Shue, *Basic Rights : Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, op. cit., p. 17.) Dans le même sens : « Morally, given adequate resources overall, each citizen has a claim to a level of security compatible with living a decent life (however understood). » (M. Matravers, « Punishment, Suffering, and Justice », in S. Farrall et alii, *Justice and Penal Policy*, Routledge, 2016.)

368 H. Shue, *Basic Rights : Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, op. cit., p. 32.

369 *EB*, p. 84.

370 *EB*, p. 86.

371 *EB*, p. 91-92.

372 « But it is impossible to protect anyone's rights to physical security without taking, or making payments toward the taking of, a wide range of positive actions. For example, at the very least the protection of rights to physical security necessitates police forces ; criminal courts ; penitentiaries ; schools for training police, lawyers, and guards ; and taxes to support an enormous system for the prevention, detection, and punishment of violations of personal security. All these activities and institutions are attempts at providing social guarantees for individuals' security so that they are not left to face alone forces that they cannot handle on their own. » (H. Shue, *Basic Rights : Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, op. cit., p. 37-38.)

La CEDH a tenu un raisonnement extrêmement proche dans l'affaire Dink c. Turquie. Rappelons brièvement les faits. Hrant Dink, directeur de la publication et rédacteur en chef de l'hebdomadaire turco-arménien *Agos*, fut assassiné en 2007 de trois balles dans la tête, alors qu'il quittait le siège de sa publication, par un individu faisant partie d'un groupe ultranationaliste. Dink avait publié entre 2003 et 2004 une série de huit articles dans lesquels il exposait son opinion sur la question de l'identité des citoyens turcs d'origine arménienne. L'enquête révéla que la police et la sûreté d'Istanbul ne réagirent pas alors qu'elles savaient que l'auteur du crime était en train de planifier un assassinat contre Dink.

Une partie du problème est de savoir si l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme a été violé. La première phrase de cet article, intitulé « droit à la vie », dispose que : « Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. » Le passage de l'arrêt qui nous intéresse est le suivant :

La Cour rappelle que la première phrase de l'article 2 § 1 astreint l'État non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière, mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction [...]. L'obligation de l'État à cet égard implique le devoir primordial d'assurer le droit à la vie en mettant en place une législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes contre la personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, réprimer et sanctionner les violations. Cette disposition comporte aussi, dans certaines circonstances définies, l'obligation positive pour les États de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui³⁷³.

Du droit fondamental à la vie de toute personne *découle* une obligation positive, pour les États, de prendre des mesures nécessaires à la protection de la vie humaine et, en particulier, de *punir les atteintes aux personnes*³⁷⁴.

373 Cour européenne des droits de l'homme, Affaire Dink c. Turquie, (Requêtes n° 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 et 7124/09), Arrêt, Strasbourg, 14 décembre 2010, §64, p. 17.

374 Comme l'écrit Lazarus : « there are few rights so centrally directed at the establishment of coercive duties than the right to security. » (L. Lazarus, « The Right to Security – Securing Rights or Securitising Rights ? », *art. cit.*, p. 89.)

Pour conclure, comparons la justification benthamienne et la justification fondée sur les droits. Commençons par les points communs.

1° En théorie, les deux justifications nous permettent d'assumer le fardeau de la justification. En effet, l'état de nécessité est considéré en droit pénal comme *le* fait justificatif englobant tous les autres (nous reviendrons sur ce point dans le prochain chapitre) ; en outre, les droits humains fondamentaux sont par définition extrêmement importants, leur violation est par définition intolérable³⁷⁵.

2° En pratique, les deux justifications sont fragiles. La justification benthamienne est fragile, car elle part du principe que la répression est nécessaire pour empêcher un mal plus grand. Cependant, ce postulat peut être remis en question. La justification fondée sur les droits est fragile parce qu'elle part du principe 1° qu'il existe un droit moral positif à l'obéissance ou un droit humain fondamental à la sécurité ; 2° que la peine est nécessaire pour obtenir l'obéissance ou pour garantir la sécurité. Par conséquent, on ne peut pas affirmer avec certitude que la peine soit justifiée.

3° Les deux justifications sont instrumentales, considèrent la peine comme un moyen en vue d'une fin, comme un instrument. La justification benthamienne considère la peine comme un moyen d'empêcher un mal plus grand. La justification fondée sur les droits considère la peine comme un moyen d'obtenir l'obéissance ou alors comme un moyen de garantir la sécurité. Le débat sur la justification de la peine n'est pas tellement de savoir si la peine est un moyen en vue d'une fin *ou alors* quelque chose qui a une valeur intrinsèque, mais plutôt : partant du principe que la peine est un instrument de prévention, qu'est-ce qui *justifie* qu'on fasse usage de cet instrument ?

4° Les deux justifications ne sont pas des explications des mécanismes par lesquelles la peine produit ses effets. Ce ne sont pas théories criminologiques, bien que leur validité repose sur des données factuelles.

5° Les deux justifications peuvent être utilisées abusivement. On peut invoquer le droit à la sécurité pour justifier une politique inutilement répressive, pour justifier des mesures

375 *EB*, p. 86.

liberticides dont l'efficacité, en termes de sécurité, n'est pas prouvée, voire douteuse³⁷⁶. On peut également utiliser l'argument du mal nécessaire pour justifier des abominations³⁷⁷.

Après les points communs, voici les différences.

1° La justification benthamienne et la justification fondée sur les droits correspondent à deux « dimensions » différentes de la morale. Comme Hart l'explique :

en dernier ressort, il y a un gouffre infranchissable entre l'utilitarisme pur, pour qui la maximisation de la somme totale de bien-être ou de bonheur général est le critère axiologique ultime, et une philosophie des droits humains fondamentaux, qui insiste sur la priorité des principes protégeant, pour chaque être humain, certains aspects du bien-être individuel³⁷⁸ [...].

Comme les autres dimensions de la morale, elles peuvent entrer en conflit, mais elles peuvent également (on n'insiste pas assez ce point) se renforcer mutuellement. Sur la question de la justification de la peine, c'est exactement ce qui se produit.

2° La justification benthamienne repose sur l'estimation et la comparaison de deux *quantités* de maux : ceux causés par la répression d'un type de comportement, ceux causés par l'absence de répression de ce même type de comportement. Ce n'est pas le cas de la justification basée sur les droits, qui est non-comparative : elle ne tient pas compte de la première condition de la justification benthamienne. La seule question qui la préoccupe est : le droit pénal contribue-t-il significativement à notre sécurité et, si oui, est-il remplaçable par une alternative moins problématique ?

3° Pour la justification basée sur les droits moraux, mais pas pour la justification benthamienne, la peine est quelque chose qui est *dû* ou bien aux « honnêtes gens » ou bien à

376 « assertions of the right to security can imply, and increasingly have been politically exploited to mean, increasing police powers, powers of surveillance, powers of pre-trial detention and pre-emptive measures aimed at risk prevention. » (L. Lazarus, « The Right to Security – Securing Rights or Securitising Rights ? », *art. cit.*, p. 89.)

377 « il est évident que le raisonnement du “moindre mal” [...] est l'un des mécanismes intégrés à la machinerie de la terreur et de la criminalité. L'acceptation du moindre mal est consciemment utilisée pour conditionner les fonctionnaires comme la population en général à accepter le mal comme tel. » (H. Arendt, *Responsabilité et jugement*, trad. J.-L. Fidel, Paris : Payot et Rivages, 2009, p. 78.) On peut également rappeler ces vers de John Milton dans *Paradise Lost* : « So spake the Fiend, and with necessity, The tyrant's plea, excused his devilish deeds. »

378 *EJP*, p. 188.

tout être humain ; l'État a l'obligation morale (et même légale, lorsque le droit à la vie ou à la sécurité est juridiquement reconnu, comme l'illustre l'affaire Dink c. Turquie) *envers* les citoyens de punir. Comme l'écrit Scanlon : « [Les gouvernements] doivent également à leurs citoyens (*owe it to their citizens*) de décourager les violations par la condamnation et, dans la mesure où cela est nécessaire, en menaçant les malfaiteurs de leur infliger des formes de traitement pénible³⁷⁹. »

379 T.M. Scanlon, « Giving Desert its Due », *Philosophical Explorations*, vol. 16, n° 2, 2013, p. 103.

Chapitre 3.1 : La responsabilité pénale

Plan du chapitre

I. L'origine de la règle de responsabilité de Hart.....	224
II. La signification de la règle de responsabilité de Hart.....	229
1. L'auteur d'un comportement contraire au droit.....	230
2. Les capacités : la clef des exemptions.....	232
a) Le discernement.....	233
b) Le contrôle sur ses actes.....	234
3. <i>Fair opportunity</i> : la clef des excuses.....	237
a) L'ignorance.....	237
b) La contrainte physique.....	239
c) La contrainte morale.....	240
d) Chance raisonnable et héroïsme.....	242
4. La nécessité : la clef des justifications pénales.....	245
a) Hart et les justifications.....	246
b) La nécessité, mère des justifications pénales.....	247
5. Bilan et remarque sur les troubles mentaux.....	248
III. La justification de la règle de responsabilité de Hart.....	251
1. La critique de la justification utilitariste.....	251
a) La punition de l'innocent.....	251
b) Responsabilité stricte et responsabilité absolue.....	260
c) Punir ceux qui n'auraient pas <i>dû</i> agir autrement ?.....	266
d) L'utilitarisme et les innocents.....	268
2. La justification pluraliste de Hart.....	269
a) Première valeur, la liberté.....	269
b) Deuxième valeur, la justice.....	274
c) Les compromis de Hart.....	277
d) Hart et Strawson.....	281
IV. Le déterminisme et la règle de responsabilité de Hart.....	284
1. Qu'est-ce que le déterminisme ?.....	285
2. Compatibilisme.....	286
3. Incompatibilisme.....	288

Nous avons vu dans le chapitre précédent que la justification de la pratique de la peine présupposait ou pouvait présupposer certaines conditions distributives. Il s'agit désormais de *préciser* et de *justifier* ces conditions distributives, deux tâches qui, selon Hart, sont indépendantes de la justification de la pratique de la peine.

Dans ce chapitre, nous nous intéresserons au premier aspect de la distribution de la peine : la responsabilité pénale (l'autre aspect étant la détermination de la peine en qualité et en quantité). Le mot « responsabilité » est fortement polysémique. Dans la postface de *Punishment and Responsibility*, Hart explique qu'il a quatre sens principaux¹ : la

1 Le mot « responsable » a sans doute plus de quatre significations, mais il n'est pas utile de toutes les

responsabilité-rôle, la responsabilité-cause, la responsabilité-*liability* et la responsabilité-capacité. Examinons-les successivement.

1° La responsabilité-rôle. On dit que les parents sont responsables de l'éducation de leurs enfants, qu'un garde du corps est responsable de la sécurité du président, qu'un jardinier est responsable de la propreté du jardin, etc. Selon Hart, « X est responsable de... » signifie ici que X est tenu à tel ou tel devoir spécifique en raison du rôle qu'il occupe. Il ajoute que l'énoncé « X se comporte de façon responsable » fait référence à la responsabilité-rôle. En effet, une personne responsable est une personne qui prend ses devoirs au sérieux, qui fait de son mieux pour les accomplir.

2° La responsabilité-cause. « X est responsable de quelque chose » peut signifier « X est à l'origine de quelque chose », comme dans les énoncés suivants : « L'alcool est responsable de nombreux accidents », « Staline fut responsable de la mort de plusieurs centaines de milliers de personnes », « La crise économique est responsable de la baisse des salaires », « La campagne publicitaire est responsable du succès de ce film », etc. On le voit, des personnes, des animaux, des choses, des actions, des événements, etc., peuvent être responsables, au sens de « à l'origine de quelque chose ». Ce sens du mot « responsable » est purement factuel : dire que Staline fut responsable de la mort de plusieurs centaines de milliers de personnes, c'est simplement énoncer une vérité historique, sans porter de jugement sur Staline².

Comme le note Hart, on utilise en règle générale le terme « responsable » en ce sens lorsque la conséquence est ou bien malheureuse, ou bien heureuse. Cependant, rien ne nous interdit de dire que X est responsable d'un événement neutre, par exemple de dire que la loi de l'attraction universelle est responsable du phénomène des marées. Cela montre simplement qu'on s'intéresse davantage aux causes des événements lorsqu'ils sont heureux ou malheureux.

répertoire, il suffit de distinguer les plus importantes : « I hope [...] I have avoided the arbitrary pedantries of classificatory systematics, and that my divisions pick out and clarify the main, though not all, varieties of responsibility to which reference is constantly made, explicitly or implicitly, by moralists, lawyers, historians, and ordinary men. » (*PR*, p. 212.) Dans le même sens : « A conceptual investigation is served by the delineation of the main trends of usage, not by the compilation of a dictionary. » (*CIL*, p. 27.)

2 « In one sense of "responsibility" the historian determines the responsibility of human beings for certain types of change ; and sometimes he does this with an eye to praising or blaming or passing other forms of moral judgment. But this need not be so ; the historian, though concerned to trace the consequences of human action, need not be a moralist. » (*CIL*, p. 63.)

3° La responsabilité-capacité. On dit parfois qu'une personne n'est pas responsable de ses actes. Cela signifie qu'elle n'est pas *psychologiquement* responsable, qu'elle ne jouit pas de toutes ses facultés, qu'elle n'est pas maîtresse de ses actes, bref que certaines *capacités* lui font défaut. Ces capacités, sur lesquelles nous reviendrons longuement, sont selon Hart celles de *compréhension*, de *raisonnement* et de *contrôle du comportement*³.

Une personne peut être plus ou moins responsable en ce sens. Par exemple, pour reprendre une distinction de l'article 122-1 du Code pénal, le discernement d'une personne, sans être *aboli*, peut être *altéré* ; le contrôle de ses actes, sans être *aboli*, peut être *entravé*. Dans ce cas, la personne n'est pas psychologiquement irresponsable, mais elle n'est pas non plus parfaitement responsable de ses actes.

Ce sens du mot « responsable » est à nouveau purement factuel : en disant qu'un homme n'est pas responsable de ses actes, on énonce un *fait* concernant sa *condition psychique*⁴.

4° La responsabilité-*liability*. Il existe deux versions de la responsabilité-*liability* : la responsabilité-*liability* juridique et la responsabilité-*liability* morale (que nous laisserons ici de côté). Dans « Changing Conceptions of Responsibility », Hart propose la définition suivante de la responsabilité-*liability* juridique :

Dire qu'une personne est juridiquement responsable de quelque chose (*legally responsible for something*) signifie en règle générale uniquement qu'au regard des règles de droit, elle est passible (*he is liable*) ou bien d'une peine ou bien de verser des indemnités dans certains cas. L'expression « Il le payera » couvre ces deux choses à la fois⁵.

3 PR, p. 227.

4 PR, p. 228.

5 PR, p. 196. Dans la postface, Hart critique cette définition et tente de mieux distinguer *liability* et *responsibility* : la question de savoir si une personne *encourt une peine* (*legally liable to be punished*) revient à se demander si, de façon générale, toutes les conditions pour être puni sont remplies, par exemple si elle a fait quelque chose d'illégal ; en revanche, la question de savoir si une personne est *responsable pénalement* revient à se demander si *certaines conditions spécifiques*, principalement psychologiques, pour être puni sont remplies, par exemple si elle souffre de troubles mentaux. Ainsi, la notion de *liability* est plus large que la notion de *responsibility*, qui est plus étroite. On ne s'attend pas, selon Hart, à trouver dans un livre intitulé *Criminal Responsibility* des développements généraux sur le principe de légalité, mais des développements plus spécifiques sur la négligence, la *mens rea* ou la schizophrénie. Cette nuance ne s'applique pas au français : bien qu'on puisse traduire *is liable* par « est passible » ou « encourt », *liability* se traduit normalement par « responsabilité » et il n'y a rien d'étrange, pour un francophone, à dire qu'un individu n'est pas responsable de telle ou telle action parce qu'il n'a rien fait d'illégal : voir par exemple l'article 121-1 du Code pénal (« Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait »). De plus, Hart écrit que très souvent les juristes anglophones utilisent de façon interchangeable *strict liability/responsibility*, *vicarious liability/responsibility*. Il cite même Stephen selon qui « the meaning of responsibility is liability to

Hart et Honoré donnent une définition proche dans *Causation in the Law* :

Ordinairement en droit et parfois en morale, dire que quelqu'un est responsable d'un préjudice signifie que, conformément aux règles juridiques ou aux principes moraux, il est au moins permis, voire obligatoire de le blâmer, de le punir ou de lui réclamer une compensation. Dans cet usage, l'expression « responsable de » ne fait pas référence à un lien factuel entre la personne tenue pour responsable et le préjudice, mais simplement au fait qu'il encourt, au regard des règles, un blâme, une punition ou des dommages et intérêts (*his liability under the rules to be blamed, punished, or made to pay*). Les expressions « comptable de » (*answerable for*) ou « passible de » (*liable for*) sont pratiquement des synonymes de cet usage de « responsable de », qui n'implique pas que la personne tenue pour responsable ait *fait* ou *causé* le préjudice⁶.

Ainsi, selon Hart et Honoré, « responsable » peut signifier juridiquement responsable, « juridiquement responsable » peut signifier civilement responsable ou pénalement responsable, « civilement responsable » veut dire qui encourt des dommages et intérêts et « pénalement responsable » veut dire qui encourt une peine. Autrement dit, est juridiquement responsable celui qui doit, conformément au droit en vigueur, « payer », c'est-à-dire ou bien verser des dommages et intérêts ou bien s'acquitter d'une peine.

Écartons la responsabilité civile et concentrons-nous sur la responsabilité pénale. Il y a un flottement dans l'analyse de Hart et Honoré entre deux modalités : pouvoir et devoir. Est responsable pénalement celui qui *peut* être puni (est passible d'une peine, encourt une peine, est punissable) ou alors celui qui *doit* être puni (a l'obligation de supporter le châtiment prévu par la loi) ? Ce flottement est particulièrement visible lorsqu'ils écrivent, dans le dernier passage cité, qu'« il est au moins permis, voire obligatoire (*at least permissible, if not mandatory*)⁷ » de blâmer, de punir ou d'exiger des dommages et intérêts. On retrouve ce flottement chez d'autres auteurs, comme Fauconnet⁸ ou Ross⁹. Certains théoriciens

punishment » (*PR*, p. 216).

6 *CIL*, p. 65. Voir également la préface à la seconde édition : « By “legal responsibility” we mean the liability of a person to be punished, forced to compensate, or otherwise subjected to a sanction by the law. » (*CIL*, p. xliii-xliv.)

7 *CIL*, p. 65.

8 « la responsabilité est communément entendue comme la propriété qu'a une personne de devoir légitimement supporter une peine ; dans l'usage, les mots *responsable* et *justement punissable* sont largement synonymes. » (P. Fauconnet, *La responsabilité : étude de sociologie*, Paris : F. Alcan, 1920, p. 7.)

9 « one can say that the expression “that *A* is responsible for *x*” means the same as “that *A* can be rightfully

privilégient la modalité du pouvoir¹⁰, d'autres la modalité du devoir¹¹. Comment trancher ?

Selon nous, tout dépend du statut que la loi accorde aux conditions qui doivent être réunies pour être puni (qu'on appelle, tout simplement, les conditions de la responsabilité pénale). Si ces conditions sont considérées comme *autorisant* une peine, alors le responsable est celui qui *peut* être puni. Si ces conditions sont considérées comme *prescrivant* une peine, alors le responsable est celui qui *doit* être puni. Ainsi, est responsable pénalement celui qui remplit les conditions juridiques pour être puni et qui, pour cette raison, *peut* être puni (si ces conditions *autorisent* une punition) ou *doit* être puni (si ces conditions *prescrivent* une punition). Par exemple, celui qui est responsable de fraude *peut* être puni si la loi dit « Est *passible* d'une amende de 3750 euros quiconque se rend coupable de fraude », mais *doit* être puni si la loi dit « *Sera* puni d'une amende de 3750 euros quiconque se rend coupable de fraude ».

Hart préfère, semble-t-il, la modalité du pouvoir, car il veut garder la possibilité de ne pas punir si cela ne sert à rien : lorsque les conditions de sa règle de responsabilité sont remplies, nous avons la « permission (*licence*) de punir l'infracteur comme quelqu'un qui est [...] digne d'être puni (*punishment-worthy*) », mais « la question de savoir si, dans ce cas, il doit effectivement être puni doit être réglée en fonction des effets que la peine est susceptible d'avoir sur l'infracteur ou sur le tissu juridique et moral en général¹² ».

La typologie de Hart des sens de « responsabilité » peut être légèrement raffinée. Premièrement, en ce qui concerne la responsabilité-rôle, on peut dire d'un organe qu'il est responsable de la régulation de la glycémie, alors que les organes n'ont ni devoirs ni rôles sociaux¹³. En vérité, lorsqu'on affirme que « X est responsable de... », on veut simplement dire que X est *chargé* de telle ou telle tâche. En outre, lorsqu'on affirme qu'un individu se comporte en personne responsable, on ne fait pas nécessairement référence à ses

punished for x". [...] That something is done *rightfully* [...] means that according to the rules of this system the course of action in question is allowed, possibly also demanded. » (A. Ross, *On Guilt, Responsibility and Punishment*, Berkeley : University of California Press, 1975, p. 21.)

10 « En droit criminel, être responsable, c'est être punissable. » (M. Cusson, *Pourquoi punir ?*, Paris : Dalloz, 1987, p. 107.)

11 « D'une manière générale, la responsabilité – du latin *respondere* – peut se définir comme l'obligation pour une personne de répondre de ses actes. [...] Une personne obligée de répondre pénalement de ses actes devra en effet subir une peine [...]. » (F. Desportes, F. Le Guehec, *Droit pénal général*, 16^e édition, Paris : Economica, 2009, p. 389.)

12 *PR*, p. 236-237.

13 En revanche, il est en effet étrange de parler des « responsabilités » du cœur ou du rein, puisque le cœur ou le rein sont incapables de rendre des comptes en cas d'échec.

« responsabilités » : on signifie qu'il est sérieux, qu'il prend des décisions réfléchies, qu'il ne met en danger ni sa personne ni celle d'autrui et qu'il est, pour toutes ces raisons, digne de confiance. À l'inverse, être irresponsable, c'est agir à la légère. La responsabilité est une vertu ou une qualité, l'irresponsabilité est un vice ou un défaut.

Ainsi, d'après nous, il est plus clair de distinguer un sens *fonctionnel* (« Le rein est responsable de l'élimination des déchets toxiques ») et un sens *arétique* (« Jean est quelqu'un de très responsable ») du mot « responsable ». Ces deux sens peuvent s'opposer puisque des parents irresponsables sont, malgré cela, responsables de l'éducation de leurs enfants.

Deuxièmement, Hart évoque dans une longue note un sens qu'on pourrait qualifier d'étymologique : est responsable celui qui doit *répondre* de ses actes ou de ceux des individus dont il a la garde ou la charge, qui doit répondre aux accusations en donnant des explications (c'est-à-dire ou bien une *justification* ou bien une *excuse*)¹⁴. Si, quand on est mécontent, quand on veut voir un supérieur hiérarchique, on dit « Je veux voir un responsable ! », c'est parce que c'est à lui de donner des explications, de rendre des comptes : « Dire qu'un ministre est responsable de la conduite de son ministère implique qu'il est obligé de répondre à des questions à ce sujet si les choses tournent mal¹⁵ [...] »

Ainsi, on aboutit à la conclusion que le terme « responsable » a six sens *principaux* : un sens psychologique (« Cet homme n'est pas responsable de ses actes »), un sens causal (« La sécheresse est responsable de la famine »), un sens juridique (« X est juridiquement responsable du viol de Y »), un sens fonctionnel (« Le foie est responsable de la synthèse du cholestérol »), un sens arétique (« X est une personne responsable, on peut lui faire confiance ») et un sens étymologique (« X est responsable devant le président »).

Il existe de nombreux liens entre ces différentes significations. 1° Pour qu'un individu soit responsable au sens juridique du terme, il faut en règle générale qu'il soit responsable *et* au sens causal *et* au sens psychologique du terme. Selon Hart, c'est ce qui explique historiquement pourquoi « responsable » a pu devenir synonyme de « à l'origine de » ou « maître de ses actes »¹⁶. 2° C'est le responsable au sens fonctionnel du terme qui est

14 « we must allot to their place the appeals to matters of Justification, Excuse and Mitigation *made in answer to the claim that someone should be punished.* » (PR, p. 13, nos italiques.)

15 PR, p. 265.

16 Même remarque dans CIL, p. 65.

responsable au sens étymologique du terme. Si je suis responsable de la sécurité d'un individu et que cet individu se blesse, je devrai rendre des comptes¹⁷. 3° Celui qui est responsable au sens étymologique du terme est responsable au sens juridique du terme s'il échoue à répondre aux accusations portées contre lui. J'ai cassé une vitre, je suis le responsable ; si je n'ai aucune excuse, je serai puni. 4° Se comporter de façon responsable au sens arétique du terme, c'est exemplifier les qualités attendues d'une personne responsable au sens fonctionnel du terme.

Dans ce chapitre, nous nous intéresserons principalement à la responsabilité-*liability* pénale, à la question de savoir qui peut être puni. Plus précisément, nous examinerons la « règle de responsabilité¹⁸ » de Hart spécifiant qui peut être sanctionné pénalement. La formulation canonique de cette règle se trouve dans « Negligence, *Mens Rea* and Criminal Responsibility » : « ceux que nous punissons doivent avoir eu, lorsqu'ils agissaient, les capacités normales, physiques et mentales, de faire ce que le droit exige et de s'abstenir de faire ce qu'il interdit, ainsi qu'une chance raisonnable (*fair opportunity*) d'exercer ces capacités¹⁹. » Faisons pour commencer quelques remarques générales sur cette règle.

1° Nous avons choisi de traduire *fair opportunity* par « chance raisonnable ». Pourquoi avoir traduit *opportunity* par « chance » ? Première raison, Hart lui-même utilise *fair opportunity* et *fair chance* de manière interchangeable, par exemple dans le passage suivant : « unless a man has the capacity and a fair opportunity or chance to adjust his behaviour to the law²⁰ [...] ». »

17 Voir la définition du *Trésor de la langue française* de « responsabilité » : « Charge entraînant la prise de décisions importantes et obligeant celui qui en est investi à rendre compte de ses actes et de ses résultats à ceux qui la lui ont confiée. »

18 Nous empruntons à Fauconnet l'expression de « règle de responsabilité » : il s'agit d'une règle « qui désigne le sujet passif de la sanction, ou encore celle qui prescrit comment le patient doit être choisi pour l'application de la sanction » (P. Fauconnet, *La responsabilité : étude de sociologie*, op. cit., p. 9). L'article 122-1 du Code pénal est un exemple clair de règle de responsabilité : « N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes. » Gardner parle, pour sa part, de la règle de distribution de Hart (cf. J. Gardner, « Introduction », in *PR*, p. xxxix).

19 *PR*, p. 152.

20 *PR*, p. 181. On notera que M.S. Moore, qui se réclame (sur ce point) de Hart, utilise lui aussi indifféremment *fair opportunity* et *fair chance*, cf. M.S. Moore, « Choice, Character, and Excuse », *Social Philosophy et Policy*, vol. 7, n° 2, 1990, p. 35. C'est également le cas de Lacey : « respect for agency is satisfied so long as the agent has a fair chance to conform his or her behaviour to the requirements of criminal law. » (N. Lacey, *In Search of Criminal Responsibility : Ideas, Interests, and Institutions*, Oxford : Oxford University Press, 2016, p. 28.) Ou encore de Thorburn : « he believed that one should be punished only to the extent that one had a fair chance to avoid engaging in the prohibited conduct. » (M. Thorburn, « The Radical Orthodoxy of

Deuxième raison, la traduction française de *equality of opportunity* est « égalité des chances ». Troisième raison, *opportunity* est un faux ami et ne veut pas dire « opportunité ». Quatrième raison, celui qu'on punit rétroactivement pourrait très bien se plaindre en disant, précisément, qu'on ne lui a laissé aucune chance d'obéir. Pourquoi avoir traduit *fair* par « raisonnable » ? Hart veut dire qu'il ne suffit pas de nous donner une chance, encore faut-il que nous puissions la saisir. Si je mets votre clef dans un coffre avec un code à 6 chiffres, je vous laisse certes une chance de la récupérer, mais ce n'est pas une *fair chance*, c'est-à-dire une chance raisonnable (puisque'il existe 531 441 combinaisons possibles)²¹.

2° La règle de responsabilité de Hart a trois composants. Ne peuvent être punis que ceux qui (a) ont commis un acte illégal, (b) disposent de certaines capacités physiques et mentales et (c) ont eu une chance raisonnable d'obéir à la loi. Le premier composant correspond *grosso modo* à l'*actus reus* (en droit français, à l'élément matériel de l'infraction), les deuxième et troisième composants correspondent *grosso modo* à la *mens rea* (en droit français, à l'élément moral de l'infraction). Dans ce qui suit, nous étudierons ces trois composants séparément et successivement.

3° La règle de responsabilité de Hart s'oppose à de nombreuses règles de responsabilité : elle s'oppose à la règle rétributiviste selon laquelle « une personne peut être punie si et seulement si elle a volontairement fait quelque chose de moralement condamnable²² » ; à la règle de Turner selon laquelle deux éléments sont nécessaires pour être puni : *foresight* et *desire for muscular control*²³ ; à la règle de Blackstone selon laquelle il ne peut y avoir de peine sans volonté malicieuse²⁴ ; à la règle de Hall selon laquelle « le fondement de la responsabilité pénale doit être la culpabilité morale ("l'accomplissement volontaire d'un acte moralement condamnable")²⁵ », etc.

4° La règle de responsabilité de Hart cumule plusieurs fonctions. Premièrement, on vient de le

Hart's *Punishment and Responsibility* », in M.D. Dubber (éd.), *Foundational Texts In Modern Criminal Law*, Oxford : Oxford University Press, 2014, p. 287, note 33.)

21 « When, however, the actor exercises a choice, his act is in one sense free, but if the choice is made under pressure from a prior wrongful act, or is not a fair choice because the alternative is serious harm, or may be said not to be a "real" choice because the alternative is neglecting a duty, the decision to avoid the pressure, harm, or breach of duty is not treated as free either in ordinary life or in the law. » (*CIL*, p. 142.)

22 *PR*, p. 231.

23 *PR*, p. 152.

24 *PR*, p. 18.

25 *PR*, p. 37-38.

voir, elle est une reformulation ou une réinterprétation de la maxime *actus non facit reum nisi mens sit rea*²⁶. La *mens* n'est pas *rea* lorsqu'on a un *morally evil mind*, mais lorsqu'on dispose de certaines capacités physiques et mentales et qu'on a eu une chance raisonnable d'obéir à la loi. Deuxièmement, elle rend compte des principales excuses et exemptions reconnues par le droit pénal²⁷. Troisièmement, elle clarifie une des significations possibles de l'affirmation « X n'aurait pas pu agir autrement » : on dit cela lorsque X ne dispose pas de certaines capacités ou lorsque X n'a pas eu une chance raisonnable d'obéir à la loi²⁸. Quatrièmement, elle est un standard à l'aune duquel on peut évaluer le droit existant, les décisions de justice ou les propositions de réforme. Par exemple, elle nous permet d'interroger la responsabilité stricte ou la maxime *ignorantia juris neminem excusat* (l'ignorance de la loi n'excuse personne)²⁹.

On le voit, la règle de responsabilité de Hart est à la fois un principe *explicatif* et un principe *normatif*. Mais est-elle d'abord un principe normatif ou d'abord un principe explicatif, d'abord un critère normatif ou un critère descriptif ? La difficulté est bien résumée par Hart dans le passage suivant :

Bien sûr, il se peut que si nos théories ne correspondent pas aux pratiques uniformes des systèmes juridiques, nous devions dire, au bout du compte, « Tant pis pour le droit. Il s'agit, comme nous l'avons toujours soupçonné, d'une entreprise incohérente, barbare et peu efficace ». D'un autre côté, nous pourrions dire « Tant pis pour nos théories, si elles ne peuvent pas rendre compte ou s'accommoder de pratiques et de distinctions uniformes et établies de longue date »³⁰.

À première vue, la règle de responsabilité de Hart est d'abord un principe normatif, avant d'être un principe explicatif. Autrement dit, si la règle de responsabilité de Hart ne s'accorde pas avec le droit existant, c'est au droit de changer, pas à la règle de responsabilité. En même

26 Citée par Hart in *PR*, p. 35, mais également dans « The Ascription of Responsibility and Rights », *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 49, 1949, p. 179-180. Quelle est l'origine de cette maxime ? Il semblerait qu'elle apparaisse pour la première fois dans un texte de Saint Augustin, le sermon 180 (cf. F. Pollock, F.W. Maitland, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, vol. 2, Indianapolis : Liberty Fund, 2010, p. 499, note 102). Augustin décrit la situation suivante : je demande à un homme s'il a plu. Il ne croit pas qu'il a plu, mais il a intérêt à dire qu'il a plu. Il jure par conséquent qu'il a plu. Or il s'avère qu'il a effectivement plu, même s'il l'ignore et croit le contraire. Pour Augustin, il y a parjure : *ream linguam non facit nisi mens rea* (la langue n'est pas coupable si l'âme ne l'est d'abord).

27 *PR*, p. 181.

28 « persons should not be punished if they could not have done otherwise, i.e. had neither the capacity nor a fair opportunity to act otherwise. » (*PR*, p. 153.)

29 *PR*, p. 181.

30 *PR*, p. 114.

temps, force est de constater que Hart ne cesse de faire des aller-retours entre ce qui est et ce qui doit être, l'être permettant de raffiner le devoir-être et inversement. Comme le note Lacey, il y a ici une affinité avec Rawls :

Sa méthode, remarquablement similaire à l'idée de John Rawls d'équilibre réfléchi entre nos intuitions et nos principes bien pesés, consistait à aller et venir entre des caractéristiques existantes des systèmes pénaux et des arguments libéraux ou logiques, en cherchant la meilleure rationalisation des arrangements actuels et en trouvant des ressources critiques dans des idéaux qui sont immanents à ces arrangements mais n'y sont pas entièrement réalisés³¹.

5° Hart ne défend pas, contrairement à ce que soutient M.S. Moore, une *choice theory of excuse* même s'il est vrai, par ailleurs, qu'il défend une *choice theory of rights* et que la notion de choix a une place centrale dans son œuvre³². En effet, la règle de responsabilité de Hart est parfaitement compatible avec les sanctions pour faute non intentionnelle (par exemple la faute de négligence), ce qui n'est pas le cas de la *choice theory of excuse* (un agent condamné pour homicide par négligence n'a pas *choisi* de tuer par négligence), comme le reconnaît Moore³³. À vrai dire, Hart baptise lui-même sa propre théorie de *doctrine of fair opportunity*, qu'il oppose à la traditionnelle *doctrine of mens rea*³⁴.

6° La règle de responsabilité de Hart pose les conditions *minimales* de la responsabilité. Elle pose des conditions nécessaires, mais non suffisantes. Elle est un « principe restrictif de Distribution³⁵ », elle est une garantie d'équité. Il est injuste d'être puni lorsque ces conditions ne sont pas remplies, mais cela ne signifie pas qu'on doive être puni à chaque fois que ces conditions sont remplies.

7° Il est amusant de remarquer que Hart fait *exactement* ce qu'il reprochait aux théoriciens du droit en 1949³⁶ :

31 N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart : The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 279.

32 « Whatever its defects, his philosophy is a monument to human freedom of choice. » (M.D. Bayles, *Hart's Legal Philosophy : An Examination*, Dordrecht : Springer, 1992, p. 292.)

33 M.S. Moore, « Choice, Character, and Excuse », *art. cit.*, p. 56-58.

34 *PR*, p. 181.

35 *PR*, p. 13.

36 Point également remarqué par A.S. Kaufman, « Responsibility, Moral and Legal », *Encyclopedia of Philosophy*, 1967. URL : <https://www.encyclopedia.com/humanities/encyclopedias-almanacs-transcripts-and-maps/responsibility-moral-and-legal>

Mais en poursuivant la chimère d'une formule générale, les théoriciens du droit ont cherché à imposer une unité spécieuse (comme les juges le dénoncent parfois) à ces moyens de défense et à ces exceptions hétérogènes, en suggérant qu'elles ne sont admises que dans la mesure où elles prouvent l'absence d'un élément (« l'intention ») ou, dans une théorie plus récente, de deux éléments (« la prévision » et « la volonté ») universellement requis comme conditions nécessaires pour être pénalement responsable. Et ceci prête à confusion, car ce que le théoricien présente à tort comme une preuve de l'absence d'éléments mentaux nécessaires sont en fait des critères ou des arguments multiples permettant de renverser une allégation de responsabilité³⁷.

La position de Hart a doublement évolué et cela explique en partie pourquoi il a refusé de réimprimer cet article de 1949. Premièrement, il soutient qu'on peut effectivement ramener à deux éléments les différentes excuses et exemptions et que cela n'a rien de chimérique. Deuxièmement, il soutient explicitement que les « éléments psychologiques ne sont pas *en eux-mêmes* cruciaux³⁸ » : si on s'y intéresse, c'est uniquement parce qu'ils nous permettent de prouver la seule chose réellement cruciale, à savoir que l'accusé a eu (ou n'a pas eu) de *fair chance*, que l'accusé est globalement capable (ou incapable) de discernement ou de contrôler ses actes³⁹ ; ce sont des *indicia* du fait que l'accusé n'aurait pas pu agir autrement⁴⁰.

Notre examen de la règle de responsabilité de Hart se déroulera en quatre temps. Dans un premier temps, nous explorerons ses origines. Dans un deuxième temps, nous clarifierons la signification de ses différents composants. Dans un troisième temps, nous verrons pourquoi sa justification est, selon Hart, indépendante de la justification de la peine. Dans un quatrième temps, nous nous pencherons sur ses liens avec le déterminisme.

I. L'origine de la règle de responsabilité de Hart

Dans cette première partie, la plus courte, nous allons montrer que pour forger sa règle de responsabilité, Hart s'est inspiré du débat entre G.E. Moore, Nowell-Smith et Austin portant sur la signification de l'énoncé « J'aurais pu agir autrement ».

37 H.L.A. Hart, « The Ascription of Responsibility and Rights », *art. cit.*, p. 180.

38 *PR*, p. 152.

39 « The point just is that in a civilized system only those who could have kept the law should be punished. Why else should we bother about a man's knowledge or intention or other mental element except as throwing light on this ? » (*PR*, p. 189.)

40 *PR*, p. 179.

Dans « Ifs and Cans » (1956), Austin s'attaque aux analyses de Moore et de Nowell-Smith⁴¹. Commençons par la critique de Moore. Pour lui, une action est bonne ou mauvaise seulement si l'agent aurait pu agir autrement⁴², c'est-à-dire seulement si l'agent dispose du libre-arbitre⁴³. Mais que veut dire l'énoncé « J'aurais pu agir autrement » ? Selon Moore, « J'aurais pu agir autrement » est un raccourci pour dire, ou veut tout simplement dire « J'aurais agi autrement, si je l'avais choisi »⁴⁴ : il s'agit de ce qu'on appelle une analyse conditionnelle compatibiliste classique (*classical compatibilist conditional analysis*)⁴⁵. Pourquoi conditionnelle ? Parce qu'elle analyse « J'aurais pu agir autrement » à l'aide d'un « si... alors... ». Pourquoi compatibiliste ? Parce que, selon Moore, le déterminisme est parfaitement compatible avec le fait que si j'avais choisi d'agir autrement, j'aurais agi autrement. Pourquoi classique ? Parce qu'il s'agit d'un lieu commun de la tradition empiriste⁴⁶.

Austin critique toute tentative de ramener *could* à *would* (un peu comme Hume a critiqué toute tentative de dériver *ought* de *is*). Il nous donne deux exemples. Imaginons qu'après avoir eu une grosse frayeur, je dise « Qu'est-ce que tu fais derrière la cible ?! J'aurais pu te tirer dessus ! ». Je ne veux certainement pas dire « Je t'aurais tiré dessus si... »⁴⁷. Certes, il est très courant qu'une phrase en *could* soit immédiatement suivie d'une phrase en *would*, par exemple « J'aurais pu te tuer ! Si tu avais été un mètre plus près, tu te serais pris une balle ! ». Mais cela ne veut pas dire que la deuxième phrase *paraphrase* la première. En effet, la deuxième phrase est un *pronostic* sur ce qui aurait eu lieu si les conditions avaient été différentes, tandis que la première phrase énonce une *potentialité*. On peut contester la seconde phrase (« Il ne faut pas exagérer non plus ! ») tout en acceptant la première.

41 La critique d'Austin est complexe. Nous laissons de côté sa critique de l'idée selon laquelle les énoncés de la forme *I could* contiennent toujours implicitement un *if*, selon laquelle « *I could have acted otherwise* » devrait être développé en « *I could have acted otherwise, if...* ».

42 G.E. Moore, *Ethics*, New York : Henry Holt and Company, 1912, p. 197.

43 G.E. Moore, *Ethics*, *op. cit.*, p. 203.

44 « we often use the phrase "I could" simply and solely as a short way of saying "I should, if I had chosen". » (G.E. Moore, *Ethics*, *op. cit.*, p. 211.)

45 M. McKenna, J.D. Coates, « Compatibilism », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2018 Edition), E.N. Zalta (éd.). URL = <https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/compatibilism/>

46 « Par liberté, alors, nous pouvons seulement entendre un pouvoir d'agir ou de ne pas agir selon les déterminations de la volonté ; c'est-à-dire, si nous choisissons de rester en repos, nous le pouvons ; si nous choisissons de nous mouvoir, nous le pouvons aussi. Or, cette liberté conditionnelle appartient, de l'aveu universel, à tout homme qui n'est pas prisonnier dans les chaînes. » (D. Hume, *Enquête sur l'entendement humain*, trad. A. Leroy, revue par M. Beyssade, Paris : GF Flammarion, 2006, section VIII, p. 164.)

47 J.L. Austin, *Philosophical Papers*, Oxford : Oxford University Press, 1961, p. 156.

Le deuxième exemple d'Austin est le suivant. Imaginons qu'un joueur de golf rate le trou et s'énervé en disant qu'il *aurait pu* rentrer la balle sans problème. Cela ne veut pas dire que s'il avait essayé de rentrer la balle, s'il s'était concentré, il l'aurait rentrée. *De fait*, il a essayé de la rentrer et il s'est concentré, mais il ne l'a pas rentrée. Cela ne veut pas dire que s'il avait tiré un tout petit peu moins fort, elle serait rentrée : il y aurait peut-être eu un coup de vent et elle ne serait pas rentrée. Ce que le joueur de golf veut dire, c'est qu'il en était *capable*, que c'était à sa portée, que c'était largement faisable : normalement, il ne rate pas ce genre de coup⁴⁸.

Passons maintenant à l'analyse de Nowell-Smith. Son point de départ est très proche de celui de Moore : il est injuste d'adresser des reproches à ceux qui n'auraient pas pu agir autrement. Mais que veut-on dire lorsqu'on affirme qu'un homme aurait pu ou n'aurait pas pu agir autrement ?

Pour Nowell-Smith, les énoncés de la forme « X aurait pu Y » ne sont pas des « énoncés catégoriques », c'est-à-dire réfutables par observation directe. Il donne l'exemple suivant. Pour établir la vérité de l'énoncé « Paul aurait pu lire *Emma* de Jane Austen hier soir, mais il a préféré lire *Persuasion* », il faut montrer deux choses : 1° qu'il est *capable* de lire *Emma*, 2° que rien ne l'empêche de lire *Emma* (il en a un exemplaire sur sa table de chevet). Bref, il faut montrer qu'il y a d'une part *ability* et d'autre part *opportunity*. Or, comment prouve-t-on que Paul est capable de lire *Emma* ? En montrant qu'il a déjà accompli, à de nombreuses reprises, des tâches de difficulté similaire. On ne peut pas le prouver directement et cela démontre bien que les énoncés de la forme « X aurait pu Y » ne sont pas des énoncés catégoriques⁴⁹.

Cette analyse de Nowell-Smith s'inspire très probablement de *The Concept of Mind* de Ryle paru quelques années plus tôt. Dans son chapitre sur la volonté, Ryle tente d'analyser les expressions « volontaire », « involontaire », « n'aurait pas pu éviter », « sa faute », « responsable », etc. Il prend l'exemple d'un enfant qui rate son nœud. Quand peut-on dire que c'est de sa faute ? Seulement « après avoir établi qu'il savait faire un nœud, que sa main n'était soumise à aucune contrainte extérieure et qu'il n'y avait pas d'autres agents l'empêchant de faire le nœud correctement⁵⁰ ». Qu'est-ce qui prouve qu'il sait nouer des

48 J.L. Austin, *Philosophical Papers*, op. cit., p. 166, note 1.

49 P.H. Nowell-Smith, *Ethics*, Harmondsworth : Penguin Books, 1954, p. 274-276.

50 G. Ryle, *The Concept of Mind*, Londres : Routledge, 2009, p. 58.

nœuds (*ability*) ? On lui a appris, il a de l'expérience, il réussit presque à chaque fois, il remarque les nœuds mal faits et sait les corriger, il a honte de son nœud mal fait, il le refait sans aide, etc. Comment établit-on que les circonstances n'étaient pas contre lui, qu'il n'a pas agi sous la contrainte, sous l'effet de la panique (*opportunity*) ? De tels incidents sont trop remarquables pour ne pas être notés. Autre exemple, pourquoi le professeur excuse l'élève qui est arrivé en retard parce que son bus est tombé en panne ? Ryle répond :

Son retard ne vient pas du fait qu'il n'a pas fait ce qu'il était capable de faire. Il a été empêché par une circonstance qu'il n'était pas en mesure de modifier. Ici encore, le professeur juge une action en fonction des capacités et des chances de l'agent (*with reference to the capacities and opportunities of the agent*) ; son excuse selon laquelle il n'aurait pas pu faire mieux que ce qu'il a fait est acceptée⁵¹.

Ce qui nous intéresse ici est que, dans « Ifs and Cans », Austin concède à Nowell-Smith (et donc indirectement à Ryle) qu'on peut analyser « X aurait pu Y » en termes d'*ability* et d'*opportunity*. Reprenons l'exemple du joueur de golf. Il y a trois cas possibles. 1° « J'aurais pu le rentrer » : j'affirme catégoriquement que j'avais la capacité et que les circonstances étaient de mon côté. 2° « J'aurais pu le rentrer, si seulement il y avait eu moins de vent » : j'affirme catégoriquement que j'avais la capacité, mais que les circonstances étaient contre moi. 3° « J'aurais pu le rentrer, si seulement je savais jouer au golf » : j'affirme catégoriquement que les circonstances étaient de mon côté, mais que je n'avais pas la capacité⁵².

Austin attire notre attention sur le fait que *ability* et *opportunity* sont des termes génériques⁵³. Lorsque j'affirme « Il aurait pu nager 50 mètres en 30 secondes », je fais référence à une capacité (*capacity*) physique ; lorsque j'affirme « Il aurait pu lire *La critique de la raison pure* », à une aptitude (*ability*) intellectuelle ; lorsque j'affirme « Il aurait pu réparer ton horloge », à un savoir-faire (*skill*) ; lorsque j'affirme « Il aurait pu m'arrêter », à un pouvoir juridique (*legal power*)⁵⁴. En outre, la procédure pour établir que vous avez, par exemple, un pouvoir juridique est différente celle pour établir que vous avez une capacité physique. Dans le premier cas, je vais vérifier la loi, dans le deuxième cas, je vais vous faire passer un test

51 G. Ryle, *The Concept of Mind*, *op. cit.*, p. 59.

52 J.L. Austin, *Philosophical Papers*, *op. cit.*, p. 177.

53 J.L. Austin, *Philosophical Papers*, *op. cit.*, p. 177-178, note 1.

54 G.J. Warnock, *J.L. Austin*, New York : Routledge, 1989, p. 71.

physique.

À la suite de « Ifs and Cans » d'Austin, l'analyse des énoncés de la forme « X aurait pu faire Y » en termes d'*ability* et d'*opportunity* est devenue un lieu commun de la philosophie anglaise. On la retrouve par exemple, dans l'ordre chronologique, chez Warnock⁵⁵, chez Honoré⁵⁶, chez Ayers⁵⁷, chez Glover⁵⁸ ou encore chez Kenny⁵⁹. Cependant, elle a été éclipsée par les expériences de pensée de Frankfurt⁶⁰ censées prouver qu'il n'est pas nécessaire qu'un agent ait pu agir autrement pour qu'il soit moralement responsable⁶¹.

L'originalité de Hart est d'avoir arraché l'analyse d'Austin/Nowell-Smith/Ryle aux débats sur le compatibilisme et l'incompatibilisme et de l'avoir exportée en philosophie du droit pour résoudre la question de la responsabilité pénale. Si un individu est responsable pénalement seulement s'il aurait pu agir autrement, et si l'énoncé « Il aurait pu agir autrement » veut dire qu'il avait l'*ability* et l'*opportunity* d'agir autrement, alors un individu est responsable pénalement seulement s'il avait l'*ability* et l'*opportunity* d'agir autrement. Hart n'avait plus qu'à transformer *opportunity* en *fair opportunity* et il obtenait sa règle de responsabilité.

Il est facile de comprendre pourquoi Hart a été attiré par cette analyse : elle permet, en effet, de « dépsychologiser » la responsabilité, de la soustraire aux théories empiristes de l'esprit. C'est exactement ce que souligne Ryle : la question de savoir si l'enfant en retard est en faute est résolue « sans qu'on demande à l'enfant un compte rendu de ses données de conscience ou de l'introspection de ses volitions⁶² ».

55 « Our views, then, about what somebody could have done can be said to turn on our beliefs about his abilities and his situation. » (G.J. Warnock, « Actions and Events », in D. Pears (éd.), *Freedom and the Will*, Londres : Palgrave Macmillan, 1963, p. 72.)

56 « if the agent did not attempt the action, we may say "he could have done it", in one sense of that expression, viz. "he was in a position to do it", or "there was nothing to prevent him doing it". » (T. Honoré, *Responsibility and Fault*, Oxford : Hart Publishing, 1999, p. 146-147. Il s'agit d'un extrait d'un article publié à l'origine en 1964.)

57 « an agent must at least have both the capacity and the opportunity to refrain from an action, if his doing it is to be the result of a free choice. » (M.R. Ayers, *The Refutation of Determinism*, Londres : Methuen et Co, 1968, p. 104.)

58 « reference to what one could have done is reference to one's capacities or one's opportunities. » (J. Glover, *Responsibility*, Londres : Routledge et Kegan Paul, 1970, p. 73.)

59 « an agent Φ s freely at t if at t he has the ability and the opportunity both to Φ and not to Φ . » (A. Kenny, *Will, Freedom and Power*, Oxford : B. Blackwell, 1975, p. 150.)

60 H.G. Frankfurt, « Alternate Possibilities and Moral Responsibility », *The Journal of Philosophy*, vol. 66, n° 23, 1969, p. 829-839.

61 R. Kane, « Introduction : The Contours of Contemporary Free Will Debates », in R. Kane (éd.), *The Oxford Handbook of Free Will*, Oxford : Oxford University Press, 2002, p. 14-15.

62 G. Ryle, *The Concept of Mind*, op. cit., p. 59.

On trouve trois esquisses de la règle de responsabilité de Hart dans des écrits antérieurs à « Negligence, Mens Rea and Criminal Responsibility » (1961). La première se trouve dans *Causation in the Law* (1959). Hart et Honoré expliquent que, dans le langage ordinaire, on dit qu'une action est involontaire lorsque certaines circonstances sont présentes : lorsqu'elle est accomplie par erreur ou par accident, sous la pression, en l'absence de contrôle musculaire normal, etc. Dans une note, ils ajoutent que cet usage du mot « involontaire » dépend d'« une conception selon laquelle un agent humain est libre au plus haut point lorsqu'il est placé dans des circonstances qui lui donnent une chance raisonnable de faire usage de ses facultés mentales et physiques normales, et qu'il les exerce sans pression d'autrui⁶³ ».

La deuxième esquisse se trouve dans « Prolegomenon to the Principles of Punishment » (1959). Hart insiste sur le fait que lorsqu'on ne punit que les actions volontaires, le condamné ne peut pas se plaindre d'être puni, puisqu'on lui a donné une chance raisonnable d'obéir à la loi⁶⁴. Il ne peut s'en prendre qu'à lui-même.

La troisième esquisse se trouve dans *Le concept de droit* (1961). Hart explique que pour que le droit, en tant que moyen de contrôle social, fonctionne, il doit remplir certaines conditions : les règles doivent être intelligibles, les gens doivent être capables de leur obéir, elles ne doivent pas être rétroactives, etc. Il ajoute : « Cela signifie que la majorité de ceux qui sont éventuellement punis pour avoir violé les règles auront eu la capacité et une chance d'obéir (*will have had the ability and opportunity to obey*)⁶⁵. »

II. La signification de la règle de responsabilité de Hart

Dans cette deuxième partie, nous tenterons de clarifier la signification des trois composants de la règle de responsabilité de Hart. Nous verrons également que pour que sa règle soit complète, il convient de lui ajouter un quatrième composant, sans quoi elle ne rendrait pas

63 « a conception of a human agent as being most free when he is placed in circumstances which give him a fair opportunity to exercise normal mental and physical powers and he does exercise them without pressure from others. » (*CIL*, p. 41, note 12.)

64 « within this framework each individual is given a *fair opportunity* to choose between keeping the law required for society's protection or paying the penalty. [...] the actual punishment of a criminal appears [...] as a price justly extracted because the criminal had a *fair opportunity* beforehand to avoid liability to pay. » (*PR*, p. 22-23, nos italiques.)

65 *CL*, trad. fr. modifiée, p. 224.

compte des justifications pénales.

1. L'auteur d'un comportement contraire au droit

Le premier composant de la règle de responsabilité de Hart est le moins problématique : seul *l'auteur d'un comportement contraire au droit* peut être puni. Ce composant comprend trois exigences distinctes.

1° Seul *l'auteur* d'un comportement contraire au droit peut être puni. Si Jean a volé une voiture, ce n'est pas Marie (qui n'a rien à se reprocher) qui doit être punie, mais Jean. Les peines collectives et les peines pour fait d'autrui (*vicarious punishment*) sont exclues. Rappelons l'article 121-1 du Code pénal : « Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait. »

2° Seul l'auteur d'un comportement *contraire au droit* peut être puni. On ne peut pas punir un individu pour un comportement qui n'est pas interdit par la loi ou qui, au moment des faits, n'était pas interdit par la loi. Si un individu commet un acte *immoral* mais *légal*, il peut être sanctionné moralement, mais il ne peut pas être sanctionné pénalement : les peines arbitraires sont exclues. Si un individu a commis en 2016 un acte qui est illégal seulement depuis 2017, il ne peut pas être sanctionné pénalement : les peines rétroactives sont exclues.

3° Seul l'auteur d'un *comportement* contraire au droit peut être puni. *Comportement* s'oppose à *pensées* ou à *intentions*. Même si Dieu peut nous punir pour nos pensées, la justice humaine ne peut pas le faire. Hart cite à deux reprises une remarque de 1477 du *Chief Justice* Brian : « La pensée de l'homme n'est pas jugeable ; le diable seul connaît la pensée de l'homme⁶⁶. »

Dans « Intention and Punishment », Hart emprunte à Anscombe⁶⁷ la distinction entre « intention pour l'avenir », « action intentionnelle » et « intention dans laquelle on agit » et soutient que les intentions pour l'avenir ou *bare intentions* ne peuvent pas non plus être punies. Il cite une remarque de 1784 d'une autre autorité, Lord Mansfield : « Tant qu'un acte repose sur la seule intention (*bare intention*), il n'est pas punissable par notre droit⁶⁸. »

⁶⁶ PR, p. 188, p. 243.

⁶⁷ G.E.M. Anscombe, *L'intention*, trad. M. Maurice, C. Michon, Paris : Gallimard, 2002, §1, p. 33.

⁶⁸ PR, p. 127.

En revanche, *comportement* inclut non seulement les *actes* (tirer sur quelqu'un), mais également les *omissions* (ne pas prêter assistance à une personne en danger), les *tentatives* (tenter de commettre un attentat), la *possession* (détenir des armes automatiques), etc.

En outre, on ne doit pas confondre la notion de comportement avec celle de *mouvement physique*. Dans certains cas, pour savoir si un comportement a eu lieu, par exemple un vol ou une tentative de vol, il sera nécessaire de connaître les intentions de l'agent⁶⁹. (D'ailleurs, c'est une des raisons pour lesquelles la distinction *actus reus/mens rea* est si problématique⁷⁰.) Lorsqu'on affirme qu'on ne peut pas nous punir pour nos seules pensées ou pour nos seules intentions, cela ne signifie pas du tout que le droit doit être béhavioriste et s'intéresser uniquement au corps et non à l'esprit⁷¹.

Pourquoi la relation de causalité ne figure-t-elle pas dans la règle de responsabilité de Hart ? Hart explique que si la relation de causalité est essentielle en droit civil (il faut, en principe, être à l'origine d'un dommage pour en répondre civilement), elle n'est pas essentielle en droit pénal⁷². On peut citer deux cas de figure courants : la conduite et la faute suffisent pour qu'il y ait responsabilité pénale (port d'arme en connaissance de cause) ; la conduite seule suffit pour qu'il y ait responsabilité pénale (vente d'aliments périmés, même si le vendeur n'aurait pas pu savoir, même si personne n'a été intoxiqué)⁷³. La question de savoir si l'accusé est à l'origine d'un dommage se pose surtout en cas de délit involontaire (par exemple, homicide par négligence)⁷⁴.

69 « there are some socially harmful activities which are now and should always be treated as criminal offences which can only be identified by reference to intention or some other mental element. » (*PR*, p. 209.) Voir aussi : « the criminal law has at least two different ways of identifying the *actus reus* it requires. In the cases, e.g., of murder or assault it may do this directly, describing certain outward conduct, and though for liability *mens rea* is also required, no further reference to the "mental element" is required to identify the kind of outward conduct that constitutes the *actus reus* of such charges. In other cases however, including attempts, the *actus reus* is not thus directly identified but is indirectly identified by reference to the accused's intention. » (*EJP*, p. 386-387.)

70 *PR*, p. 36, p. 145.

71 *CL*, trad. fr., p. 190.

72 *PR*, p. 220.

73 *CIL*, p. xlvi.

74 *PR*, p. 137. Dans le même sens : « le lien de causalité entre la participation criminelle et le dommage délictueux ne commande qu'exceptionnellement la responsabilité pénale. En bien des cas, la relation causale objective apparaît en effet superflue : ce qui importe surtout c'est que le délinquant ait accompli une activité qui, dans son esprit, tendait à la consommation d'une infraction. [...] L'auteur d'une infraction manquée ou d'une infraction matériellement impossible est répréhensible en dépit de l'inopérance causale de ses efforts... » (R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, 2^e édition, tome 1, Paris : Éditions Cujas, 1973, n° 490, p. 549.)

2. Les capacités : la clef des exemptions

Le deuxième composant de la règle de responsabilité de Hart est beaucoup plus complexe que le premier : seuls ceux qui possèdent certaines capacités peuvent être punis. Quelles sont ces capacités ? La réponse la plus explicite se trouve dans la postface de *Punishment and Responsibility* :

Les capacités en question sont celles de compréhension, de raisonnement et de contrôle du comportement : la capacité de comprendre quel comportement les règles de droit ou la morale exigent, de délibérer et de prendre des décisions relatives à ces exigences et de se conformer aux décisions lorsqu'elles sont prises⁷⁵.

Si nous résumons, pour être pénalement responsable, il faut posséder au moins deux capacités : une capacité cognitive, à savoir le discernement⁷⁶, et une capacité « volitive⁷⁷ », à savoir le contrôle sur ses actes. Plus précisément, si une de ces deux capacités est *inférieure à un seuil minimum* ou *trop faible* la responsabilité pénale est exclue : il faut avoir un minimum de discernement et un minimum de contrôle sur ses actes pour être pénalement responsable.

Ces deux capacités sont la clef de compréhension des exemptions⁷⁸. Les pénalistes anglo-saxons répartissent les moyens de défense (c'est-à-dire les arguments qu'on peut opposer à une accusation criminelle) *grosso modo* en trois catégories : les exemptions, les excuses et les justifications. L'exemption soustrait une personne au processus pénal, l'excuse permet à l'accusé de s'exonérer et la justification enlève à un comportement le caractère illégal qu'il aurait autrement⁷⁹. Les excuses et les justifications seront abordées plus tard.

⁷⁵ *PR*, p. 227.

⁷⁶ Nous empruntons ce terme à l'article 122-1 du Code pénal français. Le discernement est défini dans le *Trésor de la langue française* comme la capacité de l'esprit de distinguer ce qui est bien, vrai, permis, de ce qui est mal, faux, défendu. L'âge du discernement est l'âge auquel l'enfant est capable de distinguer le bien du mal et donc, d'être tenu pour responsable de ses actes. On peut considérer que le discernement est une *capacité englobante* se définissant par une pluralité de sous-capacités cognitives.

⁷⁷ Même si Hart critique les théories empiristes de la volonté et leur concept de « volition » dans « Acts of Will and Responsibility », il lui arrive néanmoins de recourir à cette dichotomie du cognitif et du volitif (cf. *PR*, p. 190).

⁷⁸ Nous laissons ici de côté les capacités physiques, bien qu'elles soient mentionnées dans la formulation canonique de la règle de Hart. Par exemple, on ne peut pas reprocher à un handicapé en fauteuil roulant de ne pas avoir prêté assistance à une personne tombée sur les rails.

⁷⁹ Canada, Commission de réforme du droit du Canada, *Partie générale : responsabilité et moyens de défense*, Ottawa : Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1982, p. 38.

Dans les deux sous-parties ci-dessous, nous tentons de clarifier ces deux capacités, le discernement et le contrôle sur ses actes.

a) Le discernement

Dans quels cas le discernement est-il globalement inférieur au seuil minimum ? Il y a au moins trois cas clairs : l'enfance, la démence (au sens actuel du terme en psychiatrie) et le retard mental.

Si un enfant de trois ans tire avec une arme à feu et blesse quelqu'un, il ne sera évidemment pas condamné. Jusqu'à un certain âge, les enfants sont incapables de distinguer le légal de l'illégal, de comprendre la loi, d'apprécier les conséquences de leurs actes, de se rendre compte de ce qu'ils font, etc. Jusqu'à quel âge ? Le droit pénal anglais fixe la barre à dix ans : en dessous, il y a irresponsabilité pénale. Cela ne veut pas dire que les enfants de plus de dix ans sont traités ou doivent être traités comme des adultes et envoyés en prison, mais qu'ils ont (en moyenne) dépassé le seuil minimum du discernement et, de ce fait, ne peuvent plus être exemptés automatiquement. On ne peut plus faire valoir que leur niveau de discernement est trop faible.

Le terme de démence désigne aujourd'hui en psychiatrie les « états acquis d'affaiblissement mental frappant l'ensemble des facultés psychiques et altérant, avec l'effectivité et l'activité du malade, ses conduites sociales⁸⁰ ». Si une personne atteinte de démence sénile, n'ayant plus conscience de ses faits et gestes, commet des actes illégaux (cas évidemment très rare), elle ne peut pas être condamnée, mais doit être prise en charge et accompagnée.

En cas de retard mental profond, le seuil minimal n'est pas non plus atteint. D'après l'article 16 du Code pénal danois : « Les personnes qui, au moment des faits, ne jouissaient pas de la plénitude de leurs facultés, à cause d'une maladie mentale ou parce qu'elles se trouvaient dans un état comparable, ne sont pas punies. *Les mêmes dispositions s'appliquent aux personnes qui souffrent d'un important retard mental*⁸¹. » Précisons que, pour le Code pénal danois, les

80 J. Gregogna, R. Escourolle, « Démence », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 28 mars 2019.
URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedia/demence/>

81 Cité in « L'irresponsabilité pénale des malades mentaux », Les documents de travail du Sénat, Législation

personnes souffrant d'un important retard mental sont celles dont le QI est inférieur à 70⁸².

Il est essentiel de ne pas confondre le fait d'avoir un niveau de discernement globalement inférieur au seuil minimum, globalement trop faible (ce que Hart nomme *persistent incapacity*⁸³ et Bentham *standing incapacity*⁸⁴) avec le fait d'être *momentanément* incapable de discernement, alors qu'on en est normalement capable (ce que Hart nomme *short-lived incapacity*⁸⁵). La règle de responsabilité de Hart n'exclut pas la responsabilité pénale dans ce dernier cas de figure. Par exemple, si après avoir bu beaucoup d'alcool une personne devient complètement ivre au point d'abolir son discernement et commet un crime (cas d'intoxication volontaire dans la terminologie de common law), elle peut être punie, puisqu'elle a eu une chance raisonnable d'éviter son crime (elle aurait pu ne pas boire, elle savait qu'en buvant elle s'engageait à assumer les conséquences de ses actes, etc.). Ici, la *condition psychique* de l'accusé n'est pas problématique, ne présente pas de défaut particulier.

On ne doit pas non plus confondre le fait d'avoir un niveau de discernement globalement inférieur au seuil minimum avec le fait d'avoir un *faible niveau* (momentané ou global) de discernement. La règle de responsabilité de Hart n'exclut pas non plus la responsabilité pénale dans ce dernier cas de figure. Prenons le cas des adolescents : ils manquent de discernement, sans en être dépourvus. Dans ce cas, d'après la règle de responsabilité de Hart, ils peuvent être punis, mais la peine doit être mitigée et complétée, voire remplacée par des mesures éducatives. On pourrait également citer le cas des retards mentaux légers.

b) Le contrôle sur ses actes

Comme le note Hart, les capacités volitives, à la différence des capacités cognitives, n'ont pas toujours été prises en considération par le droit pénal⁸⁶. En common law, les célèbres « règles M'Naghten⁸⁷ » de 1843 ne visent que le discernement. Rappelons-les : « premièrement,

comparée n° 134, 2004, p. 17. URL : <https://www.senat.fr/lc/lc132/lc132.pdf>

82 Malheureusement, il arrive que les tribunaux condamnent des personnes dont le QI est inférieur à 70. Kelly donne l'exemple de *State v Patterson* : l'accusée avait un QI de 61 et elle a été condamnée pour homicide par négligence (elle avait refusé de donner de l'eau à un garçon de deux ans qui est mort de déshydratation). L'accusée était incapable de percevoir le risque, mais le tribunal a jugé qu'une personne raisonnable aurait perçu le risque... (Cf. E.I. Kelly, *The Limits of Blame*, Cambridge : Harvard University Press, 2018, p. 29.)

83 *PR*, p. 219.

84 Cité par Hart in *PR*, p. 266.

85 *PR*, p. 266.

86 *PR*, p. 189-192.

87 M'Naghten se croyait persécuté par le premier ministre anglais Peel. Il voulut l'assassiner mais tua par erreur

l'accusé, au moment de son acte, doit avoir souffert d'un défaut de raison ; deuxièmement, celui-ci doit être dû à une maladie de l'esprit ; troisièmement, il doit en résulter que l'accusé ne connaissait pas la nature de son acte ou son illégalité⁸⁸. » Elles ont été beaucoup critiquées pour leur « intellectualisme ». En effet, « un homme peut savoir ce qu'il faisait et savoir que c'était mal ou illégal et pourtant, en raison de son état mental anormal, peut ne pas avoir la capacité de contrôler son action⁸⁹ ».

À nouveau, dans quels cas le contrôle sur ses actes est-il globalement inférieur au seuil minimum ? Prenons le cas de Monsieur O. À 35 ans, cet homme fut victime d'une rupture d'anévrisme. Après un séjour d'un mois à l'hôpital, il rentra chez lui et reprit le travail. Avant son accident, il travaillait depuis dix ans dans une usine de construction automobile. Très étrangement, il se mit à voler des voitures de l'usine. En quinze ans, il passa cinq ans en prison, à chaque fois pour le même délit. Dès qu'il n'avait rien à faire, il était pris d'un besoin irréprensible de voler une voiture qu'il finissait par abandonner dans un endroit isolé. Il était conscient du caractère illégal de ses actes, mais ses larcins le soulageaient. Puisque sa compulsion automobile ne le lâchait pas, des médecins lui prescrivirent des examens. Ces derniers révélèrent une lésion dans la région orbitofrontale droite du cerveau. Après opération, ses larcins compulsifs cessèrent complètement⁹⁰. Il existe de nombreux cas semblables à celui de Monsieur O⁹¹. Tous ces cas vont dans le même sens : à la suite de lésions du cortex orbitofrontal, des individus sont pris de compulsions auxquelles ils n'arrivent pas à résister et dont ils n'ont pas une conscience claire. La règle de responsabilité de Hart implique que des

son secrétaire. Il fut acquitté pour cause d'aliénation mentale. Cette décision souleva une grande émotion. Par conséquent, la Chambre des Lords demanda une consultation à la Cour du Banc de la Reine sur la définition de la folie, qui aboutit aux règles M'Naghten. Cf. J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Paris : Dalloz, 1995, n° 208, p. 293.

88 PR, p. 189.

89 PR, p. 189.

90 L. Cohen, « Le voleur de voitures impénitent », *Cerveau et Psycho*, n° 107, février 2019, p. 27-28.

91 Un patient lui aussi victime d'une rupture d'anévrisme se mit à collectionner des billes en plastique servant de munitions aux pistolets pour enfant. Il en accumula plus de 5000 en deux ans, qu'il ramassait dans la rue ou dans les jardins publics. Un autre patient ayant été opéré d'une tumeur cérébrale se situant sensiblement au même endroit que la lésion de Monsieur O. se lança dans la collection de télévisions qu'il empilait chez lui au point de rendre son appartement totalement inhabitable (L. Cohen, « Le voleur de voitures impénitent », *art. cit.*, p. 28). Greely cite le cas d'un patient qui développa brutalement un intérêt croissant et inédit pour la pornographie et la pédopornographie. Il fit même des avances à sa belle-fille prépubère. Une tumeur de la taille d'un œuf fut découverte par des neurologues dans son cortex orbitofrontal. Une fois celle-ci retirée, ses comportements déviants disparurent. Un an plus tard, ses maux de tête ainsi que ses impulsions sexuelles firent leur réapparition. Des examens révélèrent que la tumeur avait repoussé. Après une seconde opération, les troubles sexuels disparurent définitivement (H.T. Greely, « Neuroscience and Criminal Responsibility : Proving "Can't Help Himself" as a Narrow Bar to Criminal Liability », in M. Freeman (éd.), *Law and Neuroscience : Current Legal Issues 2010*, vol. 13, Oxford : Oxford University Press, 2011, p. 71-73).

individus comme Monsieur O. doivent être blanchis et indemnisés pour les années passées en prison.

On pourrait également penser aux personnes souffrant du syndrome de Gilles de la Tourette : on ne peut pas leur reprocher un « outrage à agent » puisque leur condition neurologique est telle que le degré de contrôle qu'ils ont sur leurs tics verbaux est extrêmement faible ou trop faible.

Cependant, les cas de ce type sont extrêmement rares. Le plus souvent, les gens ont seulement un *faible niveau* (momentané ou global) de contrôle sur leurs actes⁹². Toutefois, il est très difficile de tracer la frontière entre le fait d'avoir un niveau de contrôle sur ses actes globalement inférieur au seuil minimum et le fait d'avoir un *faible niveau* (momentané ou global) de contrôle sur ses actes ; entre le fait d'être « *incapable* ou bien *moins capable* que des adultes normaux de maîtriser certaines impulsions⁹³ ». Hart donne l'exemple des femmes souffrant de dépression post-partum⁹⁴, mais on pourrait également donner l'exemple des kleptomanes ou des pyromanes : ont-ils le minimum de contrôle sur leurs actes nécessaire pour être pénalement responsable ? Il n'est pas du tout évident de répondre à cette question : tout dépend de l'endroit où on fixe le seuil minimal. De ce point de vue, Hart ne nous offre aucune aide.

Comme dans la sous-partie précédente, on ne doit pas confondre le fait d'avoir un niveau de contrôle sur ses actes globalement inférieur au seuil minimum avec le fait d'être *momentanément* incapable contrôler ses actes, alors qu'on en est normalement capable. Hart n'exclut pas la responsabilité dans ce cas-là. Prenons l'exemple d'un épileptique (conscient de sa maladie) qui décide de prendre sa voiture, fait une crise d'épilepsie au volant et renverse un passant. Dans ce cas, il peut être puni, puisqu'il a eu une chance raisonnable d'éviter l'accident : il aurait pu prendre son traitement ou ne pas commettre l'imprudence de prendre sa voiture⁹⁵.

92 « In these last cases, exemplified in “provocation” and “diminished responsibility”, if we punish at all we punish less, on the footing that, though the accused’s capacity for self-control was not absent its exercise was a matter of abnormal difficulty. » (PR, p. 153.)

93 PR, p. 203, nos italiques.

94 « And we sometimes may have good general evidence that in certain conditions, e.g. infancy or a clinically definable state, such as depression after childbirth, human beings are unable or less able than the normal adult to master certain impulses. » (PR, p. 203.)

95 PR, p. 94.

3. *Fair opportunity* : la clef des excuses

Supposons que nous soyons maintenant en présence d'individus dont le discernement et le contrôle de soi sont « fonctionnels », c'est-à-dire d'individus *responsables* au sens psychologique du terme (on pourrait même dire autonomes)⁹⁶. Même s'ils commettent un acte illégal, ils ne seront pas nécessairement punis. Pour qu'ils le soient, il faut qu'ils aient eu une chance raisonnable d'utiliser leurs capacités et d'obéir à la loi. Qu'est-ce que cela veut dire ? Pour répondre à cette question, on peut tout d'abord se demander dans quelles circonstances ce n'est pas le cas. Comme le notent Hart et Honoré, Aristote réduisait ces circonstances à deux grandes catégories : l'ignorance et la contrainte⁹⁷. Voyons si cette idée fonctionne.

a) L'ignorance

Il est courant de distinguer deux types d'ignorance (même si les juristes parlent plutôt d'erreur) : l'*ignorance de l'illégalité* et l'*ignorance des faits*. Il y a ignorance de l'illégalité lorsque l'accusé ignorait la loi prohibant son comportement ou bien lorsqu'il ignorait qu'elle s'appliquait à son cas particulier. Il y a ignorance des faits lorsque l'accusé ignorait les conséquences de son acte ou alors « des circonstances particulières où se déroule l'action et qui sont en jeu avec elle⁹⁸ » : *quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo* et *quando*⁹⁹.

L'ignorance de l'illégalité n'excuse pas nécessairement. Tout le monde connaît l'adage « Nul n'est censé ignorer la loi ». Si un panneau indique clairement 70 km/h et que je roule à 100 km/h, je ne peux pas me défendre en disant que j'ignorais cette limitation (même si je l'ignorais *réellement*) : j'aurais dû être plus attentif.

L'ignorance des faits, elle non plus, n'excuse pas nécessairement. Il ne suffit pas de dire « Je ne savais pas » pour échapper à la peine. Si je tire sur une porte pour m'amuser et que je tue la personne qui se trouvait derrière la porte, je suis coupable d'homicide par imprudence, même si j'ignorais sincèrement qu'une personne se trouvait derrière la porte.

⁹⁶ Sur cette progression en deux temps, voir *PR*, p. 218.

⁹⁷ *CIL*, p. 41, note 12.

⁹⁸ Aristote, *Éthique à Nicomaque*, trad. R. Bodéüs, in *Œuvres complètes*, Paris : Flammarion, 2014, 1111a, p. 2022.

⁹⁹ Il s'agit d'un vers attribué à Quintilien : qui, quoi, où, avec quels moyens, pourquoi, comment, quand ?

On n'a pas eu une chance raisonnable d'obéir à la loi et on doit être excusé lorsque l'ignorance est *invincible*¹⁰⁰, c'est-à-dire lorsqu'on ignore quelque chose dont il n'est pas possible qu'on ait eu connaissance : « Je ne pouvais pas savoir » n'est pas la même chose que « Je ne savais pas »¹⁰¹. Prenons deux exemples.

Premier exemple, l'affaire *R v Prince* (1875) « dans laquelle l'accusé a été déclaré coupable de l'infraction réglementaire d'enlever une jeune fille de moins de 16 ans de la possession de son père, même s'il avait des motifs raisonnables de penser qu'elle avait plus de 16 ans¹⁰² ». On peut imaginer que Henry Prince avait vérifié les papiers d'Annie Phillips, mais qu'elle les avait falsifiés. Selon la règle de responsabilité de Hart, il aurait dû être acquitté : en effet, il n'a eu aucune chance raisonnable d'éviter l'acte qu'on lui reprochait. Peut-être que Prince aurait pu savoir que Annie Phillips avait 14 ans s'il avait consulté le registre des naissances. Toutefois, la loi ne peut pas exiger de ses citoyens un tel niveau de prudence, bien qu'elle puisse exiger la diligence (au sens de soin appliqué mis dans l'exécution d'une tâche). Comme l'écrit Fletcher :

il y a toujours des mesures que l'acteur peut prendre pour savoir si son comportement est conforme aux normes du système. La question de l'« inévitabilité » se résout en une évaluation normative visant à déterminer si, dans les circonstances et à la lumière de ses capacités personnelles, on aurait pu attendre du défendeur qu'il soit plus prudent avant d'entreprendre un acte qui s'est avéré illégal¹⁰³.

Deuxième exemple, l'affaire *R v Bailey* (1800). Un matelot a été condamné pour avoir commis une infraction réglementaire, alors que le texte la créant avait été promulgué pendant

100 On notera que le concept d'ignorance invincible provient de la théologie morale médiévale. La question était de savoir si un état d'ignorance absolument inévitable pouvait excuser le péché. Pierre Abélard semble être le premier à avoir donné, autour de 1140, une place centrale à ce concept. Ses disciples distinguaient ignorance vincible et ignorance invincible : cette dernière ne peut être vaincue, sauf par des efforts surrogatoires. Voir C. Grellard, « Histoire des philosophies et des théologies de l'occident médiéval », *Annuaire de l'École pratique des hautes études (EPHE), Section des sciences religieuses* [En ligne], 124 | 2017, mis en ligne le 03 juillet 2017, consulté le 02 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/asr/1625>

101 « criminal punishment presupposes a finding of blameworthiness (guilt, culpability), which in turn requires a judgment that the actor had a fair chance of avoiding liability. This opportunity does not exist if the actor violates the law as a result of unavoidable ignorance. » (G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford : Oxford University Press, 2000, p. 746.)

102 *PR*, p. 144.

103 G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, *op. cit.*, p. 744.

son voyage en mer et qu'il n'avait bien évidemment aucun moyen de le savoir¹⁰⁴. La règle de responsabilité de Hart exclut la peine dans ce cas de figure. De façon générale, l'ignorance de l'illégalité peut excuser dans les circonstances suivantes : premièrement, le texte était inaccessible (non-publication) ; deuxièmement, le texte était vague (de telle sorte qu'il était très difficile de savoir si tel ou tel comportement était légal ou illégal) ; troisièmement, l'erreur provient de l'avis d'un fonctionnaire public¹⁰⁵.

b) La contrainte physique

On doit distinguer deux types de contrainte : la contrainte *physique* et la contrainte *morale* (*duress* en common law). Dans cette sous-partie, nous nous concentrerons sur la contrainte physique. La contrainte morale sera examinée dans la prochaine sous-partie.

La contrainte physique peut être externe ou interne¹⁰⁶. Elle est externe lorsqu'elle est due ou bien aux *forces de la nature* (une personne soufflée par une bourrasque en cogne une autre et la blesse) ou bien à la *force d'un tiers* (A tient un couteau et B, contre la volonté de A, saisit le bras de A et poignarde C¹⁰⁷). Elle est interne lorsqu'elle est due à l'*organisme* (A souffre de la « danse de Saint-Guy » et blesse une personne à cause de mouvements incontrôlés ; B pénètre par effraction dans une maison habitée lors d'une phase de somnambulisme¹⁰⁸). En common law, au lieu de parler de contrainte physique interne, on parle plutôt, selon les cas, d'automatisme (en références aux automates, c'est-à-dire aux corps qui agissent sans le contrôle d'un esprit directeur¹⁰⁹) ou d'intoxication.

Hart tente de clarifier ces exemples en disant qu'en cas de *commission* par contrainte physique, « il se produit des mouvements musculaires qui ne font partie d'aucune action que l'agent croit être en train de faire [...], il se produit des mouvements musculaires qui sont incontrôlés, sauvages, non "régis par la volonté" en ce sens qu'ils ne font partie d'aucun plan d'action dans lequel l'agent est engagé consciemment¹¹⁰ » ; et qu'en cas d'*omission* par

104 J. Pradel, *Droit pénal comparé*, op. cit., n° 214, p. 302.

105 J. Pradel, *Droit pénal comparé*, op. cit., n° 215, p. 305.

106 Hart utilise plutôt la distinction entre contrainte physique consciente et inconsciente, cf. *PR*, p. 95-96.

107 *PR*, p. 95-96.

108 *PR*, p. 96.

109 Canada, Commission de réforme du droit du Canada, *Partie générale : responsabilité et moyens de défense*, op. cit., p. 71.

110 H.L.A. Hart, « Acts of Will and Legal Responsibility », in D. Pears (éd.), *Freedom and the Will*, Londres : Palgrave Macmillan, 1963, p. 46. Dans une note de 1968, il modifie son analyse et soutient qu'en cas de

contrainte physique, l'agent est incapable ou bien de faire la moindre action consciente, ou bien de faire le mouvement corporel qu'il faudrait faire pour respecter la loi¹¹¹.

À nouveau, on n'a pas une chance raisonnable d'obéir à la loi et on doit être excusé lorsque la contrainte physique (qu'elle soit externe ou interne) est *invincible*, c'est-à-dire à la fois *imprévisible* et *irrésistible*. Prenons l'exemple suivant : alors qu'il conduisait, X fut attaqué par un essaim d'abeilles, perdit le contrôle de son véhicule et provoqua un accident¹¹². Dans ce cas, la condition d'imprévisibilité et celle d'irrésistibilité sont remplies : le conducteur n'a eu aucune chance d'utiliser ses capacités cognitives et volitives pour éviter l'accident, il ne doit pas être puni¹¹³.

c) La contrainte morale

On parle de contrainte morale lorsqu'un individu commet une infraction sous les menaces d'une tierce personne. Ces menaces peuvent être dirigées contre lui ou contre des personnes qui lui sont liées (par exemple, des membres de sa famille). Tandis que la contrainte physique s'exerce sur le *corps* de l'infracteur, la contrainte morale s'exerce sur la *volonté* de l'infracteur. En outre, les mouvements en cas de contrainte morale ne sont pas involontaires :

Les moyens de défense tels que la contrainte morale ne font pas référence à des mouvements involontaires, mais [...] à d'autres manières par lesquelles une action peut ne pas être volontaire ; ici, l'action peut ne pas être le résultat du libre choix de l'agent, bien que les mouvements du corps ne soient en aucune façon involontaires¹¹⁴.

Comme l'explique Hart, il n'est pas toujours facile de distinguer la contrainte morale et l'état de nécessité¹¹⁵. Prenons l'exemple du bandit qui ordonne à un employé de banque de lui ouvrir le coffre en le menaçant avec un fusil :

commission par contrainte physique, « bodily movements occurred though the agent had no reason for moving his body in that way » (PR, p. 256).

111 PR, p. 106.

112 PR, p. 96.

113 « there are certain forms of unconsciousness and certain types of failure of muscular control which will exclude liability, though perhaps only if the accused could not have foreseen their occurrence. » (PR, p. 94.)

114 PR, p. 144. Voir aussi : « Here, of course, B's movements are not involuntary ; the "necessity" of his action is here of a different order. His action is the outcome of a choice between two evils forced on him by A's action. [...] This is often paradoxically, though understandably, described by saying that here the agent "had no choice" but to do what he did. » (CIL, p. 76.)

115 PR, p. 16.

Le trait distinctif de cette situation, qui nous amène à dire que le bandit *ordonne* à l'employé de lui remettre l'argent [...], réside dans le fait que, pour assurer l'accomplissement des souhaits exprimés, le locuteur menace de faire quelque chose que tout homme normal est prêt à considérer comme préjudiciable ou déplaisant, avec pour conséquence que la conservation de l'argent apparaît comme un type de conduite nettement moins désirable pour l'employé. Si le bandit arrive à ses fins, nous dirons qu'il a *contraint* l'employé, et que l'employé était, en ce sens, sous le pouvoir du bandit¹¹⁶.

Dans ce cas de figure, l'employé non seulement n'aurait pas *pu* faire autrement (on dira qu'il n'avait pas le choix), mais en outre n'aurait pas *dû* faire autrement : son action était justifiée, il a fait le bon choix ; il se trouvait dans un état de nécessité, entre deux maux (sa mort ou la perte de plusieurs milliers d'euros) il a choisi le moindre :

D'un autre côté, si le crime que *A* demande à *B* de commettre est un crime mineur en comparaison du préjudice grave (par exemple la mort) menacé par *A*, il ne serait pas absurde de considérer la menace de *A* comme une justification de la conduite de *B*, bien que peu de systèmes juridiques le fassent ouvertement. Dans cette optique, la contrainte se fonde dans l'idée de « nécessité » [en note : i.e. lorsque la violation de la loi est considérée comme justifiée en tant que moindre mal] qui apparaît en marge de la plupart des systèmes pénaux comme facteur disculpant¹¹⁷.

Toutefois, il arrive qu'il y ait contrainte morale sans qu'il y ait état de nécessité. Prenons l'affaire *R v Steane*, citée par Hart. L'accusé, Steane, résidait en Allemagne au moment où la Seconde Guerre mondiale éclata et la Gestapo le menaça de le tuer lui et sa famille s'il refusait de diffuser la propagande nazie en anglais à la radio. À la fin de la Guerre, il fut accusé de commettre « des actes susceptibles d'aider l'ennemi dans l'intention d'aider l'ennemi¹¹⁸ ». Dans cette affaire, il y a contrainte morale sans état de nécessité : il est possible de soutenir que la conduite de Steane n'était pas justifiée (puisqu'en collaborant avec l'ennemi il a peut-être causé des centaines de morts pour sauver quelques vies), mais que Steane devait être excusé (en raison des menaces qu'il a subies)¹¹⁹.

116 *CL*, trad. fr., p. 38.

117 *PR*, p. 16.

118 *PR*, p. 125.

119 « If the balance of evils is such that the evil threatened to the agent is worse than the evil involved in her wrongdoing, then compliance with the threat is justified. But in an important range of cases, coercion and duress seem not to justify conduct (remove the wrongdoing) but rather to excuse wrongdoing, in whole or in

La contrainte morale n'excuse pas nécessairement. Si les menaces ne sont pas sérieuses ou ne sont pas crédibles, la responsabilité n'est pas exclue, mais la peine peut être mitigée :

Il paraît évident que nous ne considérerions pas B comme obligé de remettre l'argent, si le mal dont on le menaçait était tenu communément pour insignifiant en comparaison des inconvénients ou des conséquences peu graves que l'exécution des ordres entraînerait, soit pour B soit pour autrui, comme ce serait le cas, par exemple, si A se contenter de menacer B de le pincer¹²⁰.

À nouveau, on peut dire qu'une personne n'a pas eu une chance raisonnable d'obéir à la loi lorsque la contrainte morale était invincible, c'est-à-dire lorsque résister à celle-ci était trop difficile. À proprement parler, la contrainte morale n'est jamais invincible. Steane aurait pu agir comme un héros et refuser de diffuser la propagande ennemie au prix de sa vie et de celle de sa famille. Mais peut-on s'attendre à ce que les gens agissent comme des héros prêts à n'importe quel sacrifice pour leur patrie ? Peut-on dire que les gens ont une chance raisonnable d'obéir à la loi si l'obéissance exige d'être un héros ? Comme nous l'avons dit dans la sous-partie sur l'ignorance, la loi ne peut exiger que la diligence.

Nous devons distinguer deux choses : obéir à la loi peut être difficile ; obéir à la loi peut être héroïque. Cette distinction explique la différence de traitement entre ceux qui ont un faible niveau de discernement/de contrôle sur leurs actes et ceux qui sont menacés par un préjudice grave. Dans le premier cas, l'obéissance à la loi est difficile, par conséquent la sanction est mitigée. Dans le deuxième cas, l'obéissance à la loi est héroïque, par conséquent la responsabilité est exclue.

d) Chance raisonnable et héroïsme

Maintenant que nous avons vu dans quels cas il y avait absence de chance raisonnable (ignorance et contrainte invincibles), on peut définir ce qu'est l'absence de chance

part. In such cases, where the evil threatened is substantial but less than that contained in the wrongdoing, the agent's wrongdoing should be excused [...]. » (D.O. Brink, D.K. Nelkin, « Fairness and the Architecture of Responsibility », in D. Shoemaker (éd.), *Oxford Studies in Agency and Responsibility*, vol. 1, Oxford : Oxford University Press, 2013, p. 302-303.)
 120 CL, trad. fr., p. 102-103.

raisonnable. Ce que veut dire Hart lorsqu'il affirme qu'une personne n'a pas eu une chance raisonnable d'obéir à la loi, c'est que *pour obéir, il aurait fallu être un héros, aller au-delà de la simple diligence, faire ce qu'on ne pouvait pas exiger d'elle* ; autrement dit, *obéir à la loi était insurmontable*.

On pourrait distinguer trois types d'héroïsme : l'héroïsme épistémique, l'héroïsme physique et l'héroïsme moral. L'ignorance, la contrainte physique et la contrainte morale peuvent être qualifiées d'invincibles lorsqu'il est héroïque (épistémiquement, physiquement et moralement) de les surmonter. Et s'il est héroïque de les surmonter, nous n'avons pas une chance raisonnable d'obéir¹²¹.

Cette interprétation est cohérente avec les remarques de Hart sur l'héroïsme dans *Le concept de droit* : « Le héros et le saint sont les exemples extrêmes de ceux qui vont *au-delà* de leur devoir. Ce qu'ils accomplissent n'est pas, comme une obligation ou un devoir, quelque chose qu'on peut exiger d'eux et, s'ils ne le font pas, cette abstention n'est pas considérée comme un mal ou comme donnant lieu à un blâme¹²². » Cette interprétation s'accorde également avec la préface à la seconde édition de *Causation in the Law* :

le droit criminel et le droit de la responsabilité délictuelle, indépendamment des sanctions, s'adressent en premier lieu aux individus comme à des êtres intelligents dont on présume qu'ils sont capables de contrôler leur conduite et les invitent à la contrôler. [...] Mais qu'est-ce que le droit peut raisonnablement exiger lorsqu'il fait ce premier appel ? Pas plus que ce que des individus normaux peuvent raisonnablement espérer accomplir¹²³ [...].

Une question qu'on pourrait poser à Hart est : une personne doit-elle être excusée parce qu'obéir était insurmontable *pour elle* ou parce qu'obéir était insurmontable *pour une*

121 Pour une analyse proche, voir A. Ross, *On Guilt, Responsibility and Punishment*, Berkeley : University of California Press, 1975, p. 171-172.

122 *CL*, trad. fr., p. 200. Il fait également référence à un papier de Urmson, « Saints and Heroes », dans lequel Urmson défend (entre autres) l'idée que le droit ne peut pas en demander trop aux citoyens, ne peut pas exiger ce dont seule une petite minorité est capable (cf. J.O. Urmson, « Saints and Heroes », in A.I. Melden (éd.), *Essays in Moral Philosophy*, Seattle : University of Washington Press, 1958, p. 211-212.)

123 *CIL*, p. lxxix-lxxx. Pour une opinion radicalement opposée, voir le jugement de Lord Coleridge dans la célèbre affaire de la Mignonette : « It must not be supposed that in refusing to admit temptation to be an excuse for crime it is forgotten how terrible the temptation was ; how awful the suffering ; how hard in such trials to keep the judgment straight and the conduct pure. We are often compelled to set up standards we cannot reach ourselves, and to lay down rules which we could not ourselves satisfy. » (R v Dudley and Stephens (1884) 14 QBD 273. URL : <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/1884/2.html>)

personne normale/raisonnable ? L'invincibilité de l'ignorance ou de la contrainte (physique ou morale) doit-elle être appréciée *in concreto* ou *in abstracto* ? Dans « Negligence, *Mens Rea* and Criminal Responsibility », Hart explique que nous avons le choix entre un « standard de diligence invariant » et des « conditions individualisées de la responsabilité ». Il donne l'exemple suivant :

Il se pourrait bien que, même si le « standard de diligence » est très bas, de sorte que les individus ne sont tenus pour responsables que s'ils ne prennent pas des précautions élémentaires, il y ait encore des individus malchanceux qui, par manque d'intelligence, de capacité de concentration ou de mémoire, ou par maladresse, ne puissent pas atteindre ce standard, aussi bas soit-il. Si les conditions de la responsabilité sont invariables et non flexibles, c'est-à-dire si elles ne sont pas adaptées aux capacités de l'accusé, alors certains individus seront tenus pour coupables de négligence alors qu'ils n'auraient pas pu remédier à leur non-observation du standard¹²⁴.

Pour Hart, *dans l'idéal*, le caractère raisonnable ou non de la chance donnée à un individu doit être apprécié *in concreto* : ce qui était vincible pour l'homme normal était peut-être invincible pour l'accusé¹²⁵. Comme l'explique Gardner, des personnes différentes sont soumises à des attentes normatives différentes lorsqu'on évalue leurs excuses¹²⁶. Il donne l'exemple suivant : imaginons qu'un jeune soldat sans expérience surveille un point de contrôle. Il a été informé du fait que les services de renseignement s'attendent à une attaque terroriste sur ce point de contrôle. Sur les nerfs, il interprète mal les gestes d'une automobiliste (qui cherchait ses papiers dans son sac à main) et lui tire dessus, pris de panique¹²⁷. Dans cet exemple, le soldat n'a pas réagi pas avec le sang-froid que certains soldats auraient pu manifester. Mais comme il est jeune et inexpérimenté, il n'était peut-être pas possible, pour lui, de faire preuve d'un tel sang-froid. Ce qu'il faut se demander, c'est : a-t-il fait preuve de tout le sang-froid dont il était capable dans les circonstances ?

124 *PR*, p. 154.

125 On en trouve une confirmation dans le passage suivant : « No doubt there are practical difficulties in ascertaining *the actual knowledge or intention or capacity of individuals* in every case, but there is no reason in principle why a maximum effort should not be made to do it. » (*PR*, p. 244, nos italiques.) Comparer avec : « the Courts should be required always to make genuine efforts, when a person is accused of crime, to determine before convicting him whether *that person actually did have* the knowledge or intention or the sanity or any other mental element which the law, in its definition of crimes, makes a necessary condition of criminal liability. » (*PR*, p. 187-188, nos italiques.)

126 J. Gardner, « The Gist of Excuses », *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 1, n° 2, 1998, p. 579.

127 J. Gardner, « The Gist of Excuses », *art. cit.*, p. 579.

4. La nécessité : la clef des justifications pénales

La règle de responsabilité de Hart, on l'a dit, permet d'expliquer une des significations possibles de l'énoncé « Il n'aurait pas pu agir autrement » et de rendre raison des principales excuses et exemptions reconnues par le droit pénal.

Cependant, il n'est pas vrai que *seuls* ceux qui n'auraient pas *pu* agir autrement ne doivent pas être punis. Ceux qui n'auraient pas *dû* agir autrement, eux non plus, ne doivent pas être punis. La règle de responsabilité de Hart permet-elle de rendre raison des principales *justifications* reconnues par le droit pénal ?

Dans *Causation in the Law*, Hart et Honoré suggèrent que la *doctrine of fair opportunity* rend raison non seulement des excuses, mais également des justifications. En cas de légitime défense (par exemple, A tente de violer B et B casse le bras de A pour se défendre), l'acte n'est pas libre, car « l'agent avait théoriquement le choix, mais pas un *fair choice*, l'alternative étant un risque de mort ou de blessure grave¹²⁸ ». L'agent est « forcé » de recourir à la légitime défense. En cas de protection de la propriété privée (par exemple, A tente de brûler la maison de B et B casse le bras de A pour empêcher l'incendie), l'acte est également qualifié de non libre : « On ne s'attend pas à ce qu'une personne abandonne un bien de valeur s'il y a une chance de le sauver ; mais "on ne s'attend pas" fait ici référence non seulement à ce qui est probable mais également à ce qui est considéré comme un *fair choice*¹²⁹. » Enfin, en cas de devoir juridique (par exemple, un policier tire sur un suspect prenant la fuite), « le choix est conçu comme n'étant pas entièrement libre en raison de la pression du devoir¹³⁰ ».

Le problème de l'analyse de Hart et Honoré est qu'elle ne rend pas compte du fait que *nous ne regardons pas du même œil* un homicide en situation de légitime défense et un homicide accidentel non négligent. On ne dirait pas que la légitime défense est une *justification* si la raison pour laquelle elle exclut la responsabilité est l'absence de *fair choice* ou de *fair opportunity* : nous dirions qu'elle est une *excuse*.

128 *CIL*, p. 144.

129 *CIL*, p. 146.

130 *CIL*, p. 147.

a) Hart et les justifications

Hart a beaucoup moins écrit sur les justifications que sur les excuses (de ce point de vue, l'influence d'Austin est importante¹³¹). On trouve quelques remarques à leur sujet dans « Prolegomenon to the Principles of Punishment ». Hart explique que les juristes anglais distinguaient autrefois l'homicide accidentel non négligent et l'homicide en situation de légitime défense : alors que le premier est excusable, le deuxième est justifiable. Il y a, selon Hart, au moins trois différences entre ces deux cas. 1° L'homicide en situation de légitime défense est une exception à la règle générale prohibant l'homicide, alors que l'homicide accidentel non négligent n'en est pas une. 2° Cette exception est admise, car le but justifiant en général la répression de l'homicide, à savoir la protection de la vie, n'inclut pas un tel cas, alors que les excuses sont indépendantes du *General Justifying Aim*. 3° L'homicide en situation de légitime défense n'est pas condamné par le droit, alors que le meurtre accidentel non négligent est déploré¹³².

On trouve une analyse très proche dans *Le concept de droit* :

le fait de tuer dans de telles circonstances [i.e., en cas de légitime défense] est une de ces conduites que le système n'est pas chargé d'empêcher et qu'il peut même encourager, bien que cet acte constitue évidemment une exception à l'interdiction générale de tuer. Quand quelqu'un est *excusé* parce qu'il a commis un délit non intentionnellement, l'idée morale sous-jacente n'est pas que cette action est du genre de celles que le droit a pour objectif de permettre ou de favoriser ; elle consiste en ce que, quand nous examinons les dispositions mentales du délinquant en question, nous diagnostiquons une absence de capacité normale à se conformer aux exigences de la règle de droit [...]. Même en morale, il existe une différence entre « Il n'a pas fait quelque chose de mal » et « Il ne pouvait pas s'empêcher de faire ce qu'il a fait »¹³³.

Ici, Hart tente de distinguer conceptuellement les excuses et les justifications : une action

131 « De façon générale, on peut conserver la distinction entre justifications et excuses, et je n'ai pas vraiment envie de parler des premières car on leur a déjà accordé plus que leur part d'intérêt en philosophie. » (J.L. Austin, « Plaidoyer pour les excuses », in *Écrits philosophiques*, trad. L. Aubert, A.-L. Hacker, Paris : Éditions du Seuil, 1994, p. 138.)

132 *PR*, p. 13-14.

133 *CL*, trad. fr. modifiée, p. 196-197. Voir aussi : « There is killing in self-defence and other forms of justifiable homicide. But these are few and identifiable in relatively simple terms ; they are admitted as exceptions to a general rule. » (*CL*, p. 133.)

justifiée est une action que le droit a pour objectif de permettre, ce qui n'est pas le cas d'une action excusée. Toutefois, on n'y trouve pas de clef de compréhension ou de critère des justifications. Si l'idée de « capacités cognitive et volitive » est la clef de compréhension des exemptions, si l'idée de « chance raisonnable » est la clef de compréhension des excuses, quelle est la clef de compréhension des justifications ?

b) La nécessité, mère des justifications pénales

On peut formuler l'hypothèse suivante en pastichant Hart : une personne ne doit pas être punie si son acte était nécessaire pour éviter un mal plus grand et une telle « doctrine de la nécessité » rend raison de la plupart des justifications admises par le droit pénal¹³⁴.

Pourquoi faisons-nous cette hypothèse ? Premièrement, Hart explique que lorsque A exige de B qu'il commette une infraction mineure en le menaçant de mort, la violation de la loi est justifiée comme un moindre mal¹³⁵. Deuxièmement, il soutient que les faits justificatifs *dépendent* de la justification de la peine (ou du « but général justifiant ») qui, précisément, repose sur l'idée de « mal nécessaire »¹³⁶.

Cette idée est ancienne, puisqu'elle était déjà défendue par Bentham. Selon lui, il y a justification pénale lorsque « l'acte a produit un dommage, mais il était cependant nécessaire à la production d'un bénéfice dont la valeur était supérieure au dommage¹³⁷ ». On la retrouve dans le *Model Penal Code*. En effet, la section 3.02. s'intitule « Justification Generally : Choice of Evils ». Comme l'explique Dubber dans son introduction au *Model Penal Code* : « La nécessité est la mère de toutes les justifications¹³⁸ [...] ». Autrement dit, les différentes justifications du droit pénal ne sont que des espèces particulières de l'état de nécessité¹³⁹.

134 PR, p. 181.

135 PR, p. 16.

136 PR, p. 13.

137 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, trad. du Centre Bentham, Paris : J. Vrin, 2011, chapitre XIII, §5, p. 195.

138 M.D. Dubber, *An Introduction to the Model Penal Code*, 2^e édition, Oxford : Oxford University Press, 2015, p. 146.

139 M.D. Dubber, *An Introduction to the Model Penal Code*, op. cit., p. 147. C'est une idée qu'on retrouve chez certains pénalistes français, par exemple Merle et Vitu : « on s'est interrogé sur le fondement social des causes légales de justification. Et l'on a observé que, dans tous les cas particuliers où la loi ordonne ou autorise, expressément ou tacitement, la violation de ses prescriptions générales, cette dérogation est motivée par le caractère socialement utile ou socialement indifférent de l'acte accompli par l'agent : lorsque le bourreau tranche la tête d'un condamné à mort, il participe à un homicide présumé nécessaire à la défense de la Société ; lorsqu'un citoyen tue ou blesse son agresseur pour défendre sa vie, il coopère au maintien de

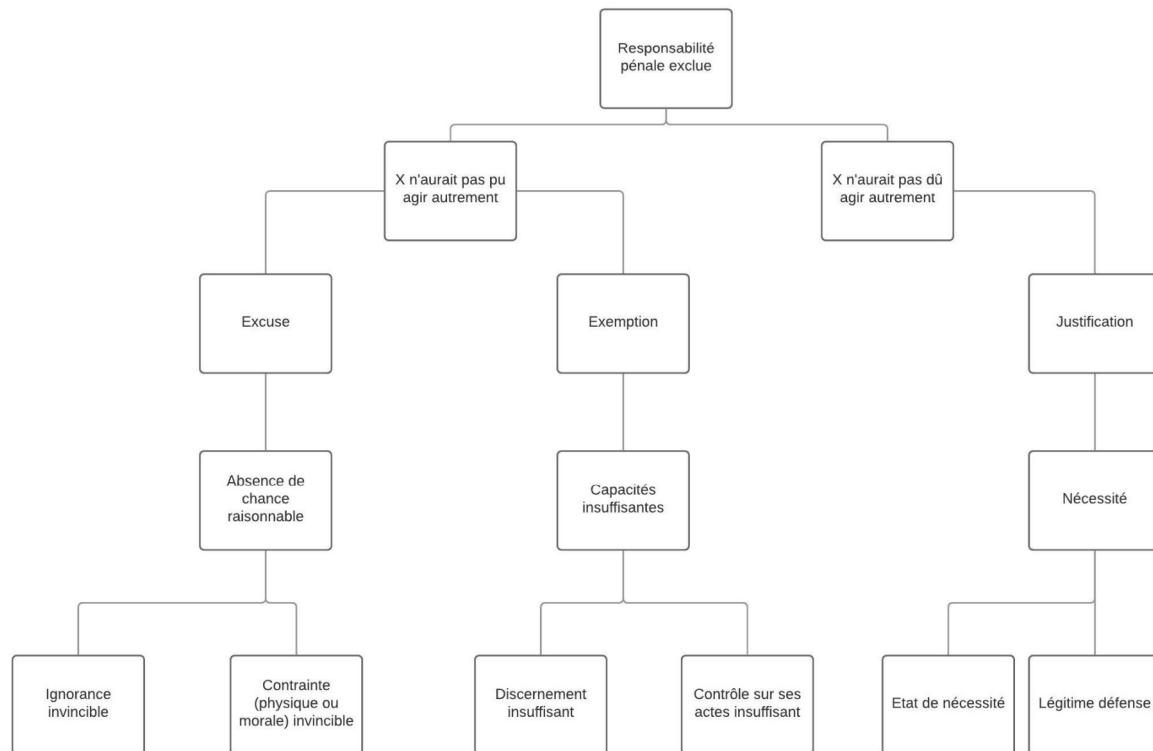
Reprenons le cas de la légitime défense. Dans la plupart des droits pénaux, elle justifie la violation de la loi (c'est-à-dire l'atteinte à la personne) à au moins deux conditions : elle doit être *proportionnée* et *nécessaire*. Lorsqu'elle est *disproportionnée* par rapport à l'intensité de l'agression, par exemple lorsqu'on répond à un coup de poing par un coup de fusil, on peut être puni. De même, lorsqu'elle *n'est pas indispensable* à la défense, par exemple lorsqu'on tire sur l'agresseur en fuite, on peut être puni. Ces deux conditions sont parfaitement compréhensibles si la légitime défense est une forme particulière d'état de nécessité. En effet, lorsque la défense est disproportionnée, elle cause plus de mal qu'elle n'en prévient (sans légitime défense, il y aurait eu un blessé léger, avec légitime défense, il y a eu un mort) ; et lorsqu'elle n'est pas indispensable, elle est par définition non nécessaire pour se protéger (ou protéger ses biens)¹⁴⁰.

On comprend dès lors pourquoi Hart a peu écrit sur les justifications : il n'avait pas grand-chose à apporter par rapport à l'utilitarisme, puisque les utilitaristes insistent depuis longtemps sur le fait que le critère des justifications pénales est leur utilité sociale.

5. Bilan et remarque sur les troubles mentaux

On peut donner une vision synthétique de la règle de responsabilité de Hart à l'aide de l'arborescence suivante :

l'ordre public en suppléant, dans un cas d'urgence, l'action des représentants de l'autorité. » (R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, n° 366, p. 418-419.)
140 G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, *op. cit.*, p. 857-860.



Nous nous sommes permis de compléter la règle de responsabilité de Hart en lui ajoutant un quatrième composant, pour qu'elle soit capable de couvrir l'ensemble des causes d'irresponsabilité ou l'ensemble des moyens de défense : exemptions, excuses et justifications. On aboutit à la conclusion que, pour être puni, il faut au minimum 1° avoir eu un comportement contraire au droit, 2° qui n'était pas nécessaire pour éviter un mal plus grand, 3° avoir un minimum de discernement et de contrôle sur ses actes et 4° avoir eu une chance raisonnable d'éviter ce comportement.

Si le comportement contraire au droit était nécessaire pour éviter un mal plus grand (comme en cas de légitime défense proportionnée et nécessaire), il y a justification ; si l'auteur du comportement contraire au droit possède un niveau insuffisant de discernement ou de contrôle sur ses actes (comme en cas de retard mental profond), il y a exemption ; si l'auteur du comportement contraire au droit n'a pas eu une chance raisonnable d'obéir (comme en cas d'ignorance invincible), il y a excuse. (On remarquera qu'on pourrait ici emprunter la distinction de Nagel et dire que les justifications sont *outcome-centered*, tandis que les excuses et exemptions sont *agent-centered*.)

Un des avantages de la règle de responsabilité de Hart est qu'elle nous permet de clarifier le

lien controversé entre la responsabilité pénale et la maladie mentale. D'après sa règle, la maladie mentale n'exclut pas *en soi* la responsabilité pénale. Il ne suffit pas de prouver qu'une personne est atteinte d'une maladie mentale (par exemple d'un trouble des conduites alimentaires) pour la soustraire au processus pénal. Il faut en plus prouver que cette maladie mentale ou bien la prive de discernement ou de contrôle sur ses actes, ou bien ne lui a pas donné une chance raisonnable d'obéir à la loi. La démence sénile est un exemple du premier cas : elle prive la personne qui en souffre de discernement ou de contrôle sur ses actes. A-t-on un exemple du second cas ?

Imaginons qu'on découvre demain un traitement médical efficace et peu coûteux (par exemple, une pilule à prendre chaque matin) contre la schizophrénie et les idées délirantes. Un schizophrène sous traitement décide (à un moment où il ne subit pas ses symptômes grâce aux médicaments) de ne pas prendre sa pilule pour éviter les effets secondaires désagréables et, sous l'influence de ses idées délirantes, il commet un meurtre¹⁴¹. D'après la règle de Hart, cet individu serait pénalement responsable, au même titre que l'épileptique imprudent. Pourquoi ? Parce qu'il aurait pu ne pas commettre ce meurtre s'il avait pris son traitement. Autrement dit, si un schizophrène commettant un crime sous l'influence de ses idées délirantes n'est pas puni à l'heure actuelle, ce n'est pas parce qu'il était momentanément incapable de discernement, mais parce qu'il n'a pas eu une chance raisonnable d'éviter son crime (puisque'il n'existe pas de traitement efficace contre la schizophrénie, puisque'on ne peut pas anticiper les délires, etc.). On ne doit pas catégoriser ce cas comme une exemption pour incapacité, mais comme une excuse pour contrainte physique interne invincible.

Dans une section de *Rethinking Criminal Law* intitulée « La folie est-elle une condition ou une excuse ? », Fletcher écrit qu'il y a une différence fondamentale entre « traiter les fous comme une classe exempte de toute sanction pénale et traiter la folie comme une excuse pour un acte particulier. Le premier cas repose sur l'analogie entre la folie et l'enfance ; le second cas, sur l'analogie entre la folie et la contrainte¹⁴² ». Selon nous, ces deux conceptions ne s'excluent pas nécessairement. En réalité, elles reflètent des situations différentes : une situation où la maladie mentale nous ramène à l'enfance, une situation où la maladie mentale agit comme une contrainte invincible.

141 Merci à Mathieu Frèrejouan pour cet exemple.

142 G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, *op. cit.*, p. 836.

III. La justification de la règle de responsabilité de Hart

Maintenant que nous avons clarifié la signification de la règle de responsabilité de Hart, nous pouvons nous interroger sur la justification des conditions distributives qu'elle pose. Pourquoi ne pas punir en cas d'exemption, d'excuse ou de justification ?

1. La critique de la justification utilitariste

La première chose à expliquer est pourquoi Hart ne veut pas d'une justification utilitariste de sa règle de responsabilité, alors qu'il accepte la justification benthamienne de la pratique de la peine et admet que la finalité première du système pénal est la réduction de la criminalité.

a) La punition de l'innocent

Commençons par le premier composant de la règle de responsabilité de Hart : Pourquoi seul l'auteur d'un comportement contraire au droit peut être puni ? Pourquoi ne pas recourir aux peines collectives ou aux peines pour fait d'autrui ? « [P]ourquoi ne pas punir, quand c'est rentable, des innocents, choisis au hasard, ou la femme et les enfants de l'infracteur¹⁴³ ? » Pourquoi ne pas recourir aux procès truqués ? « Si dans un cas précis c'était nécessaire et possible pour protéger la société, pourquoi ne pas accuser un homme innocent, simuler sa culpabilité et l'exécuter¹⁴⁴ ? »

Bentham aborde ces questions dans le livre IV de *The Rationale of Punishment*, intitulé « Des peines déplacées » (*mis-seated punishment*)¹⁴⁵. Une peine déplacée est une peine qui, au lieu de tomber exclusivement sur l'infracteur, va tomber (entièrement ou en partie) sur des innocents. La thèse défendue par Bentham est que les peines déplacées ne sont pas justifiées. Voyons pourquoi.

Commençons par les peines collectives (ou familiales). À première vue, elles sont particulièrement dissuasives : je peux braver des maux qui ne seront que pour moi, mais je

¹⁴³ PR, p. 5-6.

¹⁴⁴ PR, p. 76.

¹⁴⁵ Pour une lecture intéressante de ce passage problématique, voir G. Binder, N.J. Smith, « Framed : Utilitarianism and Punishment of the Innocent », *Rutgers Law Journal*, vol. 32, 2000, p. 140-148.

serai retenu par la crainte d'entraîner dans ma ruine ceux qui me sont chers. Néanmoins, Bentham les désapprouve pour les raisons suivantes : l'attachement qu'on porte à autrui est rarement aussi fort que l'amour de soi ; certains délinquants n'ont pas de famille ; certains délinquants ne se soucient ni de leur femme ni de leurs enfants ; les peines collectives sont impopulaires : « la pitié publique se réveille : un sentiment confus accuse les lois d'injustice, l'humanité se déclare contre elles et de toutes parts le respect des lois est affaibli¹⁴⁶ [...] ». »

Les arguments de Bentham ne sont pas très convaincants. Comme le note Scheid, les peines collectives ont l'avantage d'être à la fois *efficaces* et *économiques*. Elles sont efficaces, parce que grâce à elles tout le monde surveille tout le monde (pour ne pas être puni à cause d'une erreur d'autrui), chacun se sent concerné par la conduite d'autrui. Ce contrôle de proximité (via la pression sociale) est beaucoup plus puissant que le contrôle à distance du droit pénal. Elles sont économiques pour deux raisons : premièrement, les effectifs de police n'ont pas besoin d'être importants puisque tout le monde surveille tout le monde ; deuxièmement, les sanctions n'ont pas besoin d'être sévères, puisque des sanctions légères suffisent à activer le mécanisme de surveillance réciproque¹⁴⁷.

À vrai dire, Bentham lui-même, au nom de la sécurité et de l'économie, propose de recourir aux peines collectives dans son plan de prison panoptique :

C'est ici que la loi de la responsabilité mutuelle peut se montrer dans tout son avantage. Confinée dans les bornes de chaque cellule, elle ne peut jamais dépasser les limites de la plus stricte justice : *Dénoncez le mal, ou souffrez comme complice*. Quel artifice peut échapper, quelle conspiration peut résister à une loi si juste et pourtant inexorable ? Le reproche qui, dans toutes les prisons, s'attache avec tant de virulence au caractère de *dénonciateur*, ne trouverait ici rien à quoi s'attacher ; on ne peut pas se plaindre de ce qu'un autre fait pour sa propre conservation. *Moi, un traître ? Vous me reprochez ma méchanceté ? C'est vous qui êtes méchant, vous qui voulez me faire souffrir pour votre plaisir*. [...] Il s'agissait de la pièce manquante pour compléter la forteresse érigée sur le principe de l'inspection : autant de camarades, autant d'inspecteurs ; les personnes mêmes contre lesquelles il faut se prémunir s'ajoutent au nombre des gardes¹⁴⁸.

146 J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, Londres : Robert Heward, 1830, p. 301.

147 D.E. Scheid, « Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 10, n° 2, 1997, p. 471-472.

148 J. Bentham, *Panopticon*, in *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 4, New York : Russell & Russell, 1962, p. 164.

Passons maintenant à la responsabilité pénale du fait d'autrui. Bentham donne l'exemple de la confiscation des biens d'un père de famille qui s'est suicidé : à défaut de punir le coupable, on punit sa femme et ses enfants. S'inspirant certainement de Beccaria¹⁴⁹, Bentham attaque l'argument selon lequel la confiscation des biens pourrait dissuader de se suicider celui qui a une famille ou des héritiers : la persistance des suicides montre que ce n'est pas le cas¹⁵⁰. Les peines vicariales, selon Bentham, sont aussi absurdes, inefficaces et irrationnelles que la poudre de sympathie¹⁵¹. De même que si on veut guérir un patient, il faut le soigner *lui*, de même, si on veut intimider, neutraliser ou réformer un contrevenant, il faut le punir *lui*, pas quelqu'un d'autre.

À nouveau, les arguments de Bentham ne sont pas très convaincants. Pour Hart, les peines pour fait d'autrui *sont* dissuasives : « davantage de personnes seraient dissuadées du crime si les épouses et les enfants des infracteurs étaient punis par procuration pour leurs crimes¹⁵². » De plus, si le droit pénal exclut en principe la responsabilité du fait d'autrui, il existe néanmoins quelques exceptions : « un tenancier encourt une peine si ses employés, sans qu'il le sache et contrairement à ses ordres, vendent de l'alcool dans ses locaux après l'heure¹⁵³. » Cross et Ely remarquent qu'« au cours du XX^e siècle, le nombre d'infraction mineures prévues par des *statutes* dont la définition a été interprétée de manière à rendre une personne pénalement responsable des conséquences d'actes non autorisés accomplis par une autre personne, a fortement augmenté¹⁵⁴ ». Ils donnent l'exemple de l'affaire *Allen v Whitehead* (1930), dans laquelle le propriétaire d'un bar fut déclaré coupable d'avoir en connaissance de cause laissé des prostituées se réunir dans ses locaux alors qu'il avait formellement interdit à son manager de laisser des prostituées s'y réunir et qu'il n'était au courant de rien (il se

149 « Si quelqu'un me rétorquait qu'une telle peine peut néanmoins retenir un homme déterminé de se tuer, je répondrais ceci : celui qui renonce tranquillement au bien de la vie, qui hait l'existence ici-bas, préférant ainsi une éternité malheureuse, ne doit être nullement atteint par la considération moins efficace et plus lointaine de ses enfants et de sa famille. » (C. Beccaria, *Des délits et des peines*, trad. A. Fontana, X. Tabet, Paris : Gallimard, 2015, §XXXII, p. 178.)

150 J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, *op. cit.*, p. 291.

151 La poudre de sympathie est une invention du philosophe et alchimiste anglais Kenelm Digby : il croyait qu'il suffisait de mélanger dans une fiole cette poudre avec le sang d'une blessure pour que la blessure se referme d'elle-même à distance.

152 *PR*, p. 11.

153 *PR*, p. 221. Voir aussi : « A man may be legally punished on account of what his servant has done, even if he in no way caused or instigated or even knew of the servant's action, or knew of the likelihood of his servant so acting. Liability in such circumstances is rare in modern systems of criminal law [...]. » (*PR*, p. 215-216.)

154 R. Cross, E. Ely, « La responsabilité pénale », in M. Ancel, L. Radzinowicz (éd.), *Introduction au droit criminel de l'Angleterre*, Paris : Éditions de l'Épargne, 1959, p. 75.

rendait une à deux fois par semaine dans son bar)¹⁵⁵. La même évolution a été observée en France à la même époque, en particulier dans le cadre des entreprises ou des professions réglementées¹⁵⁶.

Le point important est que la responsabilité pénale du fait d'autrui a souvent été justifiée à l'aide d'arguments explicitement utilitaristes, aussi bien en France qu'en Angleterre. Cross et Ely citent le *Lord Chief Justice* pour qui la responsabilité du fait d'autrui est « une théorie nécessaire pour assurer l'exécution d'une grande partie de la législation moderne¹⁵⁷ » et peut stimuler l'efficacité. En France, Roux écrit :

La société, en effet, attend du droit pénal sa protection. Celle-ci manquerait, si on devait imputer les délits seulement à ceux qui les ont matériellement perpétrés. Il n'est pas douteux, par exemple, que la protection sociale serait insuffisamment organisée, si l'on faisait reposer l'observation des nombreux règlements de police [...] exclusivement sur la tête des ouvriers, manœuvres ou préposés, qui exécutent le travail, et ignorent le plus souvent la réglementation légale, qui assure, avec leur propre sécurité, celle d'autrui. Si l'on ne veut pas que ces prescriptions soient illusoires, il faut établir d'autres responsables ; et il est naturel que l'on songe à frapper le maître qui ordonne, et qui doit surveiller le travail commandé. [...] *La responsabilité pénale du fait d'autrui trouve donc sa justification dans une meilleure incidence de la répression*¹⁵⁸.

Bentham pourrait répondre qu'on confond les peines déplacées avec les sanctions pour faute non intentionnelle (faute de négligence, faute d'imprudence, etc.). Selon lui, un shérif peut être puni si un geôlier a laissé échapper un prisonnier : le shérif n'est pas puni pour la faute du geôlier et à sa place, mais pour sa propre faute de négligence dans le choix de ses

155 R. Cross, E. Ely, « La responsabilité pénale », *art. cit.*, p. 76.

156 « Ainsi le chef d'entreprise répond-il personnellement des infractions à la réglementation du travail [...] où de la Sécurité sociale, des infractions en matière économique ou fiscale, des délits de hausse illicite des prix dont se rendent coupables ses subordonnés, même à son insu... ; les débiteurs de boissons sont pénalement responsables des violations réglementaires imputables à leurs employés à l'occasion de leurs fonctions au service de l'établissement... ; les pharmaciens sont pénalement engagés par les infractions à la législation pharmaceutique de leurs préparateurs ou employés... ; les chefs de gare sont responsables des erreurs d'aiguillage commises dans leur gare... ; les fabricants et producteurs encourent une responsabilité pénale à l'occasion des fraudes alimentaires réalisées par leurs employés ou quelquefois même par les transporteurs ou distributeurs... ; les moniteurs d'auto-école sont pénalement responsables des accidents corporels occasionnés par leurs élèves au cours de la leçon [...]. » (R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, n° 454, p. 511-512.)

157 R. Cross, E. Ely, « La responsabilité pénale », *art. cit.*, p. 76.

158 J.-A. Roux, *Cours de droit criminel français*, 2^e édition, tome I, Paris : Sirey, 1927, §105, p. 359-360.

subordonnés : il n'a pas pris les précautions nécessaires¹⁵⁹. Comme l'expliquent Merle et Vitu, la responsabilité pénale du fait d'autrui est souvent *apparente*. C'est le cas par exemple lorsqu'un père de famille, ayant laissé imprudemment un pistolet à portée de la main d'un enfant, est condamné pour homicide involontaire si l'enfant s'est servi de cette arme pour tuer quelqu'un : à côté du fait matériel de l'enfant, il y a une faute du père en relation causale avec le dommage¹⁶⁰.

Cependant, la responsabilité du fait d'autrui ne peut pas toujours s'expliquer par une faute (par exemple, de négligence) du responsable¹⁶¹. C'est pourquoi la réponse de Bentham, bien qu'ingénieuse, est insuffisante.

Terminons pas la question des procès truqués : « On suppose que pour éviter une catastrophe sociale, les autorités du système fabriquent des preuves sur la base desquelles cette personne est accusée, jugée, condamnée et envoyée en prison ou exécutée¹⁶². » À notre connaissance, Bentham ne répond pas directement cette objection¹⁶³. Cependant, il n'est pas difficile de deviner sa position. En effet, au début du chapitre consacré aux peines déplacées, il distingue deux possibilités : ou bien la peine déplacée est évitable (*avoidable*), ou bien elle est inévitable (*unavoidable*). « Inévitable » signifie que, sans elle, le gouvernement et la société périraient. D'un point de vue utilitariste, si une peine déplacée est inévitable, elle *peut* non seulement être introduite, mais elle *doit* l'être. Toutefois, Bentham considère que les peines déplacées ne sont *jamaïs* inévitables (la seule chose inévitable, ce sont les maux dérivés dont

159 J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, op. cit., p. 287.

160 R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, op. cit., n° 454, p. 513.

161 « Non seulement le chef d'entreprise n'est pas admis à s'exonérer en prouvant qu'il n'a pas commis de faute dans l'exécution de ses obligations de surveillance et de contrôle, mais il ne peut même pas échapper à la répression en démontrant la contrainte. » (R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, op. cit., n° 457, p. 516.)

162 PR, p. 11.

163 En revanche, Mill aborde ce problème dans *An Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*. Il répond à une objection de Patrick Proctor Alexander (cf. P.P. Alexander, *An Examination of Mr John Stuart Mill's Doctrine of Causation in Relation to Moral Freedom*, Edinburgh : William P. Nimmo, 1866, p. 55-56). Voici l'objection : imaginons qu'on ne parvienne pas à arrêter l'auteur d'un meurtre, si le but de la peine est de protéger les autres, alors on pourrait très bien choisir un innocent au hasard et le pendre pour ce meurtre (à condition que la société ignore le stratagème). Voici la réponse de Mill : « d'après [Alexander] si la protection de la société est une raison suffisante pour faire pendre quelqu'un, elle doit suffire à faire pendre un innocent ou un fou [...]. Il dit itérativement que ces supplices sont tout aussi propres à détourner du crime que celui d'un vrai criminel ; il pense apparemment que le supplice d'un homme qui n'est pas coupable donne aux gens un motif de s'abstenir de l'être. [...] Toutefois, il comprendra peut-être que tout l'effet préventif que la vue du supplice peut produire sur l'esprit des gens susceptibles d'obéir à des motifs, vient de ce qu'on envoie au supplice des gens susceptibles d'obéir à des motifs. Pendre, par surcroît, ceux qui ne le sont pas, n'ajoute rien à l'effet préventif, et ce n'est qu'une cruauté sans raison. » (J.S. Mill, *La philosophie de Hamilton*, trad. E. Cazelles, Paris : Germer Baillière, 1869, p. 565, en note.) La réponse de Mill, malheureusement, passe un peu à côté de l'objection d'Alexander, puisque dans son scénario, les gens ignorent que le pendu est innocent ou fou.

nous avons parlé dans le chapitre 2)¹⁶⁴.

Le désaccord entre Hart et Bentham est subtil. Hart ne nie pas que, dans des situations extrêmes, on puisse recourir aux fausses accusations¹⁶⁵. Il ne les exclut pas catégoriquement : « Étant donné la misère qui peut être évitée par le sacrifice d'une personne innocente, il peut y avoir des situations dans lesquelles on peut penser qu'il est moralement admissible de prendre cette mesure¹⁶⁶. »

Prenons deux exemples. Le premier est l'affaire Virgil Tănase. Même s'il ne s'agit pas d'un procès truqué, il s'agit également d'un mensonge d'État soulevant des problèmes très proches. Tănase était un opposant au régime de Ceașescu, qui vivait à Paris depuis 1977. En 1982, il publia un pamphlet contre le dictateur dans le magazine *Actuel*. Ceașescu décida alors de le faire éliminer (avec un autre réfugié, Paul Goma) par un de ses agents, Haiducu. Ce dernier révéla toutefois aux services de renseignement français la mission dont il était chargé. Les services de renseignement français décidèrent alors de faire croire au meurtre de Tănase. Le 20 mai 1982, ils simulèrent son enlèvement place de la Bastille sous les yeux de plusieurs témoins qui prévinrent la police. Sa femme signala sa disparition au commissariat. Une information fut ouverte par le juge Jean-Louis Debré qui ne savait rien du coup monté. La presse fut rapidement mobilisée. De retour en Roumanie, Haiducu fut décoré par les autorités roumaines et profita de cet état de grâce pour faire passer en France toute sa famille avant de la rejoindre. Tănase, quant à lui, était à l'abri dans un hôtel isolé en Bretagne. Dans le plus grand des secrets, François Mitterand, alors président de la République, suivait de près cette affaire dont il avait été informé dès les premiers jours. Le 30 août 1982, la supercherie fut révélée dans la presse¹⁶⁷. Ne peut-on pas imaginer, sur ce modèle, un procès truqué destiné à sauver plusieurs vies et dans lequel l'accusé serait complice des autorités ?

Ce n'est pas sans raison que nous prenons cet exemple. Hart, on le sait, a joué un rôle décisif au sein des services de renseignement pendant la Guerre et il était régulièrement confronté à des situations de ce type. Comme l'écrit Lacey :

164 J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, op. cit., p. 279-282.

165 « In extreme cases many might still think it right to resort to these expedients [...]. » (PR, p. 12.)

166 PR, p. 81.

167 *La Croix*, « 20 mai 1982, le faux enlèvement à Paris de l'écrivain roumain Virgil Tanase », le 1^{er} septembre 1982. URL : <https://www.la-croix.com/Debats/Ce-jour-la/20-mai-1982-faux-enlevement-Paris-lecrivain-roumain-Virgil-Tanase-2018-05-31-1200943449>

C'était un monde dans lequel les tactiques utilisées, dans une affaire d'espionnage apparemment insoluble, comprenaient la possibilité (en dernier recours) d'éperonner délibérément le bateau d'où provenait une fuite d'informations, sans qu'aucun survivant ne soit attendu ; un monde dans lequel le patron respecté d'Herbert pouvait écrire que « de temps en temps, il nous faut liquider un XX [agent double] qui peut être lié à d'autres agents ». Pour un homme ayant la sensibilité libérale très marquée d'Herbert, cela devait avoir un côté troublant¹⁶⁸.

Le deuxième exemple est l'affaire Rodney King. Le 3 mars 1991, Rodney King fut brutalement frappé par quatre policiers blancs après avoir été arrêté pour excès de vitesse. Les quatre policiers furent alors accusés d'agression ainsi que d'utilisation abusive de la force. Toutefois, le 29 avril 1992, les quatre hommes furent acquittés. Environ 100 000 personnes manifestèrent dans la rue contre le racisme, mais la manifestation dégénéra en violences, pillages, incendies, etc. L'armée dût intervenir au bout du quatrième jour. Les violences firent 53 morts, des milliers de blessés et des dégâts estimés à 1 milliard de dollars. À la suite de ces émeutes, les quatre policiers furent à nouveau accusés (au niveau fédéral cette fois-ci) de violation des *civil rights*. Deux furent condamnés à 30 mois de prison et les deux autres furent acquittés¹⁶⁹. L'intérêt de cette affaire est que, même si aucun innocent n'a été puni, le principe du *double jeopardy* (*non bis in idem* en droit français) qui énonce qu'une personne acquittée légalement ne peut pas être accusée à raison des mêmes faits, a été enfreint pour rétablir l'ordre public. Au nom du vivre-ensemble, ceux qui avaient été *reconnus* innocents (malgré des preuves accablantes) ont été à nouveau accusés pour être condamnés¹⁷⁰.

Ce que Hart reproche aux utilitaristes, ce n'est pas de justifier les procès truqués (ou des actions similaires), mais plutôt, comme il le dit dans un autre contexte, « de dissimuler la véritable nature (*to cloak the true nature*) des problèmes auxquels nous sommes confrontés¹⁷¹ ».

168 N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart : The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 99.

169 *Le Monde*, « Les émeutes de Los Angeles, 20 ans après », le 29 avril 2012. URL : https://www.lemonde.fr/ameriques/article/2012/04/29/les-emeutes-de-los-angeles-20-ans-apres_1692799_3222.html

170 M. Bagaric, *Punishment and Sentencing : A Rational Approach*, Londres, Sydney : Cavendish Publishing Limited, 2001, p. 97.

171 *EJP*, p. 77. Cette phrase est à l'origine adressée aux jusnaturalistes. Hart critique toute forme de dénaturation ou de simplification des difficultés morales. Dans son débat avec le jusnaturaliste Radbruch, il explique que « le refus de reconnaître le caractère juridique de règles iniques peut constituer une simplification excessive

Pour Bentham, condamner sciemment un innocent à l'issue d'un procès truqué pour le salut de la société, ce n'est pas sacrifier la « justice » ou le « droit à un procès équitable » (fausses notions selon lui). C'est choisir l'action qui, tout *compte* fait, tout bien *pesé*, est la plus avantageuse. Le fait que l'innocent soit innocent n'est pas, *en soi*, une objection :

Mais, affirme un objecteur, [...] infliger une peine à des personnes non coupables, c'est violer l'un des principes de justice les plus importants, les plus fondamentaux et les plus universellement reconnus. La réponse est la suivante : ce principe, auquel il est continuellement fait allusion, mais qui, en vérité, n'existe nulle part, ne peut être utilisé à bon escient pour s'opposer à une règle qui, exprimée en des termes bien définis, apparaît ne pouvoir faire l'objet d'aucune exception¹⁷².

Il n'y a que deux possibilités : ou bien la peine déplacée est évitable, et dans ce cas elle est contraire au principe d'utilité (et cela vaut aussi bien pour l'innocent que pour le coupable) ; ou bien la peine déplacée est inévitable, et dans ce cas elle est conforme au principe d'utilité (et cela vaut aussi bien pour l'innocent que pour le coupable). Hart voit les choses différemment :

si nous franchissions ce pas, nous aurions à faire face à un conflit entre deux principes. Nous sacrifierions le principe d'équité conçu pour protéger l'individu contre la société au principe selon lequel un avantage écrasant pour la société doit être garanti à tout prix ; mais un conflit entre deux principes n'est pas la même chose que la simple application d'un unique principe utilitariste selon lequel tout ce qui bénéficie à la société est permis¹⁷³.

Pour un philosophe pluraliste comme Hart, les autorités peuvent faire face à d'authentiques dilemmes moraux. Elles peuvent être obligées de choisir entre des principes incompatibles et ce *choix* peut être un déchirement¹⁷⁴. C'est ce qui arrive dans le scénario des procès truqués.

(*may grossly oversimplify*) de l'éventail des questions morales qu'elles soulèvent » (CL, trad. fr., p. 228) et que l'attitude jusnaturaliste, consistant à refuser de reconnaître la validité des règles de droit injustes, « revient à traiter sans nuance des problèmes moraux délicats et complexes » (CL, trad. fr., p. 229).

172 J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, op. cit., p. 281.

173 PR, p. 81.

174 Comparer avec Benn et Peters : « It might be, however, that in very exceptional conditions one might take the claims of such people into account, but decide, nevertheless, that it was so important that the law should be upheld that they must be put aside. It is impossible to say, without reference to any particular context, that such a choice would be wrong. But it would have to be a *choice* : – maintaining the law would have to be quite deliberately chosen as more important than the claims of the innocents not to be made to suffer without having committed an offence. » (S.I. Benn, R.S. Peters, *Social Principles and the Democratic State*,

Même si, du point de vue des autorités, le devoir de protéger la société contre une catastrophe majeure peut primer le devoir de justice et de véracité, ce dernier n'est pas entièrement éliminé et conserve une certaine force¹⁷⁵. Le ressentiment ou la colère de ceux qui ont été sacrifiés et trompés serait approprié, tout comme les regrets ou la honte des autorités.

Pour sauver des vies, il faut parfois se *salir les mains*¹⁷⁶. Or, pour Bentham, il n'y a ni mains sales, ni mains propres : il y a seulement des mains bienfaitrices ou des mains malfaisantes. C'est ce qui pose problème : Hart reconnaît qu'il faut parfois, malheureusement, se salir les mains, mais encore faut-il en être conscient¹⁷⁷. La conception de Hart a cet avantage « qu'elle ne masque pas le choix entre des maux qui, dans des circonstances limites, s'avère éventuellement nécessaire¹⁷⁸ ».

Hart critique non seulement Bentham, mais également la stratégie utilitariste du jeune Rawls (dont il était déjà question dans le chapitre 1). Rawls nous demande d'imaginer une institution qu'il nomme l'institution *ténale* (*telishment*¹⁷⁹) pour la distinguer de l'institution pénale (*punishment*). Dans cette institution, les autorités (les juges, le chef de la police, le ministre de la Justice, etc.) ont *officiellement* le pouvoir de condamner sciemment un innocent à l'issue d'un procès si cela permet de mettre un terme à une vague de violence¹⁸⁰. Selon Rawls, il y a peu de chances que cette institution soit justifiée d'un point de vue utilitariste. Comme Hart résume l'argument :

L'état d'alarme et de terreur, qui pourrait surgir dans la société si les gens savaient que des innocents risquent d'être arrêtés et soumis aux douleurs de la punition afin de répondre aux besoins de la société, pourrait être pire que ce que pourrait compenser le progrès en matière de sécurité ou de bien-être social obtenu par ces moyens. De plus, les autorités administratives et judiciaires pourraient refuser de mettre en œuvre le recours à la « punition » dans de telles

Londres : Routledge, 2010, p. 184, en note.)

175 C. Tappolet, « Dilemmes moraux », in M. Canto-Sperber (éd.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Paris : P.U.F., 1996, p. 418.

176 Hart parle du *crude business of false charges* in *PR*, p. 18.

177 « we should do so with the sense of sacrificing an important principle. We should be conscious of choosing the lesser of two evils [...] » (*PR*, p. 12.) Voir également ce passage : « Like nettles, the occasions when life forces us to choose the lesser of two evils must be grasped with the consciousness that they are what they are. » (*EJP*, p. 77.)

178 *CL*, trad. fr., p. 229.

179 *Telishment* est un mélange du grec *télos* (la cause finale) et de l'anglais *punishment* : l'institution ténale est entièrement régulée par son but, la protection de la société.

180 J. Rawls, « Two Concepts of Rules », *The Philosophical Review*, vol. 64, n°1, 1955, p. 11.

circonstances et, par conséquent, le « nullifier »¹⁸¹.

Cette « forme pragmatique élargie d'utilitarisme¹⁸² » pose au moins deux problèmes. Premièrement, elle n'exclut pas le recours ponctuel, en violation des règles, à la punition de l'innocent. On peut très bien imaginer que les autorités condamnent l'innocent puis l'indemnisent ultérieurement (comme le font parfois les services de renseignement dans des situations similaires) ; on peut aussi imaginer que l'innocent soit complice des autorités. Deuxièmement, la réponse de Rawls « ne semble pas rendre compte du caractère de la réticence normale à “punir” ceux qui n'ont pas enfreint la loi¹⁸³ ». Hart pense qu'« on ne peut pas se débarrasser si facilement de l'argument selon lequel d'autres éléments que ceux que même l'utilitarisme le plus large admet sont impliqués¹⁸⁴ ». Autrement dit, la réponse de Rawls passe à côté de l'essentiel, à savoir qu'il est injuste de punir ceux qui n'ont pas enfreint la loi.

b) Responsabilité stricte et responsabilité absolue

Nous pouvons maintenant passer au deuxième et troisième composants de la règle de responsabilité de Hart. Pourquoi punir uniquement ceux qui possèdent certaines capacités cognitives et volitives et ont eu une chance raisonnable d'obéir à la loi ? Pourquoi ne pas recourir à la responsabilité stricte (c'est-à-dire sanctionner même ceux qui agissent sous la contrainte, par accident, etc.) ? Pourquoi ne pas recourir à la responsabilité absolue (c'est-à-dire « ne pas exempter de peine même les très jeunes enfants ou les personnes atteintes de démence grave¹⁸⁵ ») ?

L'argument de Bentham est bien connu. La responsabilité absolue est exclue, car la « disposition pénale » (*penal provision*) ne peut produire aucun effet sur un enfant ou sur un fou : elle ne les empêchera pas de commettre des actes contraires au droit. La responsabilité stricte est exclue, car si une personne agit non intentionnellement, inconsciemment, sous la

181 *PR*, p. 76. Comparer également avec le passage suivant : « a system which openly empowered authorities to do this kind of thing, even if it succeeded in averting specific evils like lynching, would awaken such apprehension and insecurity that any gain from the exercise of these powers would by any utilitarian calculation be offset by the misery caused by their existence. » (*PR*, p. 11-12.)

182 *PR*, p. 21.

183 *PR*, p. 76.

184 *PR*, p. 76-77.

185 *PR*, p. 226.

contrainte, etc., la « disposition pénale » ne l'empêchera pas de commettre l'acte contraire au droit qu'elle est sur le point de commettre. Dans un cas comme dans l'autre, la peine « ne peut être qu'inefficace¹⁸⁶ ».

Imaginons qu'un homme totalement ivre hurle dans la rue et qu'on le menace d'appeler la police s'il ne cesse pas immédiatement ; quelqu'un pourrait nous dire que cela *ne sert à rien* de le *menacer* (puisque'il est complètement saoul), qu'il faut recourir à d'autres moyens (appeler *directement* la police, l'arroser avec de l'eau froide, etc.). Déclarer par la loi que si les enfants de quatre ans tuent quelqu'un à l'aide d'une arme à feu, ils seront punis (« Enfants de quatre ans, ne tuez pas où vous irez en prison¹⁸⁷ ! »), c'est la même chose : cela *ne sert à rien*. Cela ne dissuadera pas les enfants de quatre ans puisque'ils sont *insensibles aux menaces du législateur* (on notera que Bentham envisage la question des conditions de la responsabilité pénale du point de vue du législateur ou, plus précisément, du point de vue du rédacteur du Code pénal).

Hart reproche à Bentham de commettre un *non sequitur*. Certes, la « disposition pénale », c'est-à-dire la menace de punir, n'empêchera pas le nourrisson ou ceux qui agissent sans *mens rea* de commettre l'acte illégal qu'ils sont sur le point de commettre. Certes, le droit ne pourrait pas fonctionner, serait totalement inefficace, si la majorité de la population ne possédait pas certaines capacités cognitives et volitives¹⁸⁸. Toutefois, cela ne veut pas dire que *l'acte de punir, l'infliction d'une peine* « ne peut être qu'inefficace » : au contraire, l'infliction d'une peine « peut garantir un degré de conformité à la loi de la part des personnes normales plus élevé que lorsque les conditions exonératoires sont reconnues¹⁸⁹ ». Pourquoi ?

Premièrement, si le droit reconnaît des excuses et des exemptions, cela « peut inciter des personnes qui, sans cela, ne prendraient pas le risque d'être punies, à tenter de tromper un jury¹⁹⁰ ». Imaginons que je sois tenté d'enfreindre la loi. Si je sais que je peux plaider l'absence de faute, fabriquer une excuse, je prendrai peut-être le risque. En acceptant les excuses, on *ouvre une brèche* dans laquelle s'engouffrent certains individus. Si aucune excuse

186 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, op. cit., chapitre XIII, §iii, p. 196.

187 Il ne faut pas oublier que pour Bentham et pour Austin, qui sont impérativistes, les lois sont des ordres appuyés de menaces (selon la présentation classique que fait Hart de l'impérativisme dans *Le concept de droit*).

188 PR, p. 229.

189 PR, p. 19.

190 PR, p. 19-20.

n'était acceptée, la crédibilité des menaces serait maximale, les gens ne tenteraient pas leur chance et respecteraient scrupuleusement les règles.

Deuxièmement, si un criminel dangereux réussit à tromper un jury, il sera remis en liberté. Il jouira d'un sentiment d'impunité, ce qui l'incitera à commettre de nouvelles infractions. Hart donne l'exemple d'un homme accusé du meurtre d'une femme et ayant plaidé l'avoir tuée dans son sommeil : « Bien qu'il n'y ait aucune raison de douter de l'honnêteté de cet homme, il est clair que toute défense de ce genre ouvre la porte à de possibles fraudes et peut conduire à laisser en liberté des personnes dangereuses¹⁹¹. »

Troisièmement, la responsabilité stricte s'est fortement développée à partir de la deuxième moitié du XIX^e siècle :

Troisièmement, et il s'agit d'un développement de ces cent dernières années, le principe général d'après lequel la *mens* doit être *rea* pour être responsable pénalement a été nuancé par l'admission, dans le corps de la loi, d'un certain nombre d'infractions pour lesquelles la responsabilité est dite « stricte ». Ces infractions sont pour la plupart mineures et punies par des amendes. Elles concernent le respect des normes dans la fabrication des marchandises, bien qu'elles aient été récemment élargies à des infractions plus graves (comme la conduite dangereuse) pour lesquelles les sanctions peuvent être considérables. Lorsque la responsabilité est stricte, l'accusé ne peut pas se défendre en disant qu'il n'avait pas l'intention de commettre l'acte interdit par la loi et qu'il n'aurait pas pu, en faisant preuve d'une diligence raisonnable, l'éviter¹⁹².

En droit pénal français, on parle d'« infractions matérielles » : il suffit que le fait soit matériellement constaté pour que le délinquant soit puni, il n'est pas nécessaire de démontrer une faute intentionnelle ou non intentionnelle à la charge du délinquant¹⁹³. Par exemple, il suffit de garer sa voiture sur un emplacement interdit pour recevoir une amende : l'agent de police n'a pas besoin de démontrer que cette infraction est imputable à la volonté ou à la négligence du conducteur.

Le point important est que la responsabilité stricte a souvent été justifiée à l'aide d'arguments

191 *PR*, p. 183-184.

192 *PR*, p. 176.

193 R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, n° 514, p. 581.

explicitement utilitaristes (exactement comme la responsabilité pénale du fait d'autrui) :

la responsabilité stricte peut, dans certains cas, être défendue comme un moyen de dissuader ceux qui ne sont pas sûrs de réussir à se conformer aux exigences légales d'exercer des professions auxquelles la responsabilité stricte est attachée. [...] On a également fait valoir que la responsabilité stricte pouvait inciter les particuliers ou les entreprises commerciales à inventer de nouvelles techniques pour éviter les violations et que cet effet ne pouvait être obtenu en sanctionnant simplement la négligence¹⁹⁴.

À nouveau, Hart ne critique pas seulement Bentham, mais également les « formes pragmatiques plus larges d'utilitarisme ». Voici comment il résume leur stratégie :

Parfois, le principe selon lequel la peine doit être restreinte à ceux qui ont volontairement enfreint la loi n'est pas défendu comme un principe rationnel ou moralement important en soi, mais comme quelque chose de tellement ancré dans les conceptions populaires de la justice dans certaines sociétés, y compris la nôtre, que si on ne le reconnaissait pas, cela conduirait à des troubles ou à la nullification du droit pénal, puisque les autorités ou les jurys pourraient refuser de coopérer dans un tel système. Dès lors, punir dans ces circonstances serait soit impraticable, soit créerait plus de dommages que ceux qu'un tel système pourrait compenser par une force de dissuasion supérieure¹⁹⁵.

La critique de Hart est double. Première critique, la responsabilité stricte n'est pas nécessairement impopulaire. Si elle est évidemment détestée par ceux qui la subissent, elle n'est pas nécessairement impopulaire auprès des victimes, puisqu'elle leur garantit qu'elles obtiendront satisfaction (par exemple, le violeur n'échappera pas à la peine). En outre, elle pourrait être appréciée par la société si les individus étaient convaincus du fait qu'elle permet de diminuer significativement l'insécurité. Cependant, supposons pour les besoins de l'argumentation qu'elle soit impopulaire. Même si elle est impopulaire, elle ne l'est pas au point de « nullifier » le système pénal :

même si un système de responsabilité stricte pour tous les crimes ou les crimes très graves

194 *PR*, p. 240. Voir également : « But if strict liability laws are known to those to whom they apply, they can guide their conduct just as effectively as laws which make liability to punishment dependent on "fault" [...]. But why should it not sometimes serve to "guide" men away from those enterprises to which it is attached if they cannot be sure of their ability to comply with "strict" regulations ? » (*EJP*, p. 349, note 3.)

195 *PR*, p. 20-21.

serait impraticable, un système qui l'accepte en marge pour des infractions relativement mineures est non seulement praticable, mais il s'agit en fait du système que nous connaissons¹⁹⁶ [...].

En outre, il est possible que la douleur causée par l'impopularité de la responsabilité stricte soit un moindre mal : une société dans laquelle la responsabilité est stricte en dépit du mécontentement que cela suscite (par hypothèse) est peut-être, en raison de la discipline qu'elle instaure, plus heureuse qu'une société dans laquelle la responsabilité n'est pas stricte.

La deuxième critique est plus subtile. Dans une note de bas de page essentielle, Hart distingue deux théories : une théorie qui ne tient pas compte de la conviction morale selon laquelle il est injuste de punir les « indissuadables » et qui la considère « simplement comme un paramètre dont la frustration entraîne une agitation socialement indésirable¹⁹⁷ » (ici, c'est en particulier Wechsler qui est visé¹⁹⁸) ; et une théorie qui « *par respect pour cette conviction elle-même* restreint la peine à ceux qui sont dissuadables ou capables d'agir de manière à éviter la peine¹⁹⁹ ».

Cette distinction recoupe en fait la distinction entre le point de vue interne et le point de vue externe. Le point de vue de Hart est *interne*. Autrement dit, il *accepte* le principe selon lequel il est injuste de punir celui qui n'a pas eu une chance raisonnable d'obéir. Il est *personnellement convaincu* du fait qu'il est injuste de punir un homme en cas d'erreur invincible. Il *utilise* ce principe, qu'il considère comme un *modèle de conduite*, pour critiquer la responsabilité stricte :

nous ne nous dissociions pas du principe selon lequel il est injuste de punir le fou incurable ou ceux qui agissent non intentionnellement, etc., en traitant ce principe comme quelque chose d'ancré dans les mœurs et auquel il faut parfois faire des concessions. Nous condamnons les systèmes juridiques s'ils ne tiennent pas compte de ce principe²⁰⁰ [...].

196 PR, p. 21.

197 PR, p. 79, note 43.

198 « the legislator or judge who takes account of the state of public sentiment as a means to avoiding nullification does not thereby embrace the popular theory. » (J. Michael, H. Wechsler, « A Rationale of the Law of Homicide II », *Columbia Law Review*, vol. 37, n° 8, 1937, p. 1295, note 80.)

199 PR, p. 79, note 43.

200 PR, p. 21. Voir aussi : « the pursuit of this General Aim should be qualified or restricted *out of deference* to principles of Distribution which require that punishment should be only of an offender for an offence. » (PR, p. 9, nos italiques.)

Une violation de ce principe n'est pas pour lui un *signe* de ce que les gens vont protester, mais une *raison* de protester.

Le point de vue des utilitaristes pragmatiques est *externe* : « Le point de vue externe peut reproduire très fidèlement la façon dont les règles fonctionnent dans la vie de certains membres du groupe, à savoir de ceux qui rejettent ses règles et ne s'y intéressent que quand et parce qu'ils jugent que des conséquences désagréables risquent d'accompagner leur transgression²⁰¹. » Les utilitaristes pragmatiques n'acceptent pas ou ne tiennent pas compte du principe selon lequel il est injuste de punir celui n'a pas eu une chance raisonnable d'obéir, mais constatent que les membres du groupe y adhèrent et se réfèrent de l'extérieur à la manière dont *ils* le considèrent d'un point de vue interne. Ce sont des observateurs extérieurs qui peuvent prédire qu'une déviation par rapport à ce principe s'accompagnera d'une réaction hostile²⁰².

En théorie, c'est-à-dire si le peuple était guidé par le principe d'utilité et non par des sentiments confus, la responsabilité stricte devrait être acceptée. Mais *en pratique*, c'est-à-dire étant donné l'aversion du peuple, elle doit être rejetée. *Prima facie*, les utilitaristes pragmatiques sont favorables à la responsabilité stricte, *ultima facie*, ils n'y sont pas favorables. Ils n'ont aucune *objection de principe* contre la responsabilité stricte. S'ils la rejettent, c'est uniquement pour des raisons pragmatiques : comme on dit, ils achètent la paix sociale.

Or, comme l'explique Hart, si le seul problème de la responsabilité stricte était son impopularité (sans laquelle elle serait conforme au principe d'utilité), alors il faudrait simplement faire en sorte qu'elle soit populaire ou qu'elle ne soit plus impopulaire par un travail d'éducation ou d'instruction²⁰³. Son rejet ne devrait être que provisoire, comme l'affirme explicitement Bentham²⁰⁴.

201 *CL*, trad. fr., p. 110.

202 *CL*, trad. fr., p. 108-109.

203 *PR*, p. 21.

204 « Il faut observer que cette propriété [i.e., l'impopularité] suppose nécessairement un préjugé de la part du peuple ; la tâche du législateur est de s'efforcer de le corriger. Car si l'aversion envers la punition en question était fondée sur le principe d'utilité, il s'agit d'une punition qui, selon d'autres considérations, ne devrait pas être employée, auquel cas, sa popularité ou son impopularité ne devrait pas avoir à être prise en considération. Par conséquent, ce n'est pas tant une propriété de la punition qu'une propriété du peuple, une disposition à détester de façon déraisonnable un objet qui mérite son approbation. » (J. Bentham,

De manière générale, Hart se méfie du *populisme*, terme qu'il utilise à deux reprises au moins²⁰⁵. D'après lui, les membres du Parlement ne sont pas des *délégués*, mais des *représentants* du peuple, et le devoir de la Chambre des Lords est de guider l'opinion publique²⁰⁶ ; le devoir d'un homme politique est de faire ce qu'il croit être juste et de donner sa démission s'il ne parvient pas à convaincre la majorité²⁰⁷. Comme il l'écrit dans un article sur la peine de mort :

Le gouvernement était convaincu que l'opinion publique était opposée à l'abolition de la peine de mort, et il est certain que de nombreux membres du Parlement ont dû voter en faveur de l'abolition, même s'ils pensaient qu'une majorité de leurs propres électeurs y étaient opposés. Cela illustre la persistance de la théorie selon laquelle le député anglais n'est pas un délégué mais un représentant de ses électeurs. Son devoir, même dans une démocratie, n'est pas d'agir sur la base d'un mandat réel ou supposé de ses électeurs pour voter d'une manière donnée, mais, au moins lorsqu'il est libéré de la discipline de parti, d'examiner chaque mesure telle qu'elle est présentée à la Chambre des communes et de voter conformément à son jugement²⁰⁸.

Aucune conception raisonnable de la démocratie n'exige d'un gouvernement qu'il apporte un changement que s'il existe un sentiment public écrasant en faveur du changement. Comme Hart le demande rhétoriquement : « Ne faudrait-il faire aucun changement, sauf si le gouvernement est convaincu qu'il est populaire aussi bien que salubre²⁰⁹ ? »

c) Punir ceux qui n'auraient pas *dû* agir autrement ?

Terminons par le quatrième composant que nous avons ajouté à la règle de responsabilité de Hart. Pourquoi ne pas punir ceux qui se trouvent dans un état de nécessité ? Pourquoi ne pas punir l'auteur d'un acte contraire au droit mais nécessaire pour éviter un mal plus grand ?

Introduction aux principes de morale et de législation, op. cit., chapitre XV, §24, p. 224.)

205 Première occurrence à la fin de *LLM* : « It seems fatally easy to believe that loyalty to democratic principles entails acceptance of what may be termed moral *populism* : the view that the majority have a moral right to dictate how all should live. » (*LLM*, p. 79, nos italiques.) Deuxième occurrence dans *MCL*, à propos de la doctrine de Stephen selon laquelle celui qui cause par négligence des dommages doit être puni pour satisfaire le sentiment public : « This doctrine allocating to "public feeling" so important a place in the determination of punishment reflects the element of *populism* which, as we have seen, is often prominent in English judicial conceptions of the morality of punishment. » (*MCL*, p. 52, nos italiques.)

206 *PR*, p. 249.

207 *LLM*, p. 81. Voir aussi *PR*, p. 56-57.

208 *PR*, p. 56-57.

209 H.L.A. Hart, « Should the Death Penalty Be Abolished ? », *The Listener*, n° 1403, 19 January 1956, p. 89.

L'argument de Bentham est que la peine serait *infondée*.

Prenons par exemple l'affaire de la Mignonette (déjà évoquée dans le précédent chapitre). Bentham dirait que la punition des marins cannibales est *infondée* puisque le dommage (la mort de Parker) a été compensé : en effet, il était « nécessaire à la production d'un bénéfice dont la valeur était supérieure au dommage²¹⁰ ». Cela n'a aucun sens de punir une action lorsque le mal est plus que compensé par le bien : on dissuaderait les individus d'agir utilement.

Cependant, il n'est pas certain que Bentham puisse justifier aussi facilement l'acquittement des marins cannibales. En effet, si on les punit, on réaffirme avec force le commandement « Tu ne tueras point », on rappelle son caractère inconditionnel. La peine sert de « leçon morale²¹¹ », elle renforce l'aversion morale pour le meurtre, prévient un affaiblissement de la conviction que la vie humaine est sacrée et, de ce fait, prévient indirectement toute atteinte à la vie humaine. En outre, elle procure « un plaisir ou une satisfaction [...] aux personnes dont l'infraction a suscité la mauvaise volonté²¹² ».

En même temps, la peine n'empêchera pas des actions conformes au principe d'utilité. En effet, la menace incertaine d'être puni (surtout si la peine n'est pas la peine de mort) n'intimidera pas celui qui fait face à la mort et qui n'a qu'une seule manière de survivre. L'amour de la vie sera plus fort que la crainte d'être puni²¹³.

On notera que, dans son jugement, la cour a avancé (entre autres) un argument de nature utilitariste. Selon elle, il y aurait un « danger horrible » (*awful danger*) à faire de l'état de nécessité un moyen de défense en cas de meurtre : « un tel principe, une fois admis, deviendrait un prétexte juridique pour la passion débridée et le crime atroce²¹⁴. » À cause de

210 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, op. cit., chapitre XIII, §5, p. 195.

211 « On peut dire qu'une punition est destinée à servir de leçon morale quand, en raison de l'ignominie dont elle marque l'infraction, elle est calculée pour inspirer au public des sentiments d'aversion envers les habitudes et les dispositions pernicieuses qui lui sont visiblement liées, et ainsi inculquer les dispositions et les habitudes bénéfiques opposées. » (J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, op. cit., chapitre XIV, p. 210, note o.)

212 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, op. cit., chapitre XIII, p. 194, note a.

213 E. Kant, *Métaphysique des mœurs II, Doctrine du droit, Doctrine de la vertu*, trad. A. Renaut, Paris : GF Flammarion, 1994, p. 23.

214 « such a principle once admitted might be made the legal cloak for unbridled passion and atrocious crime. » (R v Dudley and Stephens (1884) 14 QBD 273. URL : <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/1884/2.html>)

ce moyen de défense, certaines personnes pourraient être tentées par le meurtre et certains meurtriers pourraient échapper à la peine.

Ainsi, l'utilitarisme de Bentham pourrait potentiellement justifier la condamnation d'individus qui « n'avaient pas le choix », ce qui pose deux problèmes : le premier problème est que c'est *injuste*, le deuxième problème est que Bentham ne considérerait pas qu'il s'agit d'une objection en soi.

d) L'utilitarisme et les innocents

La principale conclusion à tirer de ces développements est paradoxale : les innocents sont à la fois menacés et protégés par l'utilitarisme.

Pourquoi les innocents sont-ils menacés par l'utilitarisme ? « Innocent » peut vouloir dire que je ne suis pas l'auteur de l'infraction dont on m'accuse, que je n'ai rien fait d'illégal ou alors que je ne suis pas en faute. Dans chacun de ces sens, l'utilitarisme peut sacrifier des innocents pour garantir une meilleure application de la loi et maximiser la somme totale de bien-être de la société. Il est possible que nous nous soyons trompés et qu'un utilitariste ingénieux parvienne à montrer que le principe d'utilité n'a pas ce genre d'implication. Cependant, même s'il y parvient, son argument ne mettra pas en avant l'innocence des innocents²¹⁵. Il dira plutôt que nous avons fait une erreur de calcul, que la responsabilité stricte est, comme on dit familièrement, « un mauvais calcul ».

En même temps, pourquoi les innocents sont-ils protégés par l'utilitarisme ? Comme Hart le rappelle :

Le contraste sur lequel il conviendrait d'insister, selon Bentham, n'oppose pas l'innocent et les nombreux coupables, mais deux séries d'innocents : ceux qui pourraient être condamnés à tort

215 Comme l'écrit très bien Westermarck : « L'unique objection que l'on puisse jamais, de ce point de vue, soulever contre la méthode de faire expier aux enfants les crimes des pères, c'est qu'elle est d'une sévérité inutile : mais *l'innocence des enfants n'y a rien à voir*. » (E. Westermarck, *L'origine et le développement des idées morales*, trad. R. Godet, tome 1, Paris : Payot, 1928, p. 85, nos italiques.) Dans le même sens : « What is so deeply disturbing about the act-utilitarian position, then, is not that it implies that it could ever be acceptable to intentionally harm an innocent person, but rather that in determining in which cases it would be permissible, it gives absolutely no independent weight to the fact that the person being harmed is innocent. » (D. Boonin, *The Problem of Punishment*, Cambridge : Cambridge University Press, 2008, p. 48.)

[...] et ceux qu'on oublie trop souvent, à savoir les victimes innocentes de ces criminels que la loi ne parvient pas à neutraliser ou à intimider²¹⁶ [...].

« Innocent » peut vouloir dire que je n'y suis pour rien dans les événements néfastes dont je pâtis. On parle en ce sens de victimes innocentes (notamment lors d'un conflit armé). Pour Bentham, les victimes innocentes du système pénal doivent être comparées aux victimes innocentes des criminels. La protection des premières doit être mise en balance avec la protection des secondes. S'il fallait choisir, il vaut peut-être mieux deux victimes innocentes du système pénal et cinq victimes innocentes de malfaiteurs qu'aucune victime innocente du système pénal et vingt victimes innocentes de malfaiteurs : au total, c'est moins de victimes. Il est possible que *ne pas* condamner (au sens de déclarer coupable) des innocents revienne à condamner (au sens de vouer) d'autres innocents à la mort ou à la souffrance. Une telle omission serait, paradoxalement, une forme de cruauté, une bienveillance seulement partielle : « Elle serait cruauté envers le public, c'est-à-dire envers l'innocent, en souffrant qu'il soit exposé, faute de protection adéquate, au dommage de l'infraction [...]»²¹⁷.

2. La justification pluraliste de Hart

La justification proposée par Hart de sa règle de responsabilité reflète son pluralisme des valeurs. Elle se fonde sur deux valeurs : la liberté et la justice.

a) Première valeur, la liberté

Hart s'oppose au fait de punir ceux qui n'ont pas eu une chance raisonnable d'obéir à la loi, car cela réduirait considérablement notre liberté. Le prix à payer pour la responsabilité stricte, en termes de liberté, est tout simplement trop élevé. Pour s'en convaincre, il suffit de faire une expérience de pensée (Hart dit *Gedankenexperiment*²¹⁸) et d'imaginer ce qui se passerait si le droit pénal cessait d'accepter les excuses.

216 *EB*, p. 38. Pour la traduction : « La démystification du droit », trad. P. Gérard, M. van de Kerchove, in P. Gérard *et alii* (éd.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles : Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1987, p. 116.

217 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, *op. cit.*, chapitre XIII, §9, p. 206. Comparer avec ce passage : « The innocent who scarcely present themselves by so much as scores or dozens, engross the whole attention, and pass for the whole world. The innocent who ought to have presented themselves by millions, are overlooked, and left out of the account. » (Cité par Hart in *EB*, p. 38.)

218 *PR*, p. 47.

Premièrement, notre destin juridique ne reposerait plus *entièrement* entre nos mains²¹⁹, ne serait plus *seulement* déterminé par nos choix ou par nos efforts de nous conformer au droit, puisque nous pourrions être punis et privés de notre liberté du jour au lendemain pour un comportement que nous n'avions aucune chance d'éviter.

Deuxièmement, et ce point est étroitement lié au précédent, notre capacité à nous projeter dans l'avenir serait très limitée. Si je peux être puni même lorsque je n'aurais pas pu agir autrement, je ne peux pas anticiper les ingérences du droit dans ma vie : je ne peux pas me dire que, du moment que je fais de mon mieux pour respecter la loi, rien ne peut m'arriver. Je dois prendre en compte un *risque* que je ne prenais pas en compte jusqu'à présent : celui d'être la victime innocente, non pas d'un criminel, mais du droit.

Troisièmement, les ingérences du droit dans nos vies seraient beaucoup plus nombreuses. De ce fait, les occasions pour les autorités ou leurs agents d'abuser de leur pouvoir seraient démultipliées.

Quatrièmement, comme l'explique Rawls, les frontières de notre liberté seraient incertaines et, par là même, notre liberté serait limitée par une crainte raisonnable de l'exercer²²⁰.

Ainsi, l'argument de Hart « repose sur un jugement concernant la valeur de la liberté individuelle par rapport à une augmentation de la sécurité de la société²²¹ ». Liberté et sécurité sont des valeurs conflictuelles : dans certaines circonstances, nous sommes obligés de choisir et d'en privilégier une par rapport à l'autre. Cette vérité très simple est un leitmotiv de *Punishment and Responsibility*.

On notera que Hart utilise le même argument pour justifier le premier composant de sa règle de responsabilité (pour rappel, seul l'auteur d'un comportement contraire au droit peut être puni). Pourquoi ne pas punir rétroactivement ? Parce qu'il serait difficile pour l'individu de se projeter dans l'avenir et de planifier son existence. Il n'aurait pas « l'avantage de connaître à l'avance les façons dont sa liberté sera restreinte dans les diverses situations où il peut se

219 PR, p. 45.

220 J. Rawls, *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Paris : Éditions Points, 2009, §38, p. 276.

221 PR, p. 209.

trouver, et il a besoin de cette connaissance pour planifier sa vie²²² ». Pourquoi ne pas punir les simples intentions ? À nouveau pour protéger la liberté : « Non seulement il serait extrêmement difficile de découvrir ceux qui sont coupables d'avoir, mais non d'exécuter, de simples intentions de commettre des crimes, mais l'effort pour y parvenir impliquerait de vastes incursions dans la vie privée et la liberté des individus²²³. »

Nous devons préciser ce que Hart entend par « liberté » ou par « liberté individuelle ». Par « liberté », il entend au moins deux choses. La première chose est la « liberté comme autonomie ». L'individu autonome décide de son existence, ses choix doivent être respectés, mais il doit assumer ses décisions. Comme l'écrit Fletcher :

Hart laisse entendre qu'il est idéologiquement souhaitable que le gouvernement traite ses citoyens comme des agents agissant d'eux-mêmes, se définissant par leurs choix. Ce principe de respect de l'autonomie individuelle est implicitement confirmé chaque fois que ceux qui ne bénéficieraient pas d'un choix adéquat sont excusés pour leurs infractions²²⁴.

La deuxième chose est la « liberté comme sûreté ». Dans *L'esprit des lois*, Montesquieu oppose la liberté politique (liberté du citoyen) à la liberté philosophique (libre-arbitre). Il définit la liberté politique comme la sûreté ou l'opinion qu'on a de sa sûreté. D'après lui, la liberté politique dépend *principalement* du droit pénal : lorsque les peines sont arbitraires, elle est quasiment nulle²²⁵. Cette définition de la liberté comme sûreté a été reprise par Beccaria et joue un rôle central dans *Des délits et des peines*²²⁶.

Hart s'inscrit dans cette tradition philosophique. Ce qu'il entend par liberté, c'est ce que Montesquieu et Beccaria entendent par liberté politique, à savoir l'opinion qu'on a de sa sûreté. La restriction de la peine à ceux qui ont eu une chance raisonnable d'obéir à la loi contribue à la liberté individuelle en ce sens.

222 *EJP*, p. 115.

223 *PR*, p. 127.

224 G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, *op. cit.*, p. 805.

225 Montesquieu, *L'esprit des lois*, Paris : Lavigne, 1845, livre XII, chapitre II, p. 128.

226 En effet, pour Beccaria, le but de la société est l'opinion de sa propre sûreté : « L'opinion que chaque citoyen doit avoir de pouvoir faire tout ce qui n'est pas contraire aux lois sans craindre d'autre inconvénient que celui qui peut naître de l'action elle-même, voilà le dogme politique auquel les peuples devraient croire [...] ». (C. Beccaria, *Des délits et des peines*, trad. A. Fontana, X. Tabet, Paris : Gallimard, 2015, §VIII, p. 94.)

On pourrait également présenter l'argument de Hart en opposant deux types de sécurité : « la sécurité juridique » et la « sécurité policière »²²⁷. La sécurité juridique (*legal certainty* en anglais) signifie que chacun sait à quoi s'en tenir et peut, de ce fait, se sentir en confiance. La sécurité policière porte sur la protection contre les atteintes aux biens et aux personnes, sur le maintien de l'ordre public. Ces deux types de sécurité sont en concurrence. La règle de responsabilité de Hart est essentielle à la sécurité juridique et, même si elle implique peut-être une diminution de la sécurité policière, Hart préfère la respecter.

On pourrait objecter que l'argument de Hart ne nous éloigne pas vraiment de l'utilitarisme. En effet, d'après Bentham, le législateur doit se donner quatre objectifs intermédiaires : pourvoir à la subsistance, entretenir l'abondance, favoriser l'égalité et *maintenir la sûreté* : « Plus la jouissance à tous ces égards est parfaite, plus la somme du bonheur social est grande²²⁸ [...]. » Le dernier objectif intermédiaire est le plus important, car il est la condition des trois premiers : sans sûreté, pas de subsistance, pas d'abondance et une seule égalité, à savoir l'égle misère. La description que fait Bentham de la sûreté, qui rappelle fortement le propos de Hart, mérite d'être citée dans son intégralité :

il faut considérer que l'homme n'est pas, comme les animaux, borné au présent, soit pour souffrir, soit pour jouir, mais qu'il est susceptible de peines et de plaisirs par anticipation, et qu'il ne suffirait pas de le mettre à l'abri d'une perte actuelle, mais qu'il faut lui garantir, autant que possible, ses possessions contre les pertes futures. Il faut prolonger l'idée de sa sûreté dans toute la perspective que son imagination est capable de mesurer. Ce pressentiment, qui a une influence si marquée sur le sort de l'homme, peut s'appeler *attente*, attente de l'avenir. C'est par elle que nous avons la faculté de former un plan général de conduite : c'est par elle que les instants successifs qui composent la durée de la vie ne sont pas comme des points isolés et indépendants, mais deviennent des parties continues d'un tout. L'*attente* est une chaîne qui unit notre existence présente à notre existence future, et qui passe même au-delà de nous jusqu'à la génération qui nous suit. La sensibilité de l'homme est prolongée dans tous les anneaux de cette chaîne. Le principe de la sûreté comprend le maintien de toutes ces attentes : il prescrit que les événements, autant qu'ils dépendent des lois, soient conformes aux attentes qu'elles ont fait naître. Toute atteinte portée à ce sentiment produit un mal distinct, un mal spécial que nous appellerons *peine d'attente trompée*²²⁹.

227 J'emprunte cette distinction à F. Gros, *Le principe sécurité*, Paris : Gallimard, 2012.

228 J. Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, op. cit., p. 56.

229 J. Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, op. cit., p. 63-64.

Selon Bentham, pour éviter les peines d'attente trompée, plusieurs principes (correspondant *grosso modo* aux principes de l'État de droit) doivent être respectés. Les lois doivent être connues, cohérentes (en cas d'inconséquence, l'attente est trompée), exécutées, suivies à la lettre (quand le juge s'arroge le pouvoir d'interpréter les lois, il n'y a plus de sûreté, l'arbitraire est partout) et non rétroactives²³⁰.

Quelle est alors la différence entre Hart et Bentham ? Hart met directement en balance la liberté comme sûreté et la sécurité (ou alors, la sécurité juridique et la sécurité policière). Ces deux valeurs n'ont pas de commune mesure. Il ne défend pas sa règle de responsabilité au nom du « bien commun » ou du plus grand bonheur pour le plus grand nombre. Il n'est pas guidé par le principe d'utilité. Il est seulement guidé par son attachement à la liberté. Il veut protéger celle-ci, même si le prix à payer pour cela est un degré moindre de sécurité :

Selon le point de vue que je défends, les conditions exonératoires sont acceptées comme indépendantes de l'efficacité du système de menaces. Au contraire, il est admis que la reconnaissance de ces conditions peut diminuer, et diminue probablement, cette efficacité [...]. Selon ce point de vue, les conditions exonératoires sont acceptées comme quelque chose qui peut entrer en conflit avec l'utilité sociale des menaces de la loi²³¹ [...].

Hart sait que son argument ne convaincra pas ceux qui n'attachent pas d'importance à la liberté ou qui accordent une valeur beaucoup plus grande à la sécurité :

La dénonciation d'une restriction de la liberté peut se voir opposer la thèse selon laquelle le fait de sacrifier la liberté [...] à la sécurité était lui-même justifié. Ces différences de poids ou d'accent placé sur des valeurs morales différentes peuvent s'avérer irréconciliables. Elles peuvent se ramener à des conceptions idéales et radicalement différentes de la société, qui forment l'assise morale de partis politiques opposés²³².

Aussi intéressant soit-il, le premier argument de Hart est fragile. Premièrement, supposons que la responsabilité stricte réduise significativement le nombre d'atteintes aux personnes et aux biens. De ce fait, notre destin serait davantage entre nos mains ; notre capacité de

230 J. Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, op. cit., p. 82-84.

231 PR, p. 48-49.

232 CL, trad. fr., p. 201.

planification de l'avenir serait plus importante ; les ingérences *non officielles* dans nos vies seraient moins nombreuses ; les frontières de notre liberté seraient plus sûres et, de ce fait, elle ne serait plus limitée par une crainte raisonnable de l'exercer. Donc, si d'un côté la responsabilité stricte porte atteinte à ma liberté comme sûreté, d'un autre côté elle la renforce au point de compenser les pertes. Ce que j'ai perdu en termes de prévision de l'ingérence du droit, je l'ai gagné en termes de prévision de l'ingérence d'autrui²³³.

Deuxièmement, le premier argument de Hart ne fonctionne pas pour le deuxième composant de sa règle de responsabilité (seuls ceux qui possèdent certaines capacités cognitives et volitives peuvent être punis). Il peut expliquer le rejet de la responsabilité *stricte* (pas d'excuses), mais il ne peut pas expliquer le rejet de la responsabilité *absolue* (pas d'excuses ni d'exemptions). En effet, un tout petit enfant ou une personne souffrant de démence sénile ou de retard mental profond est incapable de se projeter dans l'avenir, de prendre son destin en main ou de se faire une opinion de sa propre sûreté. Par conséquent, la « responsabilité absolue » ne risque pas de les léser à cet égard. Hart dit que le droit, en reconnaissant les excuses, respecte l'individu en tant qu'être se définissant par ses choix²³⁴ (*choosing being*) : or, ceux qui sont globalement incapables de discernement ou de contrôle sur leurs actes ne sont pas des êtres se définissant par leurs choix.

b) Deuxième valeur, la justice

Heureusement, la justification de Hart de sa règle de responsabilité ne se fonde pas uniquement sur la liberté, mais également sur la justice :

nous devrions limiter les peines, même celles qui sont conçues comme “préventives”, à ceux qui, au moment de leur infraction, avaient la capacité et une chance raisonnable d'obéir à la loi : et nous devons le faire par souci d'équité ou de justice envers ceux que nous punissons. Il s'agit d'un idéal intelligible de justice envers l'individu²³⁵ [...].

Imaginons que pour maximiser la crédibilité des menaces, minimiser le risque de « fausses

233 « a reduction in crime will also enlarge the individual's freedom. Crime interferes with the lives of its victims, and thereby decreases the effectiveness of their own choices in determining the courses of their lives. » (C.L. Ten, *Crime, Guilt, and Punishment*, Oxford : Oxford University Press, 1987, p. 91.)

234 *PR*, p. 49.

235 H.L.A. Hart, « Review : Barbara Wootton, *Crime and the Criminal Law* », *The Yale Law Journal*, vol. 74, n° 7, 1965, p. 1329.

excuses » et encourager la prudence des individus, on décide que toute personne ayant commis un acte illégal sera punie, même si elle ne possède pas certaines capacités cognitives ou volitives, même si elle n'a pas eu une chance raisonnable d'obéir à la loi. L'objection de Hart est que, dans ce cas, certains condamnés seront traités comme de simples moyens, seront sacrifiés pour le bien-être de la société :

il est *injuste*, ou *inéquitable*, d'utiliser une personne qui n'a pas enfreint la loi, ou qui était incapable de la respecter, comme un simple instrument pour protéger la société et accroître son bien-être. Une telle objection au nom de l'*équité* ou de la *justice* envers les individus subsisterait même si nous étions certains que si on « punit » quelqu'un qui n'a pas enfreint la loi, le fait de son innocence ne sera pas révélé ou ne causera pas une grande inquiétude s'il l'est²³⁶.

Il est profondément injuste et immoral d'utiliser une personne comme un simple moyen, comme un instrument, c'est-à-dire de profiter d'elle sans sa permission, son consentement, son accord, etc. Comme le dit Hart, un « permis moral²³⁷ » (*moral licence*) est nécessaire. Or, si la personne punie (pour garantir la crédibilité des menaces du législateur) possède des capacités normales, a eu une chance raisonnable d'obéir, a été suffisamment avertie, etc., on peut considérer qu'elle n'est pas utilisée sans qu'on lui ait demandé son avis. Elle ne peut pas se plaindre : elle aurait pu ne pas commettre son infraction. Comme l'écrit Hobbes : « tout homme qui accomplit volontairement une action en accepte toutes les conséquences connues (*whosoever voluntarily doth any action accepteth all the known consequences of it*) ; or, le châtement est dans toute République une conséquence connue de la loi²³⁸. »

La règle de responsabilité de Hart « représente une décision de préférer la justice envers

236 PR, p. 77-78. Voir aussi : « each individual person is to be protected against the claim of the rest for the highest possible measure of security, happiness or welfare which could be got at his expense by condemning him for a breach of the rules and punishing him. » (PR, p. 21-22.) Ou encore : « in punishing we must be just to the particular criminal in front of us and [...] the purpose of excusing conditions is to protect him from society's claims. » (PR, p. 43.) Ou encore : « it is clear that we look on excusing conditions as something that *protects* the individual against the claims of the rest of society. » (PR, p. 44.) Ou encore : « the stipulation that punishment should not be applied except to an individual who has broken the law, may be made not to secure that moral evil should meet its return in punishment, but to protect the individual from society. It may be the recognition of the claim of the individual that he should not be sacrificed for the welfare of society unless he has broken its law [...]. » (PR, p. 81) Ou encore : « the individual has a valid claim not to be made the instrument of society's welfare unless he has broken its laws [...]. » (PR, p. 82.)

237 PR, p. 22.

238 T. Hobbes, *Leviathan*, Indianapolis : Hacket Publishing Company, 1994, chapitre XXVII, p. 192. Voir également C.S. Nino, « A Consensual Theory of Punishment », *Philosophy and Public Affairs*, vol. 12, n° 4, 1983, p. 289-306.

l'individu à une sécurité plus importante²³⁹ ». Hart sait parfaitement que le prix à payer pour éviter les injustices est peut-être un degré moindre de sécurité, mais il est prêt à payer ce prix, ce qui n'est pas le cas de tout le monde. Il reconnaît avec modestie que son argument ne convaincra pas ceux qui n'attachent pas d'importance à la justice ou qui accordent une valeur beaucoup plus grande à la sécurité :

Je ne peux pas, bien sûr, [...] prétendre avoir apaisé les perplexités de chacun. En particulier, je ne sais pas quoi dire à un critique qui insisterait sur le fait que tout ce que j'ai montré, c'est qu'un système dans lequel les conditions exonératoires sont reconnues protège mieux l'individu contre les revendications de la société que celui dans lequel aucune reconnaissance n'est accordée à ces conditions. Personnellement, cela me semble suffisant²⁴⁰ [...].

On pourrait adresser à l'argument de Hart l'objection suivante : n'est-il pas incohérent de défendre les excuses au nom de la justice et, en même temps, de refuser de justifier la peine au nom de la justice ? Si la justice est une valeur, pourquoi la cantonner à la distribution des peines ? Pourquoi la justice ne serait-elle pas le *General Justifying Aim* de la peine²⁴¹ ?

La réponse de Hart à cette objection se trouve dans la conclusion de « The Enforcement of Morality » : « La justice est une méthode (*method*) pour faire d'autres choses et non une fin substantielle, et elle peut être combinée sans incohérence avec l'idée que la fin de la peine est la protection des êtres humains contre des préjudices séculaires²⁴². » Cette réponse un peu énigmatique apparaît également dans « Punishment and the Elimination of Responsibility » : « L'équité entre les différents infracteurs, exprimée en termes de peines différentes, n'est pas une fin en soi, mais une méthode (*method*) pour poursuivre d'autres objectifs qui a effectivement moralement droit à notre attention²⁴³ [...]. »

Selon nous, dans ces passages, Hart veut dire que la justice est une sorte de contrainte collatérale (*side-constraint*) : nous devons respecter ses exigences lorsque nous poursuivons nos objectifs, mais elle n'est pas en elle-même un objectif. Elle pose « les seules modalités équitables de poursuite du but général (protection de la société, maintien du respect du droit,

239 PR, p. 245.

240 PR, p. 49.

241 M. Cusson, *Pourquoi punir ?*, Paris : Dalloz, 1987, chapitre VIII.

242 MCL, p. 54.

243 PR, p. 172.

etc.)²⁴⁴ ». Toutefois, cette contrainte collatérale n'est pas absolue, comme nous allons le voir dans la section suivante. En vérité, il s'agit plutôt d'un principe régulateur (*guiding principle*).

c) Les compromis de Hart

Dans l'introduction générale, nous avons expliqué que, pour Hart, aucune valeur n'était prépondérante (pour rappel, une valeur prépondérante est une valeur qui ne peut pas être sacrifiée ou qui ne peut être sacrifiée qu'en son nom). Selon lui, toutes les valeurs sont conditionnelles et, en cas de conflit de valeurs, nous devons chercher un compromis ou une forme d'équilibre. Ses réflexions sur la responsabilité pénale le montrent très bien. Hart est prêt à admettre des exceptions à sa règle de responsabilité ou à la revoir à la baisse pour *accommoder* certaines valeurs qu'elle contrarie.

1° Dans certaines circonstances extraordinaires, Hart serait prêt à sacrifier le premier composant de sa règle de responsabilité (seul l'auteur d'un comportement contraire au droit peut être puni). Comme nous avons déjà beaucoup parlé des fausses accusations, nous nous concentrerons ici sur les peines rétroactives et sur le cas des tribunaux allemands d'après-guerre. Ces derniers ont condamné des nazis ayant commis des actes atroces, mais qui étaient légaux au moment de leur accomplissement. Selon Hart, les tribunaux allemands étaient confrontés à un dilemme :

après une révolution ou des troubles majeurs, les tribunaux appartenant à un système ont à peser leur attitude à l'égard des iniquités morales commises sous un régime précédent et sous une forme légale par de simples citoyens ou par des autorités. Leur châtement peut être ressenti comme étant socialement désirable, mais son obtention au moyen d'une législation ouvertement rétroactive qui érigerait en infraction ce qui était permis ou même exigé par le droit en vigueur sous le régime précédent, peut être difficile, être elle-même moralement odieuse, ou peut-être impossible²⁴⁵.

Le dilemme est simple : ou bien on respecte le principe *nulla poena sine lege* et dans ce cas on laisse les nazis impunis ; ou bien on punit les nazis et dans ce cas on viole le principe *nulla poena sine lege*. Hart semble suggérer que laisser les nazis impunis était un plus grand mal

²⁴⁴ PR, p. 22.

²⁴⁵ CL, trad. fr., p. 225-226. Voir aussi CL, p. 211-212, EJP, p. 75-77.

que violer le principe *nulla poena sine lege*. Toutefois, il n'explique pas pourquoi. D'un point de vue rétributiviste, l'explication est simple : la justice est en conflit avec la justice, mais laisser les nazis impunis est une injustice plus grande qu'infliger une peine rétroactive. Cependant, d'un point de vue non rétributiviste, l'explication n'est pas aussi simple : le principe *nulla poena sine lege* doit être enfreint, car les nazis doivent être neutralisés ? Car il faut éviter les lynchages ? Hart reconnaît lui-même que la perspective des tribunaux allemands était certainement rétributiviste :

Même les plus fidèles adeptes de la doctrine utilitariste ont dû être tentés par moments par l'idée simple qu'il est légitime ou juste qu'une personne ayant intentionnellement infligé des souffrances à autrui soit elle aussi amenée à souffrir. Je doute que quiconque, à la lecture des archives d'Auschwitz ou de Buchenwald, n'ait pas ressenti le puissant attrait de ce principe ; peut-être que même les plus réfléchis de ceux qui ont soutenu la punition des criminels concernés étaient-ils mus par ce principe plutôt que par l'idée que la punition aurait des conséquences bénéfiques pour l'avenir²⁴⁶.

2° En ce qui concerne la responsabilité stricte, Hart est ouvert à la négociation. Il fait remarquer que tous les systèmes juridiques font des compromis en matière d'excuses et d'exemptions :

Il est donc vrai que la reconnaissance juridique de l'importance des conditions exonératoires n'est jamais sans réserve ; le droit, comme toute institution humaine, doit faire des compromis avec d'autres valeurs que celles qui sont incorporées dans la reconnaissance de certaines conditions exonératoires²⁴⁷.

Imaginons qu'une des conséquences de la règle de responsabilité de Hart, si elle était strictement appliquée, soit que trop de criminels dangereux sont acquittés ou que l'application de la loi est rendue très difficile. Dans ce cas, nous pourrions la réviser ou même la sacrifier : « le principe de responsabilité [...] peut être sacrifié lorsque le coût social de son maintien est

²⁴⁶ LLM, p. 59.

²⁴⁷ PR, p. 33-34. Ou encore : « Not all these excusing conditions are admitted by all legal systems for all offenders. Nearly all penal systems [...] make some compromise at this point with other principles [...]. » (PR, p. 14.) Ou encore : « Every penal system in the name of some other social value compromises over the admission of excusing conditions and no system goes as far (particularly in cases of mental disease) as many would wish. » (PR, p. 17-18.) Ou encore : « Of course, the law compromises with competing values over this matter of the subjective element in responsibility as it does over other matters. All legal systems temper their respect for the principle that persons should not be punished if they could not have done otherwise [...]. » (PR, p. 153.)

trop élevé²⁴⁸ [...]. »

Cependant, avant de violer la règle de responsabilité de Hart et de sacrifier la liberté et la justice au nom de la sécurité, de l'efficacité, du bien commun, etc., il est nécessaire de prouver d'une part que ce sacrifice produira les effets attendus, d'autre part qu'il est nécessaire pour les produire :

Mais il est important d'être réaliste : d'avoir conscience de ce que cela coûte socialement de faire dépendre de ce principe le contrôle du comportement antisocial, et de reconnaître les cas où les bénéfices de ce principe sont minimes. On doit être prêt *aussi bien* à envisager des exceptions au principe en fonction de leurs mérites *qu'à* veiller à ce que des écarts non nécessaires au principe ne soient pas faits [...]. À l'heure actuelle, la responsabilité stricte est une exception claire au principe, mais nous n'avons pas de preuve convaincante du fait que le sacrifice du principe est justifié par le nombre d'évasions malhonnêtes qui auraient lieu si la responsabilité n'était pas stricte²⁴⁹.

Comme le note Hart, la crainte que le plaidoyer de responsabilité diminuée (*plea of diminished responsibility*) permette à de nombreux criminels d'échapper à la peine s'est avérée sans fondement : six ans après sa reconnaissance, le pourcentage de personnes accusées de meurtre ayant échappé à la condamnation pour cause d'anomalie mentale est resté pratiquement le même qu'auparavant²⁵⁰.

3° Nous avons expliqué précédemment que le caractère raisonnable ou non de la chance donnée à un individu d'obéir à la loi devait être apprécié *in concreto* : c'est ce qui est le plus juste²⁵¹. Toutefois, Hart est conscient des difficultés posées par l'appréciation *in concreto*, notamment en matière de preuves :

D'autres difficultés relatives à l'établissement de la preuve peuvent amener un système juridique à limiter son enquête sur la « condition subjective » de l'agent et à se demander ce

248 *PR*, p. 185. Voir aussi : « But of course it is certainly arguable that, at present, in certain cases, in the application of the doctrine of *mens rea*, we recognize this principle of justice in a way which pays too high a price in terms of social security. For there are indeed cases where the application of *mens rea* operates in surprising and possibly dangerous ways. » (*PR*, p. 201.)

249 *PR*, p. 183. Voir aussi : « Sometimes, of course, it is not clear, when "strict liability" is imposed, what value (social welfare ?) is triumphant, and there has consequently been much criticism of this as an odious and useless departure from proper principles of liability. » (*PR*, p. 34.)

250 *PR*, p. 192.

251 Dans ce sens, voir G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, *op. cit.*, p. 510.

qu'un « homme raisonnable » aurait su ou prévu en pareilles circonstances, ou à se demander si un « homme raisonnable » dans les mêmes circonstances aurait perdu (par exemple, sous l'effet d'une provocation) la maîtrise de soi ; et le système peut alors imputer à l'agent cette connaissance, cette prévision ou cette maîtrise²⁵².

Même si on doit faire un effort maximal pour individualiser les conditions de la responsabilité²⁵³, ce n'est malheureusement pas toujours possible :

On peut bien sûr soutenir qu'aucun système juridique ne peut se permettre d'individualiser les conditions de la responsabilité au point de repérer et d'excuser tous ceux qui ne pouvaient pas atteindre la norme de l'homme moyen ou raisonnable. Il peut être impossible, en pratique, de faire davantage qu'excuser ceux qui souffrent de formes graves d'incapacité, c'est-à-dire les nourrissons ou les fous, ou ceux qui souffrent d'une capacité de contrôle manifestement insuffisante sur leurs mouvements ou qui sont incapables de détecter ou de se sortir de situations dans lesquelles leur handicap peut causer du tort²⁵⁴.

Le dilemme a été résumé d'une manière extrêmement claire par Fuller. Si on applique un critère objectif (« l'homme normalement prudent et diligent »), on court le risque d'imposer à l'accusé des exigences qu'il était incapable de respecter. À l'inverse, si on essaie de savoir si l'homme devant nous n'a pas été à la hauteur de ce qu'il aurait dû réaliser, on se lance dans une entreprise hasardeuse dont le coût pourrait être la perte de tout jugement objectif. Nous faisons face à un conflit interne à la justice (et non à un conflit entre deux valeurs distinctes²⁵⁵) : la justice nous demande *d'une part* d'être impartial, et *d'autre part* ne pas reprocher à un individu d'avoir omis de faire ce qui n'était pas à sa portée. Autre formulation : la justice qui garde ses distances est cruelle, la justice personnalisée est partielle. Comment résoudre ce dilemme ? Pour Fuller (mais Hart aurait pu donner la même réponse), il n'y a pas de solution miracle. Le droit doit chercher un compromis : tempérer le critère de l'homme raisonnable au regard de certains défauts manifestes et formaliser la définition de ces

252 *PR*, p. 33. Voir aussi : « The most important compromise which legal systems make over the subjective element consists in its adoption of what has been unhappily termed the “objective standard”. This may lead to an individual being treated for the purposes of conviction and punishment as if he possessed capacities for control of his conduct which he did not possess, but which an ordinary or reasonable man possesses and would have exercised. » (*PR*, p. 153.)

253 « a “subjective test” of criminal liability should be adhered to as far as possible [...] » (*PR*, p. 63.)

254 *PR*, p. 155.

255 Cf. nos développements sur le pluralisme de Berlin dans le chapitre 1 et la distinction de Gray entre, d'une part, conflit entre valeurs, d'autre part, conflit d'une valeur avec elle-même.

derniers²⁵⁶.

4° Enfin, en ce qui concerne la responsabilité des malades mentaux, Hart fait une concession importante à Wootton et envisage une entorse considérable à sa règle de responsabilité. Nous développerons ce point précisément dans le dernier chapitre consacré au débat Hart/Wootton.

On le voit, les grands principes normatifs, aussi importants soient-ils, ne peuvent pas pour Hart être appliqués *directement* au monde réel sans ajustements, délibérations, rectifications, expérimentations, etc. Leur rôle est de nous guider, pas de nous contraindre.

d) Hart et Strawson

Il ne faut pas confondre la question de savoir pourquoi, *de jure*, on ne doit pas punir ceux qui n'auraient pas pu agir autrement et la question de savoir pour quelle raison, *de facto*, on ne punit pas ceux qui n'auraient pas pu agir autrement. Hart a donné des éléments de réponse à cette deuxième question dans un célèbre passage de « Punishment and the Elimination of Responsibility » :

Si une personne en frappe une autre, la personne frappée ne considère pas l'autre *simplement* comme une cause de douleur ; pour elle, le fait que le coup soit délibéré ou involontaire est d'une importance cruciale. Si le coup était léger mais délibéré, il a une signification pour la personne frappée tout à fait différente de celle d'un coup bien plus fort mais accidentel. Les jugements moraux à porter font sans doute partie des choses affectées par cette distinction cruciale ; mais c'est peut-être la chose la moins importante qui soit affectée. Si vous me frappez, le jugement selon lequel le coup était délibéré suscitera la peur, l'indignation, la colère, le ressentiment : ce ne sont pas des réactions volontaires ; mais ce même jugement va entrer dans mes délibérations concernant ma future conduite volontaire envers vous et va colorer l'ensemble de mes relations sociales avec vous. Dois-je être votre ami ou votre ennemi ? Offrir des paroles apaisantes ? Ou alors rendre le coup ? Tout cela sera très différent si le coup n'est pas volontaire. Telle est la nature humaine en société et il n'est pas encore en

256 L.L. Fuller, *La moralité du droit*, trad. J. Van Meerbeeck, Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 2017, p. 80-81. Même constat chez deux pénalistes français en ce qui concerne l'ignorance invincible : « En pratique, il semble que les tribunaux adoptent une attitude intermédiaire : sans pousser trop loin l'analyse *in concreto*, qui risquerait de désarmer la répression, ils tiennent pour partie compte de la situation personnelle du prévenu, mais au regard de la nature et de la complexité de la règle de droit dont l'ignorance est alléguée. » (F. Desportes, F. Le Guehec, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 663.)

notre pouvoir de la changer²⁵⁷.

Dans ce passage, Hart explique que nos émotions ainsi que nos dispositions envers un individu sont considérablement affectées par ce que nous savons des ressorts de son action (motif, intention, mobile, etc.) et de sa condition psychique (sain d'esprit, fou, immature, etc.). Ce que je vivrai intérieurement et nos relations seront incomparables selon que vous me bousculez volontairement (pour me faire du mal) ou involontairement (par accident), même si le dommage physique est le même. On ne peut rien y faire : il s'agit non seulement d'une loi de la nature humaine, mais également du règne animal. Comme l'écrit Holmes : « même un chien fait la différence entre un trébuchement et un coup de pied²⁵⁸. »

Dès lors, il est facile d'expliquer pourquoi, *de facto*, nous ne punissons pas ceux qui n'auraient pas pu agir autrement : nous n'avons pas de ressentiment pour eux. Nous avons *moins* de ressentiment pour celui qui a fait du mal avec négligence et nous n'avons *pas* de ressentiment pour celui qui a fait du mal alors qu'il est totalement fou, frappé d'incapacité intellectuelle. Bien évidemment, cela n'explique pas pourquoi, *de jure*, nous ne devons pas punir ceux qui n'auraient pas pu agir autrement²⁵⁹.

L'explication de Hart s'inspire très vraisemblablement (étant donné la proximité entre les deux hommes) d'une célèbre conférence de Strawson, « Freedom and Resentment », prononcée en 1960²⁶⁰, c'est-à-dire un an avant « Punishment and the Elimination of Responsibility ». D'ailleurs, la conférence de Strawson est citée à deux reprises dans les notes de 1968 de *Punishment and Responsibility*.

Dans cette conférence, Strawson introduit le concept d'« attitude réactive » (*reactive attitude*) : il s'agit des attitudes, affects, sentiments, réactions des parties offensées ou bénéficiaires, tels que la gratitude, le ressentiment, le pardon, la punition, la blessure, etc.

257 PR, p. 182-183.

258 O.W. Holmes, *The Common Law*, Cambridge : Belknap Press, 2009, p. 5.

259 Comme l'écrit Bentham avec ironie : « si vous haïssez beaucoup, punissez lourdement, si vous haïssez un peu, punissez modérément. Punissez selon votre haine. Si vous n'éprouvez pas du tout de haine, ne punissez pas du tout : les sentiments raffinés de l'âme ne doivent pas être dominés ni tyrannisés par les règles sévères et grossières de l'utilité politique. » (J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, op. cit., chapitre II, §13, p. 41-42.)

260 Mais publiée en 1962 : « 1960 was a full year. I was elected to the British Academy and delivered there a lecture, "Freedom and Resentment", which is one of my very few ventures into moral philosophy. » (P.F. Strawson, *Freedom and Resentment and Other Essays*, Londres : Routledge, 2008, p. xxvi.)

Strawson rappelle dans un premier temps ce qu'il considère être un lieu commun : nos attitudes réactives dépendent très étroitement des attitudes et des intentions d'autrui. Il donne un exemple très proche de celui de Hart :

Si une personne me marche sur la main accidentellement et tente de m'aider, la douleur peut n'être pas moindre que si elle l'avait fait avec une indifférence méprisante pour mon existence ou avec un désir malveillant de me blesser. Mais j'éprouverai généralement dans le second cas une forme et un degré de ressentiment que je n'éprouverai pas dans le premier²⁶¹.

Dans un deuxième temps, Strawson distingue deux types d'information capable de modifier, d'atténuer voire de supprimer une attitude réactive spécifique, le ressentiment. Le premier type d'information est que l'action offensante est « défectueuse » bien que l'agent soit psychologiquement normal (l'agent n'a pas fait exprès, il était menacé, il n'avait pas le choix, etc.). Le deuxième type d'information est que l'auteur de l'action offensante est psychologiquement anormal (c'est un fou, un schizophrène, etc.). On reconnaît ici la distinction entre les excuses et les exemptions.

Strawson note que dans le second cas, c'est-à-dire en cas d'exemption, nous adoptons une nouvelle attitude, l'« attitude objective », alors que dans le premier cas, c'est-à-dire en cas d'excuse, nous maintenons notre attitude, l'attitude non-détachée ou engagée. En quoi consiste l'attitude objective ?

Adopter une attitude objective à l'égard d'un autre être humain, c'est peut-être le considérer comme un objet de politique sociale (*social policy*) ; comme un sujet de ce qu'on pourrait appeler, dans un sens large, un traitement ; comme quelque chose dont il faut certainement tenir compte, contre lequel il faut peut-être prendre des précautions ; comme quelque chose qui doit être géré, ou manipulé, ou soigné ou éduqué ; ou peut-être simplement évité²⁶² [...].

Étant donné que la peine est, selon Strawson, l'*expression* ou la *manifestation* de nos attitudes réactives²⁶³, il est logique que le droit ne punisse pas (du moins en principe) les actions involontaires ou les agents frappés d'incapacité physique ou mentale.

261 P.F. Strawson, *Freedom and Resentment and Other Essays*, op. cit., p. 6.

262 P.F. Strawson, *Freedom and Resentment and Other Essays*, op. cit., p. 9.

263 P.F. Strawson, *Freedom and Resentment and Other Essays*, op. cit., p. 27.

IV. Le déterminisme et la règle de responsabilité de Hart

Après avoir étudié l'origine, la signification et la justification de la règle de responsabilité de Hart, nous terminerons par l'examen de ses rapports avec le déterminisme. De façon générale, Hart se méfiait de la métaphysique. Cependant, il reconnaît que le droit pénal peut soulever des questions métaphysiques :

Même si on a une interprétation très large de la philosophie du droit, la vérité et le statut de la croyance en la causalité universelle semblent être un problème qui peut être laissé de côté sans risque, sauf peut-être lorsque les fondements moraux de la responsabilité pénale sont examinés et que le spectre du problème du « libre arbitre » se pose²⁶⁴.

En effet, la règle de responsabilité de Hart est-elle compatible ou incompatible avec le déterminisme ? À première vue, le déterminisme exclut que l'accusé ait pu agir autrement :

De nombreux facteurs, outre le déclin des idées rétributivistes, ont contribué au scepticisme moderne à l'égard de l'idée selon laquelle une condition nécessaire à la sanction pénale doit être un acte que le criminel aurait pu éviter de commettre. Parmi ces facteurs figure une certaine interprétation du déterminisme. Il n'est pas surprenant que ceux qui, en général, adoptent une approche scientifique des problèmes sociaux soient fortement influencés par ce que l'on peut appeler l'idéologie de la science et pensent que la loyauté envers les principes scientifiques exige que nous abandonnions l'idée selon laquelle un homme aurait pu faire quelque chose qu'il n'a pas fait²⁶⁵.

Toutefois, la thèse incompatibiliste n'est-elle pas due à une mauvaise compréhension du sens de l'énoncé « L'accusé aurait pu agir autrement » ? L'interprétation de cet énoncé en termes de *capacity* et de *fair opportunity* n'implique-t-elle pas, au contraire, la thèse compatibiliste ?

À la fin des années 1950, une bonne partie des recherches de Hart tournaient autour du problème du déterminisme : il travailla avec Honoré sur la nature du lien de causalité (*Causation in the Law*, 1959) ; il rédigea avec Hampshire un article qui portait entre autres sur la prévisibilité de nos décisions (« Decision, Intention and Certainty », 1958) ; enfin, il donna une conférence sur la compatibilité entre conditions exonératoires et déterminisme (« Legal

²⁶⁴ *CIL*, p. 14.

²⁶⁵ *PR*, p. 179.

Responsibility and Excuses », 1958) lors de la première réunion du *New York University Institute of Philosophy* qui portait sur « Le déterminisme et la liberté à l'ère de la science moderne ». Que nous apprennent ces textes ?

1. Qu'est-ce que le déterminisme ?

Commençons par définir le déterminisme. Pour Hart, la notion de déterminisme semble inclure au moins deux idées de base.

La première idée de base est que la conduite humaine est « le produit de conditions suffisantes, ou de certains ensembles de conditions conjointement suffisantes, qui comprennent le caractère de l'individu²⁶⁶ ». En d'autres termes, si tel ensemble complexe de conditions est satisfait, alors une conduite d'un certain type se produit *toujours* ou *invariablement*. Hart ne dit pas que le déterminisme est l'idée selon laquelle la conduite humaine est le produit de conditions nécessaires et suffisantes : il ne dit pas qu'une conduite d'un certain type ne se produit *jamais*, sauf si tel ensemble complexe de conditions est satisfait. En effet, cela exclurait la doctrine de la pluralité des causes. La doctrine de la pluralité des causes est la doctrine selon laquelle « il peut y avoir plusieurs ensembles de conditions indépendantes qui sont suffisantes pour produire un certain *type* d'événement qui, de ce fait, peut avoir différentes causes à différentes occasions²⁶⁷ ».

La deuxième idée de base est qu'il existe des lois que nous pourrions potentiellement utiliser « pour la prédiction détaillée et exacte de notre propre conduite et de celle d'autrui²⁶⁸ » (et le mot « conduite » inclut les décisions, les choix, etc.). Comme l'affirme Kant, si nos connaissances n'étaient pas aussi limitées, nous pourrions calculer la conduite future d'un individu avec autant de certitude qu'une éclipse lunaire ou solaire²⁶⁹. Cependant, Hart insiste sur le fait que nous ne connaissons pas (encore) ces lois.

²⁶⁶ *PR*, p. 28, note 1.

²⁶⁷ *CIL*, p. 20.

²⁶⁸ *PR*, p. 29, note 1.

²⁶⁹ « s'il nous était possible de pénétrer si profondément la façon de penser d'un homme, telle qu'elle se manifeste par des actions internes aussi bien qu'externes, de sorte que chacun des ressorts de ces actions, même le moindre, nous fût connu, en même que toutes les circonstances extérieures produisant des effets sur eux, on pourrait calculer la conduite à venir de cet homme avec autant de certitude qu'une éclipse de lune ou de soleil [...]. » (E. Kant, *Critique de la raison pratique*, trad. J.-P. Fessler, Paris : GF Flammarion, 2003, I^{re} partie, livre I, chapitre III, p. 215.)

Bien sûr, ces deux idées de base sont les deux faces d'une même pièce : la raison pour laquelle nous parlons de lois causales est qu'« un événement d'un certain type arrive avec régularité lorsqu'un ensemble complexe de conditions est satisfait²⁷⁰ ». Les lois causales affirment simplement un lien invariable entre une somme d'antécédents et un conséquent.

Le déterminisme doit être clairement distingué du fatalisme. Prenons l'exemple d'Œdipe. Le fataliste dit qu'Œdipe tuera nécessairement son père. Il est voué à tuer son père, c'est son destin. À l'inverse, le déterministe dit que si un ensemble de conditions est satisfait, Œdipe tuera son père, à moins qu'un miracle ne se produise. Le fatalisme affirme la nécessité inconditionnelle, tandis que le déterminisme affirme l'invariabilité conditionnelle.

Le fatalisme nous rend impuissants : Œdipe ne peut échapper à son destin, quels que soient ses choix, quels que soient ses efforts. Au contraire, le déterminisme accroît notre pouvoir : la connaissance des lois causales nous permet de prévoir les phénomènes, de les éviter, de les reproduire, etc.

Un fataliste peut dire qu'Œdipe n'aurait pas pu agir autrement, n'aurait pas pu éviter son parricide. En revanche, un déterministe prudent, selon nous, ne dira jamais qu'Œdipe n'aurait pas pu agir autrement *tout court*. Il dira qu'il était « normal » ou « prévisible » qu'il agisse ainsi étant donné la somme des antécédents de son parricide, mais il ne dira pas que la somme des antécédents n'aurait pas pu être différente. Comme le dit Hart : « Je ne répondrai pas ici à un déterministe qui est imprudent au point d'affirmer qu'il est peut-être faux que qui que ce soit ait jamais agi “volontairement”, “de son plein gré”, ait jamais “pu agir autrement”²⁷¹. »

2. Compatibilisme²⁷²

À première vue, Hart penche vers le compatibilisme :

On peut peut-être montrer que les énoncés du type « Il l'a fait de son plein gré », « Il aurait pu

²⁷⁰ *CIL*, p. 16.

²⁷¹ *PR*, p. 30.

²⁷² Nous nous inspirons ici de A. Kenny, *Freewill and Responsibility*, Londres : Routledge, 1978, p. 31-32 et de M.S. Pardo, D. Patterson, *Minds, Brains, and Law : The Conceptual Foundations of Law and Neuroscience*, Oxford : Oxford University Press, 2013, p. 199-201. Pour une lecture compatibiliste de Hart, voir également B. Guilleme, *Penser la peine*, Paris : P.U.F., 2003, p. 91.

agir autrement », etc., ne sont pas logiquement incompatibles avec l'existence des lois qui, selon les déterministes, peuvent exister ; si elles existent, il ne s'ensuit pas nécessairement que les énoncés du type de ceux que j'ai cités sont toujours faux, car il se peut que ces énoncés soient vrais sous certaines conditions qui n'incluent pas nécessairement l'inexistence de telles lois²⁷³.

la défense que je propose, dans cette conférence, de la rationalité, de la moralité et de la justice de la limitation de la responsabilité pénale par des conditions exonératoires sera compatible avec toute forme de déterminisme²⁷⁴ [...].

il y a une raison pour laquelle nous insistons sur l'importance des conditions exonératoires en droit pénal qu'aucune forme de déterminisme que je puisse personnellement concevoir ne saurait mettre en cause²⁷⁵.

La première condition de la responsabilité pénale, à savoir que l'accusé possède certaines capacités cognitives et volitives, est-elle incompatible avec l'existence de lois causales ? La réponse est non. Supposons que l'on puisse prédire avec certitude que le président va dissoudre le Parlement : cela ne prouve pas que le président ne dispose d'un pouvoir de dissolution, bien au contraire. Il le fera parce qu'il *peut* le faire. Le vocabulaire des capacités est parfaitement compatible avec le déterminisme.

La deuxième condition de la responsabilité pénale, à savoir que l'accusé a eu une chance raisonnable d'obéir à la loi, est-elle incompatible avec l'existence de lois causales ? C'est une question plus difficile. Supposons que nous puissions prédire avec certitude, comme dans *Minority Report*, que Paul tuera Jean par imprudence dans trois heures et que, comme prévu, trois heures plus tard, il le tue. Paul a-t-il eu une chance raisonnable d'éviter cet homicide ? On peut soutenir que oui. Éviter cet homicide ne nécessitait aucune forme d'héroïsme. Personne ne le menaçait, son ignorance du fait que Jean était derrière la porte était vincible, etc. Il aurait suffi qu'il fasse preuve de prudence. S'il avait fait preuve de prudence, l'accident n'aurait pas eu lieu. Or, un déterministe peut très bien admettre qu'éviter cet homicide ne nécessitait aucune forme d'héroïsme et que si Paul avait fait preuve de prudence, l'accident n'aurait pas eu lieu, puisque les antécédents, dans ce cas, auraient été différents²⁷⁶.

273 *PR*, p. 30.

274 *PR*, p. 28, note 1.

275 *PR*, p. 30.

276 Dans le même sens : « on the basis of causal laws, it may in principle be predictable that I will go out rather

On pourrait objecter que nous *savions* avec certitude qu'il serait imprudent et qu'à cause de cela il tuerait Jean. Moore a bien vu qu'on pouvait adresser la même objection à son analyse conditionnelle : « Il est vrai que nous aurions souvent *pu* agir différemment, *si* nous avions choisi différemment, mais il n'est pas vrai que nous possédons le libre arbitre, à moins qu'il ne soit *également* souvent vrai dans ces cas-là que nous aurions *pu choisir* différemment²⁷⁷. » On voit également que l'analyse conditionnelle dont nous sommes partis et qui a été chassée par la porte, revient en quelque sorte par la fenêtre.

3. Incompatibilisme

Ainsi, le déterminisme est *peut-être* compatible avec la règle de responsabilité de Hart. Toutefois, il remet profondément en question le *système pénal* et la *pratique de la peine*. En effet, si nous connaissions les lois du comportement humain et si, de ce fait, nous étions capables de prédire le comportement d'un homme comme nous prédisons la trajectoire d'un astre, nous devrions intervenir *ante delictum*, il serait irrationnel d'attendre la commission de l'infraction : « Du point de vue de la pure hygiène sociale, il est absurde d'attendre que les crimes soient commis : si nous avons des preuves fiables de tendances antisociales ou criminelles, cela suffit à justifier des mesures contraignantes²⁷⁸. » La peine, *en tant que moyen de prévention des infractions*, deviendrait un outil obsolète, voire injuste.

Pourquoi injuste ? Parce qu'il serait injuste de punir quelqu'un pour un comportement dont nous *savions* qu'il surviendrait, mais que nous n'avons pas cherché à empêcher. Nous serions les véritables responsables, nous serions coupables de n'avoir rien fait. Qui est en tort : le délinquant qui possède des capacités cognitives et volitives normales et qui a eu une chance raisonnable d'éviter son infraction, ou alors les autorités qui savaient avec une certitude scientifique que l'infraction allait être commise mais n'ont rien fait ? À titre de comparaison, il serait très étrange de mettre deux garçons dans la même pièce alors qu'on sait avec une certitude scientifique qu'ils vont se battre (tout comme « césium + eau = explosion ») et de les punir ensuite parce qu'ils se sont battus.

than stay in tomorrow. But this in no way shows that tomorrow I will lack either the capacity or the opportunity to stay indoors. » (J. Glover, *Responsibility*, *op. cit.*, p. 75.)

277 G.E. Moore, *Ethics*, *op. cit.*, p. 218.

278 PR, p. 232.

À quelques reprises, Hart penche vers une forme d'incompatibilisme. Si nous connaissions les lois de la conduite humaine, cela bouleverserait nos pratiques et nos concepts. Beaucoup de choses n'auraient plus de sens (dans tous les sens du terme) : « Bien sûr, si nous connaissions les lois et si nous pouvions les utiliser pour prédire de façon détaillée et exacte notre propre conduite et celle d'autrui, la délibération et le choix deviendraient vains (*pointless*) et peut-être que dans de telles circonstances il ne pourrait pas y avoir (logiquement) de "délibération" ou de "choix"²⁷⁹. »

Dans une note, Hart écrit qu'« il est logiquement impossible pour un homme de prétendre savoir, sur des bases inductives, ce qu'il essaiera de faire à un moment donné et, en même temps, de considérer la situation comme relevant de sa délibération et de son choix²⁸⁰ [...] ». Cette note fait écho à l'article écrit avec Hampshire en 1958. Dans cet article, Hampshire et Hart distinguent deux types de certitude qu'on peut avoir sur notre propre conduite future : la « certitude inductive » basée sur des éléments de preuve empiriques, et la « certitude pratique » basée sur des raisons ou une décision. Je peux dire « Je suis certain que je ferai X » ou bien parce que je me connais très bien et que j'ai déjà fait X dans des circonstances similaires, ou bien parce que j'ai réfléchi aux raisons de faire X et que j'ai pris ma décision. Dans le premier cas, « Je suis certain que je ferai X » comptera pour une prédiction ; dans le second cas, cela comptera pour une décision. Hampshire et Hart soutiennent que ces deux types de certitude peuvent entrer en conflit et que cela fait partie du problème du libre arbitre. Supposons qu'un homme reçoive une offre d'emploi. Il hésite, délibère et dit « Je vais peut-être accepter cet emploi ». Mais peut-il affirmer cela si nous avons des preuves empiriques qu'il refusera l'emploi ?

S'il est convaincu par des preuves empiriques qu'il est *certain* qu'il refusera, alors il doit avoir été convaincu par ces preuves empiriques qu'il n'est pas en son pouvoir de ne pas refuser et que, en dépit des apparences, le résultat ne sera pas déterminé par sa décision. Et il existe certainement des situations dans lesquelles un homme peut adopter de cette façon une attitude de spectateur à l'égard de son propre comportement, convaincu par l'expérience, ou peut-être

279 *PR*, p. 29, note 1.

280 *PR*, p. 241. « It is plain non-sense to talk about someone deliberating about something, fighting a moral battle with himself, and coming to a final decision – and at the same time to maintain that this man had, or could have had, from the very first moment, certain knowledge about the content and timing of his decision. » (A. Ross, *On Guilt, Responsibility and Punishment*, Berkeley : University of California Press, 1975, p. 145.)

par la connaissance scientifique, que l'apparence de décision libre est illusoire et que, quand viendra le moment d'agir, il est certain qu'il agira d'une certaine manière. S'il *admet* que telle est sa conviction, alors cela n'aurait aucun sens pour lui de prétendre qu'il prend une quelconque décision à ce sujet²⁸¹.

Ainsi, si nous pouvions prédire à l'aide de lois le comportement humain, non seulement la pratique de la peine perdrait sa raison d'être en tant que moyen de prévention, mais le *cadre conceptuel* qui la sous-tend serait également profondément ébranlé. Hart insiste sur le fait qu'aujourd'hui nous ne connaissons pas ces lois²⁸². Toutefois, on pourrait aller plus loin et soutenir que nous ne connaissons *jamais* ces lois en raison de ce que Popper nomme l'effet d'Œdipe²⁸³. Il y a, explique Popper, un lien très étroit entre les prédictions et les événements prédits. Les prédictions peuvent avoir une influence sur l'événement prédit, ou bien en provoquant l'événement prédit, ou bien en l'empêchant : c'est l'effet d'Œdipe. Cet effet a pour conséquence que les sciences sociales ne pourront jamais faire de prédictions scientifiques exactes :

si un tel calendrier social scientifique d'un genre nouveau était construit et devenait connu (il ne pourrait pas être gardé secret longtemps puisqu'il pourrait en principe être redécouvert par n'importe qui), il provoquerait certainement des actions qui bouleverseraient ses prévisions. Supposons, par exemple, que l'on prévoie que le prix des actions va augmenter pendant trois jours, puis baisser. Toutes les personnes liées au marché vendraient le troisième jour, provoquant une baisse des prix ce jour-là et faussant la prédiction. L'idée, en bref, d'un calendrier exact et détaillé des événements sociaux est contradictoire ; et des prédictions sociales scientifiques exactes et détaillées sont donc impossibles²⁸⁴.

281 Stuart Hampshire, H.L.A. Hart, « Decision, Intention and Certainty », *Mind*, vol. 67, n° 265, 1958, p. 5.

282 « if human conduct so understood is in fact subject to such laws (though at the present time we do not know it to be so) [...]. » (*PR*, p. 29.) Ou encore : « The determinist does not assert and could not truly assert that we *already know* the laws that he says may exist or (in some versions) *must* exist. » (*PR*, p. 29, note 1.) Voir dans le même sens : « La capacité de prédire avec exactitude la récidive d'un agresseur sexuel est un souhait légitime mais malheureusement ce n'est pas une réalité scientifique. » (J. Proulx, P. Lussier, « La prédiction de la récidive chez les agresseurs sexuels », *Criminologie*, vol. 34, n° 1, 2001, p. 10.)

283 Hart ouvre lui-même cette piste puisqu'il dit : « it may be true – though we cannot yet show and *may never be able to show that it is true* – that human conduct [...] [is] subject to certain types of law [...]. » (*PR*, p. 29, nos italiques.)

284 K.R. Popper, *The Poverty of Historicism*, Boston : The Beacon Press, 1957, p. 13-14.

Chapitre 3.2 : La détermination de la peine en qualité et en quantité

Plan du chapitre

I. Les principes de Hart concernant la qualité et le quantum de la peine.....	292
1. Proportionnalité ordinale : les peines maximales doivent être proportionnelles.....	292
2. Humanité : nul ne doit être soumis à des peines inhumaines ou dégradantes.....	301
3. Égalité de traitement : les cas semblables doivent être traités de la même façon.....	306
4. Individualisation de la peine : les peines doivent être individualisées sans dépasser le maximum légal.....	308
II. La justification des principes de Hart concernant la qualité et le quantum de la peine.....	311
1. La justification de la proportionnalité ordinale.....	312
a) Pourquoi des peines maximales ?.....	312
b) Pourquoi la proportionnalité ordinale ?.....	315
2. La justification de l'humanité.....	327
3. La justification de l'égalité de traitement.....	330
4. La justification de l'individualisation de la peine.....	333

Le précédent chapitre était consacré au premier aspect de la distribution de la peine : la responsabilité pénale. Ce chapitre sera consacré au second aspect de la distribution de la peine : la détermination de la peine en qualité et en quantité. Supposons qu'une personne soit reconnue coupable d'un crime. Quelle doit être la nature et le quantum de sa peine ? Pour de nombreuses personnes, la réponse qui vient immédiatement à l'esprit est la *lex talionis* : « Seule la *loi du talion* (*jus talionis*), à la condition, bien entendu, de s'accomplir à la barre d'un tribunal (et non pas dans un jugement privé), peut indiquer de manière précise la qualité et la quantité de la peine¹ [...]. » Cependant, selon Hart, cette réponse instinctive doit être rejetée :

Les simples équivalences du type œil pour œil ou la mort pour la mort semblent soit répugnantes, soit inapplicables à la plupart des infractions, et même si une version raffinée de l'équivalence exigeant un degré de souffrance équivalent au degré de malveillance de l'infacteur est intelligible, il ne semble pas y avoir de moyen de déterminer ces degrés².

Dans ce cas, quel principe adopter ? Une des difficultés de cette question est qu'elle se pose à deux niveaux différents. Elle se pose tout d'abord au niveau législatif : le législateur ou le rédacteur du Code pénal peut prévoir des peines maximales, minimales ou fixes pour telle ou telle infraction. Comment les choisir ? Elle se pose ensuite au niveau judiciaire : le juge a, en général, une certaine latitude entre la peine minimale et la peine maximale. Quelles règles

1 E. Kant, *Métaphysique des mœurs II, Doctrine du droit, Doctrine de la vertu*, trad. A. Renaut, Paris : GF Flammarion, 1994, §49, p. 153.

2 *PR*, p. 233. Voir également *PR*, p. 161.

doit-il suivre pour prendre sa décision ?

Selon nous, Hart défend quatre principes concernant la qualité et le quantum de la peine³. Les deux premiers concernent le législateur : les peines maximales doivent être proportionnelles ; nul ne doit être soumis à des peines inhumaines ou dégradantes. Les deux derniers concernent le juge : les cas semblables doivent être traités de la même façon et les cas différents de façon différente ; les peines doivent être individualisées en dessous du maximum légal. Le but de ce chapitre est d'examiner la signification et la justification de ces quatre principes.

I. Les principes de Hart concernant la qualité et le quantum de la peine

De même que dans le chapitre précédent, nous avons consacré une partie entière à la signification de la règle de responsabilité de Hart, de même, dans cette première partie, nous tenterons de clarifier la signification des principes défendus par Hart concernant la qualité et le quantum de la peine.

1. Proportionnalité ordinale : les peines maximales doivent être proportionnelles

Dans « Prolegomenon to the Principles of Punishment », Hart écrit que « différents types d'infraction de gravité différente (peu importe la manière dont on la mesure) ne doivent pas être punis avec la même sévérité⁴ ». Par exemple, le vol de télévision ne doit pas être puni aussi sévèrement que le viol ; l'homicide par imprudence ne doit pas être puni aussi sévèrement que le meurtre. Ce principe s'applique au niveau législatif, lorsqu'on établit « une échelle ou un tarif des peines et des infractions⁵ » :

Parfois, le législateur prévoit une peine maximale plus sévère pour les actes commis avec une certaine intention que pour les mêmes actes commis sans cette intention. Ainsi, le fait de blesser dans l'intention de tuer (même si la victime n'est pas tuée) ou de blesser dans l'intention d'échapper à une arrestation est passible d'une peine maximale d'emprisonnement,

3 On trouve cette expression notamment ici : « the principles determining the severity and manner of punishment [...] ». » (EB, p. 47.)

4 PR, p. 25.

5 PR, p. 162.

et donc puni beaucoup plus sévèrement que la simple infraction de « blessure illégale et malveillante » pour laquelle la peine maximale est cinq ans⁶.

Ce principe peut être appelé le principe de proportionnalité ordinaire. La proportionnalité ordinaire (relative, comparative) doit être distinguée de la proportionnalité cardinale (absolue, non comparative)⁷. La peine encourue pour une infraction mineure est ordinalement (relativement, comparativement) disproportionnée si elle est aussi sévère que la peine encourue pour un crime grave. La peine encourue pour une infraction mineure est cardinalement (dans l'absolu, non comparativement) disproportionnée si elle est en elle-même trop sévère (peu importe sa place sur l'échelle des peines). En d'autres termes, la proportionnalité ordinaire signifie que plus l'infraction est grave, plus la peine encourue doit être sévère et la proportionnalité cardinale signifie que les peines encourues doivent en quelque sorte correspondre à la gravité de l'infraction. Hart défend uniquement la proportionnalité ordinaire et c'est d'ailleurs la terminologie qu'il utilise :

ce qu'il faut, ce n'est pas une relation idéalement appropriée entre un crime donné et sa peine, mais que sur une échelle ou un tarif des peines et des infractions, les peines infligées pour les différents crimes soient « proportionnelles » à la malveillance (*wickedness*) ou à la gravité relative du crime. Car, bien qu'on soit incapable de dire à *quel point* un crime est malveillant, on peut sans doute dire qu'un crime est *plus* malveillant qu'un autre et nous devrions exprimer cette relation *ordinaire* dans une échelle de peines correspondante⁸.

Pourquoi Hart rejette-t-il la proportionnalité cardinale ? Pour les raisons suivantes : nous ne pouvons mesurer ni la gravité ni la souffrance en l'absence d'unités de l'une ou l'autre ; nous ne pouvons pas dire à *quel point* un crime donné est grave ; il n'y a pas de relation naturelle entre la gravité d'une infraction et la sévérité d'une peine, de sorte que nous pouvons dire que celle-ci correspond naturellement à celle-là, etc.⁹ Cependant, comme nous le verrons bientôt, il n'est pas sûr que Hart parvienne à évacuer totalement la proportionnalité cardinale.

Même si la proportionnalité ordinaire est moins problématique que la proportionnalité cardinale, elle pose tout de même de nombreux problèmes.

6 PR, p. 115-116.

7 A. von Hirsch, « Proportionality in the Philosophy of Punishment », *Crime and Justice*, vol. 16, 1992, p. 77-78.

8 PR, p. 162, nos italiques.

9 PR, p. 161-162.

1° Premier problème, comment établir qu'une infraction est plus grave qu'une autre ? Dans son principe de proportionnalité ordinale, Hart se réfère à « l'échelle de gravité de sens commun¹⁰ » (*commonsense scale of gravity*). Selon Hart, cette échelle de gravité de sens commun se base *grosso modo* sur deux choses : d'une part, les dommages de l'infraction ; d'autre part, l'intention de l'infracteur. Par exemple, une infraction au code de la route est moins grave qu'un homicide ; le meurtre par compassion est moins grave que le meurtre lucratif¹¹.

Cependant, les sciences sociales ont montré que nos jugements comparatifs de gravité étaient légèrement plus complexes que cela. Les études de référence sur ce sujet sont celles réalisées par Wolfgang et ses collègues à partir des années 1960. Voici comment Cusson résume leur démarche :

ils s'inspirent des rapports d'événement remplis par les policiers pour rédiger une centaine de descriptions sommaires qui ramassent en quelques courtes phases des informations susceptibles de faire varier la gravité d'un délit. Exemple : « Une personne braque un pistolet vers une victime, la blesse et lui soutire 10 \$. La victime doit être hospitalisée. » Ensuite ils soumettent des listes de tels énoncés à des échantillons d'étudiants, de policiers, de juges et de citoyens. Tous reçoivent la consigne de comparer la gravité de chacun de ces énoncés à celle d'un énoncé de base (par exemple, « Une personne vole une bicyclette dans la rue ») dont la valeur est fixée arbitrairement à 10 points. Pour ce faire, il leur est demandé d'attribuer à chacun la note exprimant l'ampleur de la différence de gravité qu'ils perçoivent entre le vol de vélo et le délit sous examen. Si un énoncé décrivant un braquage paraît au répondant deux fois plus grave que le vol de bicyclette, il lui attribue 20 points et ainsi de suite¹².

Quels sont les résultats de ces études ? Premier résultat, il apparaît que dans nos jugements comparatifs de gravité nous tenons compte de facteurs divers et variés¹³ : de l'*ampleur des atteintes à l'intégrité physique* (un attentat causant la mort de 40 personnes est plus grave qu'un attentat blessant 10 personnes) ; des *dangers potentiels* (tenter de faire exploser une bombe dans le métro est plus grave que tenter de cambrioler quelqu'un) ; des *pertes monétaires* (voler 100 euros chez quelqu'un est plus grave que voler 10 000 euros chez

10 PR, p. 25.

11 PR, p. 25.

12 M. Cusson, *Criminologie actuelle*, Paris : P.U.F., 1998, p. 14-15.

13 M. Cusson, *Criminologie actuelle*, *op. cit.*, p. 15-18.

quelqu'un) ; de la *violence des moyens* (blesser une personne avec une arme à feu et plus grave que la blesser avec un coup de poing, même si le préjudice est le même) ; de la *vulnérabilité de la victime* (tuer un enfant en le battant est plus grave que tuer un adulte en le battant) ; de la *nocivité de la drogue vendue* (vendre de l'héroïne est plus grave que vendre du cannabis) ; de l'*intention* (tuer intentionnellement est plus grave que tuer à cause d'une conduite imprudente) ; du *partage des torts* (un coup de poing unilatéral est plus grave qu'un coup de poing en réponse à une provocation), etc.

On le voit, ces facteurs divers et variés sont difficilement réductibles aux dommages de l'infraction ou à l'intention de l'infracteur. Hart, semble-t-il, en était conscient puisqu'il écrit en 1985 :

les tribunaux prétendent souvent être guidés par une échelle « tarifaire » des peines classant les peines en fonction de la « gravité » des différents types d'infraction et des différents cas de la même infraction. Mais cela ne coïncide en aucun cas avec la gradation de la peine en fonction du mérite. [...] la « gravité » à laquelle les tribunaux prétendent proportionner leurs peines comprend, outre la culpabilité morale ou la malveillance de la conduite, beaucoup d'autres éléments. Elle comprend, par exemple, la fréquence du type d'infraction commise, la désapprobation sociale ressentie pour une infraction, l'alarme qu'elle produit, l'importance du préjudice causé, même non intentionnellement. L'inclusion de tels facteurs, qui ne sont que faiblement, voire pas du tout liés à la culpabilité morale d'un infracteur, a pour effet de brouiller la vision rétributiviste selon laquelle les infracteurs n'ont que ce qu'ils méritent¹⁴.

Hart rappelle que dans de nombreux codes pénaux, la peine maximale pour l'infraction tentée est moins sévère que la peine maximale pour l'infraction consommée. De même, un acte de négligence causant la mort est puni tandis que le même acte de négligence causant une blessure légère n'est pas puni. Comment le justifier ? « Pourquoi le fait accidentel qu'un résultat dommageable prévu ne se soit pas produit devrait-il être un motif de punir moins sévèrement un criminel qui peut être tout aussi dangereux et tout aussi malveillant¹⁵? » De même, « il est très difficile de concevoir que lorsque deux personnes sont coupables d'une même négligence, l'immoralité diffère parce que dans un cas, une forme spécifique de

14 H.L.A. Hart, « Arthur Rupert Neale Cross, 1912-1980 », *Proceedings of the British Academy*, vol. 70, 1984, p. 425.

15 *PR*, p. 131.

dommage imprévu se produit malheureusement et dans l'autre, elle ne se produit pas¹⁶ ».

En fait, l'explication est très simple. Pour le sens commun, il y a une différence de gravité entre infraction tentée et consommée, entre négligence mortelle et non mortelle : l'une est moins dommageable que l'autre et dans nos jugements comparatifs de gravité, nous tenons compte des dommages causés.

Dans *Causation in the Law*, Hart et Honoré donnent un exemple proche. Imaginons qu'un accusé ait échoué à atteindre son objectif de la façon dont il l'envisageait, mais en raison d'une coïncidence ou de l'action d'un tiers, le dommage projeté a été causé (par exemple, X sort son arme et s'apprête à tirer sur Y mais la foudre s'abat sur Y et le tue sur le coup). L'accusé doit-il être puni moins sévèrement ? Hart et Honoré répondent affirmativement :

le sens de la justice de l'homme ordinaire (*the plain man's sense of justice*) refuse de mettre sur le même plan ce qu'il a fait et un crime accompli avec succès de la manière envisagée. Le résultat semble trop extraordinaire ou trop dépendant de la volonté d'autrui pour être le « fait » de l'accusé. Le droit devrait céder à ce sentiment obstiné d'une différence en traitant moins sévèrement le cas anormal et il peut le faire sans diminuer, en principe, sa force de dissuasion. [...] Il n'est pas possible de définir avec précision à quel point le résultat doit être anormal, fortuit ou inattendu pour nécessiter une peine différente conformément à notre sens de la justice¹⁷.

Deuxième résultat de ces études, il apparaît que nos jugements comparatifs de gravité sont convergents :

le consensus sur *l'ordre* de gravité des délits est partout très fort. La grande majorité des répondants s'entendent pour placer les délits les uns par rapport aux autres de la même manière. L'accord traverse toutes les catégories sociales, tous les groupes, toutes les professions et toutes les cultures. Les pauvres et les riches, les hommes et les femmes, les jeunes et les vieux, les étudiants et les détenus, les magistrats et les policiers, les Américains, les Asiatiques, les Européens, tous s'entendent pour produire des échelles de gravité dont l'ordre relatif est semblable¹⁸.

16 *MCL*, p. 51-52.

17 *CIL*, p. 397.

18 M. Cusson, *Criminologie actuelle*, op. cit., p. 20.

Ainsi, Hart aurait raison de soutenir que « pour toutes les morales sociales, certaines grandes évaluations sont valables. L’homicide intentionnel est pire que l’homicide non intentionnel ; infliger un préjudice mineur est moins grave qu’infliger un préjudice majeur ; blesser est pire que voler des pommes¹⁹ ». Certains chercheurs ont soutenu que les énoncés de la forme « l’infraction *x* est plus grave que l’infraction *y* » étaient comparables aux énoncés de la forme « le bleu de cette veste est plus intense que le bleu de cette chemise » : ils présentent une certitude de nature quasi perceptive²⁰. Comme le note A. von Hirsch, l’ordonnancement des infractions par ordre de gravité n’a pas posé problème lors de l’élaboration de lignes directrices (*sentencing guidelines*) dans certains États américains, et les critiques des lignes directrices ne portaient pas sur ce point²¹.

Troisième résultat de ces études, il apparaît que nos jugements *non comparatifs* de gravité sont, au contraire, divergents. Si nous nous accordons très majoritairement lorsqu’il s’agit de dire si telle infraction est *plus grave* ou *moins grave* que telle autre, nous nous accordons peu lorsqu’il s’agit de dire à *quel point* telle infraction est grave (par exemple, sur une échelle de 1 à 30) :

Ayant à se prononcer sur la gravité du même délit, les femmes lui attribuent plus de points que les hommes ; les victimes, plus que les non-victimes et les riches, plus que les pauvres. De la même manière, les Américains de race blanche et relativement scolarisés jugent plus sévèrement les infractions que les Noirs et les gens peu scolarisés. Il apparaît donc que les femmes, les victimes, les blancs, les riches et les gens qui ont poursuivi de longues études jugent plus sévèrement les délits que les catégories socio-démographiques opposées²².

Ces données semblent conforter la position de Hart selon laquelle le droit pénal, s’il peut et doit faire une place à la proportionnalité ordinale, ne peut pas faire de place à la proportionnalité cardinale.

19 *PR*, p. 171. Voir aussi cette allusion à « the distinction so universally felt between, e.g. the coldblooded murderer out for gain and the woman who kills an imbecile child to whom she can no longer attend » (*PR*, p. 61).

20 P. Tremblay, M. Bouchard, C. Leclerc, « La courbe de gravité des crimes », *L’année sociologique*, vol. 56, 2006, p. 202.

21 A. von Hirsch, « Proportionality in the Philosophy of Punishment », *art. cit.*, p. 81.

22 M. Cusson, *Criminologie actuelle*, *op. cit.*, p. 20.

2° Deuxième problème, comment établir qu'une peine est plus sévère qu'une autre ? À première vue, la réponse est très simple. Si la peine est une amende, plus l'amende est élevée, plus la peine est sévère : une amende de 1 000 euros est plus sévère qu'une amende de 60 euros. Si la peine est une peine de prison, plus la durée de l'emprisonnement est longue, plus la peine est sévère : quinze ans d'emprisonnement est plus sévère que six mois d'emprisonnement.

Cependant, les choses ne sont pas aussi simples. Premièrement, est-ce qu'une énorme amende est plus sévère qu'un emprisonnement de courte durée ? Peut-on répondre à cette question sans tenir compte de la personnalité de l'infracteur ? Par exemple, une énorme amende est plus sévère qu'un emprisonnement de courte durée pour un récidiviste pauvre, mais c'est l'inverse qui est vrai pour un chef d'entreprise²³.

On pourrait dire que nous nous situons au niveau législatif et que la sévérité des peines est mesurée en prenant pour point de repère une personne « normale ». Mais qu'est-ce qu'une personne « normale » ? En outre, est-il logique de mesurer la sévérité des peines en prenant pour point de repère une personne « normale » si les infracteurs ou les criminels ne sont pas, en général, des personnes « normales » ?

Deuxièmement, la sévérité d'une peine d'emprisonnement dépend de la prison dans laquelle le coupable est incarcéré : six mois dans une prison surpeuplée, insalubre et violente est peut-être plus sévère que trois ans dans une prison bien entretenue et calme²⁴. Encore une fois, on pourrait dire que nous nous situons au niveau législatif et que la sévérité des peines d'emprisonnement est mesurée en prenant pour point de repère une prison « normale ».

Troisièmement, l'idée selon laquelle la sévérité de la peine est linéaire par rapport à la durée de l'emprisonnement est naïve. Comme l'écrivent Robinson et Darley, « une peine courte sera vécue comme plus aversive qu'une peine beaucoup plus longue qui est tout aussi aversive au

23 Dans le même sens : « The same *nominal* punishment is not, for different individuals, the same *real* punishment. Let the punishment in question be a fine : the sum that would not be felt by a rich man, would be ruin to a poor one. The same ignominious punishment that would fix an indelible stigma upon a man of certain rank, would not affect a man of a lower rank. The same imprisonment that would be ruin to a man of business, death to an old man, and destruction of reputation to a woman, would be as nothing, or next to nothing, to persons placed in other circumstances. » (J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, Londres : Robert Heward, 1830, p. 37.)

24 A.J. Kolber, « Unintentional Punishment », *Legal Theory*, vol. 18, n° 1, 2012, p. 1-2.

début mais moins à la fin²⁵ ». Cela est dû au phénomène que Kahneman nomme la « négligence de la durée » (*duration neglect*) : la durée contribue peu à l'expérience mémorisée de la douleur. Les sujets soumis à 1° une douleur courte et intense et à 2° une douleur aussi courte et aussi intense, mais suivie d'une douleur moins intense préfèrent, paradoxalement, subir à nouveau la deuxième expérience plutôt que la première²⁶.

À nouveau, si Hart s'appuie sur l'échelle de sens de commun de gravité, il pourrait également s'appuyer sur l'échelle de sens commun de sévérité. Elle a été moins étudiée, mais les résultats sont globalement similaires : fort consensus sur la sévérité relative, variabilité importante sur la sévérité absolue²⁷.

3° Troisième problème, nous avons besoin d'un « point d'ancrage²⁸ » (*anchoring point*). Comme le note Hart, « même s'il était possible d'ordonner tous les crimes sur une échelle de gravité, notre point de départ ou notre point de comparaison doit être un crime pour lequel une peine est fixée autrement que par comparaison avec d'autres crimes²⁹ ». Imaginons que des professeurs se réunissent pour évaluer des essais. Ils commencent par ordonner les essais, du premier au dernier, par ordre de qualité. Pour attribuer les notes, ils doivent attribuer une première note à un essai, par exemple au meilleur essai, qui servira de point de comparaison. Les désaccords risquent d'être importants : certains professeurs voudront lui mettre 19/20, d'autres voudront lui mettre 12/20, car ils trouveront cet essai seulement assez bon, bien qu'il soit meilleur que tous les autres. (On part ici du principe que les professeurs s'accordent sur la *signification* des notes : 19/20 est une excellente note, 12/20 est une assez bonne note.)

De la même façon, une fois que nous avons ordonné toutes les infractions, de la première à la dernière, par ordre de gravité, nous devons attribuer une peine à une infraction, par exemple au meurtre, qui servira de point de comparaison. Les désaccords, là encore, risquent d'être importants : certains voudront que le meurtre soit puni de mort, d'autres voudront qu'il soit puni de quelques années d'emprisonnement.

25 P.H. Robinson, J.M. Darley, « Does Criminal Law Deter ? A Behavioural Science Investigation », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n° 2, 2004, p. 190.

26 P.H. Robinson, J.M. Darley, « Does Criminal Law Deter ? A Behavioural Science Investigation », *art. cit.*, p. 189-190.

27 P. Tremblay, S. Gravel, M. Cusson, « Équivalences pénales et solutions de rechange à l'emprisonnement : la métrique pénale implicite des tribunaux criminels », *Criminologie*, vol. 20, n° 2, 1987, p. 69-88.

28 A. von Hirsch, « Proportionality in the Philosophy of Punishment », *art. cit.*, p. 77-78.

29 *PR*, p. 162.

Selon Hart, la tradition est souvent le point de départ : « Nous devons commencer quelque part, et en pratique, le point de départ risque de n'être que la peine traditionnelle ou habituelle pour une infraction donnée³⁰. » Ce point de départ doit être raffiné par l'utilité. Par exemple, la peine traditionnelle pour le meurtre dans les années 1950 était la peine de mort. Mais la peine de mort est-elle nécessaire pour empêcher le meurtre ? Hart le nie. De longues peines d'emprisonnement sont-elles nécessaires ? Hart le nie également : « même lorsqu'il n'y a pas de peine de mort, les longues peines d'emprisonnement ne sont pas nécessaires pour la sécurité publique. Un seul des meurtriers dont la peine de mort a été commuée en emprisonnement et qui a été libéré a commis un meurtre en Angleterre au cours de ce siècle³¹. » Ainsi, si la peine pour le meurtre est notre point de comparaison, cette peine ne devrait pas être « supérieure à dix ans [...] sauf dans les circonstances les plus extrêmes³² ».

4° Quatrième problème, nous avons besoin d'espacer les peines. Supposons que les peines encourues pour le meurtre, le viol et le vol de voiture soient respectivement de 10 ans, 9 ans et 8 ans d'emprisonnement. Le principe de proportionnalité ordinale est-il respecté ? Dans un sens, il l'est : plus l'infraction est grave, plus elle est punie sévèrement. Mais dans un autre sens, il ne l'est pas : cette échelle ne reflète pas la différence de gravité entre ces trois infractions, le meurtre apparaît comme *à peine plus grave* que le vol de voiture, alors qu'il s'agit d'une infraction *bien plus grave*. C'est comme si on mettait 6/20 à une copie passable et 7/20 à une bonne copie. Pour respecter le principe de proportionnalité ordinale, il faut que la peine pour le vol de voiture et celle pour le meurtre soient bien plus *espacées*. Mais à quel point ? S'il est difficile, on l'a vu, de dire *à quel point une infraction est grave*, il est également difficile de dire *à quel point une infraction est plus grave (ou moins grave) qu'une autre* : un peu plus, beaucoup plus, dix fois plus, cent fois plus ?

Compte tenu de toutes les difficultés posées par le principe de proportionnalité ordinale³³, on comprend pourquoi Hart insiste sur son caractère approximatif, grossier (*roughness*³⁴) :

Il ne fait aucun doute que si l'on considère les types de crime – les cas moyens – qui ne sont

30 PR, p. 162.

31 PR, p. 64.

32 PR, p. 63.

33 Pour des développements plus poussés sur toutes ces difficultés, voir J. Ryberg, *The Ethics of Proportionate Punishment : A Critical Investigation*, Dordrecht : Kluwer, 2004.

34 PR, p. 163. L'adjectif *rough* revient constamment lorsqu'il est question de proportionnalité ordinale.

que vaguement représentatifs des crimes individuels réels, on peut se rapprocher approximativement de l'idée d'adapter la sévérité de la peine à la « culpabilité » ou à la gravité de différentes infractions. Nous pouvons établir quelques distinctions approximatives entre blessures intentionnelles et non intentionnelles [...]. Nous examinerons plus tard la finalité sociale d'un tel tarif conventionnel approximatif. Mais il est bon de se souvenir de son caractère approximatif³⁵.

Ainsi, la mission du législateur n'est pas d'élaborer une échelle des peines parfaite, mais d'éviter les disproportions choquantes : le meurtre est plus grave que le viol, par conséquent la peine encourue pour le meurtre doit être plus sévère ; le viol est *beaucoup* plus grave que le vol de voiture, par conséquent la peine encourue pour le viol doit être *beaucoup* plus sévère³⁶.

2. Humanité : nul ne doit être soumis à des peines inhumaines ou dégradantes

Le législateur peut prendre des décisions concernant le quantum de la peine (*l'échelle des peines*), mais aussi concernant la nature de la peine (*l'arsenal des peines*)³⁷. (À vrai dire, avant de fixer le quantum, il faut fixer la nature de la peine.) Par exemple, il peut décider que la peine maximale pour le meurtre ne sera pas la peine de mort mais l'emprisonnement.

Le législateur doit-il exclure d'emblée certaines peines ? Quelques textes de Hart semblent aller dans ce sens. Dans « Murder and the Principles of Punishment » (1957), il explique qu'il y a des limites éthiques à la recherche de la dissuasion ou de l'efficacité : « certaines peines

35 *PR*, p. 162-163. Voir aussi : « The guiding principle is that of a proportion within a system of penalties between those imposed for different offences where these have a distinct place in a commonsense scale of gravity. This scale itself no doubt consists of very broad judgements both of relative moral iniquity and harmfulness of different types of offence : it draws rough distinctions like that between parking offences and homicide [...]. » (*PR*, p. 25.) Ou encore : « we also limit punishments in order to maintain a scale for different offences which reflects, albeit very roughly, the distinction felt between the moral gravity of these offences. » (*PR*, p. 80.) Ou encore : « the conception of the relative moral gravity of different offences is far from simple, and some of its difficulties and the compromises involved in the rough recognition of it as a determinant of the severity of punishment in English courts were explored in the fifth and seventh of these essays. » (*PR*, p. 234.)

36 Ceci s'approche du point de vue de Morris selon lequel les sentences ne doivent pas être méritées, mais doivent plutôt être « non imméritées » : en effet, on sera souvent d'accord pour dire que telle sentence est clairement imméritée (trop sévère, trop peu sévère), mais on sera rarement d'accord pour dire que telle sentence est clairement méritée. Voir N. Morris, *Madness and the Criminal Law*, Chicago : University of Chicago Press, 1983, p. 179-209.

37 Sur cette distinction, voir ici : « When Bentham deals as he does at great length with the *quality* as distinguished from the severity or quantity of punishment much that he says is again a detailed extension of some of Beccaria's ideas. » (*EB*, p. 46-47.)

sont exclues, car trop barbares ou horribles pour être employées, quelle que soit leur utilité sociale³⁸ [...]. » Dans « Prolegomenon to the Principles of Punishment » (1959), il affirme que « nous essayons d'éduquer les gens à ne plus préférer les sanctions sauvages³⁹ ». Dans « Punishment and the Elimination of Responsibility » (1961), il écrit que les sociétés humaines sont des sociétés de personnes et que le droit doit traiter les individus comme des *personnes*, et non « comme des *choses* modifiables, prévisibles, soignables ou manipulables⁴⁰ ». Dans *Law, Liberty and Morality* (1962), dans un passage que nous avons plusieurs fois cité, il écrit que « l'exclusion de la torture ou des peines cruelles [peut] représenter d'autres valeurs avec lesquelles on peut souhaiter trouver un compromis, compromis restreignant la poursuite des principales valeurs justifiant la peine⁴¹ ». Enfin, dans « Beccaria and Bentham » (1964), Hart explique qu'une différence importante entre Beccaria et Bentham est qu'« il y a chez Beccaria un respect de la dignité et de la valeur de la personne individuelle qui est absent chez Bentham⁴² ». Il écrit que les spéculations de Bentham ont parfois « une saveur presque inhumaine ; comme s'il se préoccupait d'animaux ou de machines manipulables et prévisibles – des machines à plaisir et à douleur – plutôt que d'hommes⁴³ ». Il cite Beccaria selon qui « [i]l n'y a pas de liberté toutes les fois que les lois permettent qu'en certaines circonstances l'homme cesse d'être *personne* et devienne *chose*⁴⁴ [...] ». Il explique que, pour Beccaria, « ce qui peut être fait au nom de l'utilité doit être limité par la considération de ce qui est conforme à la dignité humaine⁴⁵ ». Enfin, il prend la défense de Beccaria, car il a compris, à la différence de Bentham, « l'importance morale du fait que l'humanité est divisée en personnes individuelles distinctes⁴⁶ ».

Nous avons choisi de synthétiser ces remarques disséminées à l'aide du principe suivant : nul ne doit être soumis à des peines inhumaines ou dégradantes. Mais qu'entend-on par « peines inhumaines ou dégradantes » ?

Dans « Punishment and the Elimination of Responsibility », Hart explique que le droit traite

38 *PR*, p. 80.

39 *PR*, p. 21.

40 *PR*, p. 183, nos italiques.

41 *LLM*, p. 37-38.

42 *EB*, p. 50.

43 *EB*, p. 50-51.

44 C. Beccaria, *Des délits et des peines*, trad. A. Fontana, X. Tabet, Paris : Gallimard, 2015, §XX, p. 129.

45 *EB*, p. 51.

46 *EB*, p. 52. Sur cette différence entre Bentham et Beccaria, voir également D. Baranger, « Beccaria et le siècle de la législation », in P. Audegean *et alii* (éd.), *Le bonheur du plus grand nombre : Beccaria et les Lumières*, Lyon : ENS éditions, 2017, p. 119-120.

les individus comme des *choses*, et non comme des *personnes*, lorsqu'il ne les traite pas en fonction de leurs choix, de leurs intentions, du caractère volontaire ou involontaire, délibéré ou accidentel de leurs actions⁴⁷.

Quelques années plus tard, en 1968, la même idée fut développée par Morris, le doctorant de Hart, dans « Persons and Punishment ». Morris soutient que chaque être humain, en tant qu'être humain, a le droit d'être traité comme une personne et voici comment il définit le fait d'être traité comme une personne :

On traite un être humain comme une personne pour autant que : premièrement, on permet à la personne de faire des choix qui détermineront son destin ; deuxièmement, nos réactions sont des réactions respectant les choix de la personne. Lorsqu'on réagit à la maladie d'une personne en traitant cette maladie, on ne peut pas dire qu'on traite ou qu'on ne traite pas l'individu comme une personne. Lorsqu'on offre à une personne un cadeau, on ne peut pas dire qu'on la traite ou qu'on ne la traite pas comme une personne, à moins, bien sûr, qu'elle ne veuille pas de ce cadeau, choisisse de le refuser et qu'on la force à l'accepter⁴⁸.

Le problème de cette définition est qu'on peut traiter un individu comme une personne *en ce sens* et, pourtant, lui infliger des peines inhumaines ou dégradantes. Cette définition, chez Hart comme chez Morris, sert surtout à distinguer deux choses : les *peines*, qui doivent être infligées pour une infraction que l'infracteur aurait pu ne pas commettre ; les *mesures*, qui doivent être imposées en raison de la dangerosité d'un individu, *peu importe ses choix*, en vue de le neutraliser ou de le soigner.

Pour comprendre ce qu'est une peine inhumaine ou dégradante, on peut partir du droit positif. En effet, l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme est : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. » L'arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni* a légèrement clarifié le sens de cet article. Le 7 mars 1972, A.M. Tyrer, citoyen du Royaume-Uni, résidant sur l'île de Man, avoua devant le tribunal local pour mineurs avoir agressé et blessé, en compagnie de trois complices, un camarade d'école. Il fut condamné le jour même à trois coups de verge, conformément à la loi. La peine fut exécutée dans un poste de police, en présence de son père. Tyrer fut contraint de baisser son pantalon et

47 *PR*, p. 182-183.

48 H. Morris, « Persons and Punishment », *The Monist*, vol. 52, n° 4, 1968, p. 492-493.

de se courber fesses nues au-dessus d'une table. À cause des coups, sa peau se tuméfia et il éprouva de vives douleurs pendant environ une semaine et demie⁴⁹. L'île de Man, à cette époque, n'avait pas aboli les châtiments corporels : ils étaient populaires et « on les considérait comme une arme de dissuasion contre les voyous visitant l'île en touristes et, plus généralement, comme un moyen de sauvegarder l'ordre public⁵⁰ ».

La Cour jugea qu'il ne s'agissait pas d'une peine *inhumaine*, car la souffrance n'avait pas atteint un niveau suffisant. En revanche, elle jugea qu'il s'agissait bien d'une peine *dégradante*. Pourquoi ? Toute peine, en raison de son caractère infamant, est dégradante. Pour qu'elle soit dégradante *au sens de l'article 3*, « l'humiliation ou l'abaissement dont elle s'accompagne doivent se situer à un niveau particulier et différer en tout cas de l'élément habituel d'humiliation⁵¹ ». Autrement dit, l'humiliation ou l'abaissement doivent atteindre un certain *degré* (difficile à fixer rigoureusement). La publicité, bien qu'elle puisse *contribuer* au caractère dégradant d'une peine, n'est pas nécessaire pour qu'elle soit dégradante : « il peut fort bien suffire que la victime soit humiliée à ses propres yeux, même si elle ne l'est pas à ceux d'autrui⁵². » Pour la Cour, Tyrer fut traité comme un « objet » :

quoique le requérant n'ait pas subi de lésions physiques graves ou durables, son châtiment, consistant à le traiter en *objet* aux mains de la puissance publique, a porté atteinte à ce dont la protection figure précisément parmi les buts principaux de l'article 3 (art. 3) : la dignité et l'intégrité physique de la personne. On ne saurait davantage exclure que la peine ait entraîné des séquelles psychologiques néfastes. Le caractère institutionnalisé de ces violences se combine de surcroît avec l'ensemble de la procédure officielle dont s'accompagnait le châtiment et avec la circonstance que les exécutants étaient entièrement étrangers au délinquant⁵³.

Ainsi, pour la Cour, la question de savoir si une peine est dégradante est essentiellement une question de degré (d'humiliation). Qu'est-ce qu'une peine inhumaine ? Selon la Cour, pour qu'une peine soit qualifiée d'inhumaine, « la souffrance provoquée doit se situer à un niveau particulier⁵⁴ », elle doit causer de vives souffrances physiques et mentales. Ainsi, pour la Cour,

49 Cour européenne des droits de l'homme, Affaire Tyrer c. Royaume-Uni, (Requête n° 5856/72), Arrêt, 25 avril 1978, p. 3-4.

50 Cour européenne des droits de l'homme, Affaire Tyrer c. Royaume-Uni, *art. cit.*, p. 6.

51 Cour européenne des droits de l'homme, Affaire Tyrer c. Royaume-Uni, *art. cit.*, p. 11.

52 Cour européenne des droits de l'homme, Affaire Tyrer c. Royaume-Uni, *art. cit.*, p. 12.

53 Cour européenne des droits de l'homme, Affaire Tyrer c. Royaume-Uni, *art. cit.*, p. 12-13, nos italiques.

54 Cour européenne des droits de l'homme, Affaire Tyrer c. Royaume-Uni, *art. cit.*, p. 11.

la question de savoir si une peine est inhumaine est également une question de degré (de souffrance).

Malheureusement, l'arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni* pose deux problèmes : d'une part, il *réduit* la question de savoir si une peine est dégradante ou inhumaine à une question de degré (d'humiliation ou de souffrance) ; d'autre part, il ne spécifie pas ce degré.

Une analyse plus éclairante, fondée sur le langage ordinaire, se trouve dans « *Inhuman and Degrading Treatment : The Words Themselves* » de Waldron. Sa première thèse est qu'un traitement inhumain (qu'il soit de nature punitive ou non) est un traitement qui ne peut pas être supporté, car il prive la personne le subissant de certains besoins humains fondamentaux, tels que le besoin de dormir, de déféquer, d'uriner, de lumière, d'exercice, de compagnie, etc.⁵⁵ La thèse de Waldron s'accorde avec la définition du *Trésor de la langue française* : est inhumain, en parlant d'une chose, ce qui entrave les besoins, le libre épanouissement de l'être humain (condition, coutume inhumaine, climat, travail inhumain).

Sa deuxième thèse est qu'un traitement dégradant (qu'il soit de nature punitive ou non) est un traitement qui rabaisse la personne le subissant à un rang inférieur. Ainsi, l'idée de traitement dégradant présuppose qu'il existe une hiérarchie entre les êtres : les êtres humains sont supérieurs aux animaux, les animaux sont supérieurs aux choses, etc. S'il n'existait aucune hiérarchie entre les êtres, on ne pourrait pas logiquement être traité de manière dégradante. La thèse de Waldron s'accorde avec la définition du *Dictionnaire historique de la langue française* : *dégradant* vient du latin chrétien *degradare*, c'est-à-dire faire descendre du grade ou, plus spécifiquement, destituer un prêtre ou un évêque.

Waldron donne quatre exemples de traitement dégradant⁵⁶. Premièrement, la bestialisation, c'est-à-dire être traité comme une bête, par exemple être nourri dans une gamelle. Deuxièmement, l'instrumentalisation, c'est-à-dire être traité comme un outil, par exemple être réduit à l'esclavage. Troisièmement, l'infantilisation, c'est-à-dire être traité comme un bébé, par exemple être forcé de porter des couches. Quatrièmement, la diabolisation, c'est-à-dire être traité comme un démon, par exemple être enfermé dans une prison ouverte au public.

55 J. Waldron, « *Inhuman and Degrading Treatment : The Words Themselves* », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 23, n° 2, 2010, p. 280.

56 J. Waldron, « *Inhuman and Degrading Treatment : The Words Themselves* », *art. cit.*, p. 282-283.

Ainsi, une peine inhumaine est une peine qui ne peut être supportée par le condamné, car elle entrave ses besoins fondamentaux, essentiels à son intégrité physique et morale ; une peine dégradante est une peine qui rabaisse le condamné à un rang inférieur. Le bagne pourrait être considéré comme une peine à la fois inhumaine et dégradante.

3. Égalité de traitement : les cas semblables doivent être traités de la même façon.

Une fois que le législateur a exclu les peines inhumaines et dégradantes, une fois qu'il a mis en place une échelle des peines conforme au principe de proportionnalité ordinale, le juge doit prendre le relais. Sa première obligation est de traiter les infracteurs de la même façon s'il n'y a aucune différence pertinente entre eux. Il s'agit d'une exigence de justice. Par exemple, un violeur noir ne doit pas être puni plus sévèrement qu'un violeur blanc, simplement parce qu'il est noir.

Ce principe est très ancien. Dans son *Éthique à Nicomaque*, Aristote affirme que « si des personnes ne sont pas égales, elles ne peuvent obtenir des parts égales⁵⁷ » et vice versa. L'injustice vient de ce que « des parts inégales se trouvent attribuées à des personnes égales⁵⁸ » ou de ce que « des personnes inégales se trouvent en possession de parts égales lors des distributions⁵⁹ ».

Bien sûr, comme l'admet Hart, ce principe ne nous aide pas beaucoup, « n'est pas en mesure de diriger la conduite de façon précise⁶⁰ ». En effet, il n'établit pas quelles différences sont pertinentes ou non : l'importance du dommage causé ? La malveillance de l'infraction ? La dangerosité de l'infracteur ? Les désaccords à ce sujet sont courants : « Des différences fondamentales de conceptions générales aussi bien morales que politiques peuvent conduire à des divergences et à des désaccords insurmontables, quant à savoir quelles sont les particularités des êtres humains qu'il faut considérer comme pertinentes pour pouvoir taxer le

57 Aristote, *Éthique à Nicomaque*, trad. R. Bodéüs, in *Œuvres complètes*, Paris : Flammarion, 2014, 1131a20, p. 2079.

58 Aristote, *Éthique à Nicomaque*, *op. cit.*, 1131a20, p. 2079.

59 Aristote, *Éthique à Nicomaque*, *op. cit.*, 1131a20, p. 2079.

60 *CL*, trad. fr., p. 177.

droit d'injuste⁶¹. » En outre, ce principe n'établit pas de quelle façon les infracteurs doivent être traités, c'est-à-dire quelle doit être la nature de leur peine : doit-on les condamner à de la prison ? À une amende ? Doit-on les gracier ? Là encore, les désaccords à ce sujet sont très courants.

Ce principe est formel : il stipule seulement que si un infracteur est traité d'une certaine manière, les autres infracteurs doivent être traités de la même manière, à moins qu'il n'y ait une différence pertinente entre eux. On peut même aller plus loin : si un infracteur est traité d'une certaine manière, les autres infracteurs ont *droit* à être traités de la même manière, à moins qu'il n'y ait une différence pertinente entre eux. Comme l'écrit Hart : « les êtres humains sont en droit de bénéficier du même traitement et [...] la justification de différences de traitement requiert davantage qu'une simple référence aux intérêts d'autrui⁶². » L'égalité de traitement est un droit moral⁶³.

Bien qu'il soit formel, ce principe n'est pas « normativement inerte⁶⁴ ». En effet, « le précepte que des décisions semblables soient prises dans des cas semblables limite sérieusement le pouvoir de décision des juges et des autres responsables. Le précepte les force à justifier les distinctions qu'ils font entre les personnes [...] »⁶⁵. » Une des conséquences de ce principe est que les différences de traitement doivent être justifiées par l'autorité judiciaire. Si un violeur noir est puni plus sévèrement qu'un violeur blanc, il a droit à des explications, et si on ne lui donne pas d'explications, il est en droit de contester la décision. En d'autres termes, les tribunaux ont l'obligation de motiver les peines prononcées. En France, il y a encore peu de temps, la cour d'assises avait l'obligation de motiver uniquement sa déclaration de culpabilité. Cependant, le 2 mars 2018, le Conseil constitutionnel a jugé que l'interdiction de la

61 *CL*, trad. fr., p. 179. Toutefois, Hart concède que dans la plupart des communautés modernes, si les meurtriers appartenant à l'Église dominante étaient exemptés de la peine capitale ou si les agressions contre les personnes de couleur étaient punies moins sévèrement que celles contre les blancs, ces lois ou décisions seraient condamnées comme injustes.

62 *CL*, trad. fr., p. 218. Voir aussi : « The general principle latent in these diverse applications of the idea of justice is that individuals are entitled in respect of each other to a certain relative position of equality or inequality. » (*CL*, p. 159) Ou encore : « Indeed so deeply embedded in modern man is the principle that *prima facie* human beings are entitled to be treated alike that almost universally where the laws do discriminate by reference to such matters as colour and race, lip-service at least is still widely paid to this principle. » (*CL*, p. 162.)

63 « Toutes les personnes sont estimées avoir un *droit* à l'égalité de traitement, sauf lorsqu'on reconnaît qu'il y a quelque avantage pour la société à pratiquer l'inverse. » (J.S. Mill, *L'utilitarisme & Essai sur Bentham*, trad. C. Audard, P. Thierry, 2^e édition, Paris : P.U.F., 2009, p. 141.)

64 J'emprunte cette expression à J. Gardner, « Legal Positivism : 5½ Myths », *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, n° 1, 2001, p. 202-203.

65 J. Rawls, *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Paris : Éditions Points, 2009, §38, p. 274.

motivation par la cour d'assises de la peine prononcée était anticonstitutionnelle, car contraire aux articles 7, 8 et 9 de la Déclaration de 1789⁶⁶. Désormais, la cour d'assises doit énoncer, dans la feuille de motivation, les éléments qui l'ont convaincue dans le choix de la peine.

Le collègue de Hart, A.R.N. Cross, pensait que l'exposé des raisons était inutile. Mais, selon Hart, « d'autres ont depuis lors soutenu avec force que ce n'est qu'en obligeant les juges à exposer leurs raisons (*articulate their reasons*), y compris les jugements moraux qui influencent leur sentence, que nous aurons une chance de bien comprendre les principes et les préférences sur lesquels se fonde leur *sentencing*⁶⁷. » Ce que Hart oublie de dire est que l'exposé des raisons est non seulement utile (par exemple aux chercheurs), mais également *dû* aux infracteurs (lorsqu'ils sont traités différemment).

4. Individualisation de la peine : les peines doivent être individualisées sans dépasser le maximum légal.

Pour Hart, le choix de la peine doit être guidé par l'objectif de réduction du crime (*reduction of crime*) tout en respectant le maximum légal proportionnel. Une combinaison proche est mentionnée à la fin de la postface de *Punishment and Responsibility* : « de nombreuses personnes se réclamant du rétributivisme considèrent que l'adéquation au crime consiste à fixer un maximum à l'intérieur duquel les peines jugées les plus susceptibles d'empêcher la répétition du crime par l'infracteur ou d'autres personnes doivent être choisies⁶⁸. »

Selon Hart, les juges anglais ont tendance à raisonner en termes de mérite ou de « juste dû » et non en termes de réduction du crime. Il le déplore. Il est naturel que les juges raisonnent ainsi, puisqu'ils ne connaissent pas, en général, les conditions sociales et la psychologie des criminels, puisqu'ils ont rarement reçu une formation criminologique et pénologique. Cependant, « bien que cela soit naturel, il ne s'ensuit pas qu'il devrait en être ainsi⁶⁹ ». Hart est très critique à l'égard du *sentencing* tourné vers le passé :

Il y a, pour les esprits modernes, quelque chose d'obscur et de difficile dans l'idée que nous

66 Décision n° 2017-694 QPC du 2 mars 2018, M. Ousmane K. et autres [Motivation de la peine dans les arrêts de cour d'assises].

67 H.L.A. Hart, « Arthur Rupert Neale Cross, 1912-1980 », *art. cit.*, p. 427.

68 *PR*, p. 237.

69 *PR*, p. 169.

devrions penser, lorsque nous choisissons la peine, à une relation intrinsèquement juste avec la malveillance de l'acte du criminel, au lieu de penser à l'effet de la peine sur la société et sur le criminel. [...] les notions obscures de correspondance, d'équivalence ou de proportion à l'acte commis semblent orienter inutilement nos pensées dans la mauvaise direction. Même Platon pensait qu'il était irrationnel de se retourner vers l'acte passé (sauf en tant que symptôme indiquant ce qui peut guérir ou prévenir)⁷⁰.

Contre Cross qui soutient que l'infliction d'une peine conforme au juste dû est justifiée, même si elle est plus sévère que ce qui est requis pour la réduction du crime, Hart soutient qu'infliger une peine au-delà de ce qui est requis pour la réduction du crime, c'est se prendre pour Dieu⁷¹. Il déclare à plusieurs reprises dans *Punishment and Responsibility* que rien ne peut justifier que nous ayons recours à des peines plus sévères que ce qu'exige l'objectif (tourné vers l'avenir) de réduction du crime⁷².

Il y a donc deux sortes de maximum. Le juge doit rester en dessous du maximum utilitariste et si le maximum utilitariste exige d'aller au-delà du maximum légal proportionnel, le juge doit rester en dessous de ce dernier : « la position utilitariste, pour être plausible, doit être considérée comme une revendication concernant les limites extérieures de la peine ; comme fixant un maximum au-delà duquel la peine n'est pas justifiée⁷³. »

Cependant, il est bien connu que l'objectif de réduction du crime est ambigu : la peine doit-elle viser la prévention de la récidive (prévention spéciale) ou la prévention des *first offences* (prévention générale) ? Ces deux sous-objectifs peuvent entrer en conflit :

Les sanctions que nous estimons nécessaires pour maintenir au maximum la conformité à la loi peuvent transformer l'infacteur auquel elles sont appliquées en un ennemi endurci de la société ; tandis que l'utilisation de mesures réformatrices peut diminuer l'efficacité et l'exemplarité de la peine sur les autres⁷⁴.

⁷⁰ PR, p. 163.

⁷¹ H.L.A. Hart, « Arthur Rupert Neale Cross, 1912-1980 », *art. cit.*, p. 424. Comparer avec Mill : « il n'est pas juste, du moins pour l'être humain, d'infliger à son semblable, quelles que soient ses fautes, une quantité de souffrance supérieure à celle qui suffirait à le détourner de récidiver et à empêcher d'autres d'imiter sa mauvaise conduite. » (J.S. Mill, *L'utilitarisme & Essai sur Bentham*, *op. cit.*, p. 130.)

⁷² PR, p. 81, p. 172.

⁷³ PR, p. 79-80. Voir aussi : « [Utilitarianism] exclude degrees of severity which are useless in the sense that they do no more to secure or maintain a higher level of law-observance or any other valued result than less severe penalties. » (PR, p. 15.)

⁷⁴ PR, p. 27.

Faut-il choisir des peines qui empêcheront la récidive du coupable (au risque de ne plus intimider les imitateurs potentiels) ou alors choisir des peines qui intimideront les imitateurs potentiels (au risque de détruire le coupable) ? Dans une note, Hart fait une concession à Wootton : « puisque nous connaissons si peu l'effet de la punition des coupables sur les infracteurs potentiels, nous devrions normalement accorder la priorité, dans le choix de la peine, à l'effet probable d'une décision particulière sur l'infracteur⁷⁵. » Or, qui dit priorité de la prévention spéciale, dit individualisation de la peine : les peines doivent être adaptées à l'individu pour prévenir sa récidive. Cependant, même s'il faut accorder la priorité à la prévention spéciale, on ne doit pas pour autant oublier la prévention générale. Par exemple, si un procès est très médiatisé, nous pouvons infliger une peine très sévère (bien qu'inférieure au maximum légal) afin de marquer les esprits. Il s'agit d'une entorse à l'égalité de traitement sur laquelle nous revenons plus bas.

L'individualisation de la peine est bien sûr une tâche difficile : « nous avons besoin de toutes les ressources de la raison, de l'expérience et de la science ; nous ne pouvons pas ici être guidés par nos intuitions ; nous ne pouvons pas savoir en regardant seulement ce que le criminel a fait ce qui devrait lui être fait⁷⁶. » Elle nécessite de former scientifiquement les juges⁷⁷. Cependant, l'expertise criminologique et pénologique ne suffit pas. Il faut également faire preuve de jugement :

la tâche de la détermination de la peine dans les affaires pénales est celle qui semble exiger le plus manifestement du juge l'exercice du jugement moral. Ici, les facteurs à prendre en considération semblent clairement être des facteurs moraux : la société ne doit pas être exposée à des agressions gratuites ; la personne condamnée ou ses proches ne doivent pas subir un sort trop misérable ; on doit faire des efforts pour lui permettre de mener une vie meilleure et de retrouver une position dans la société dont elle a violé les lois. Lorsqu'un juge doit trouver l'équilibre entre ces exigences, avec toute la latitude et les perplexités que cela implique, sa tâche semble être un exemple aussi clair que possible de l'exercice du jugement

⁷⁵ PR, p. 241.

⁷⁶ PR, p. 160.

⁷⁷ « it is still necessary and salutary in England to plead [...] for more whole-hearted recognition of the obvious implications of a sentencing policy aimed primarily at the prevention of crime. Certainly if the responsibility for sentencing is to be left to the courts the efficiency of judicial sentencing should be improved by the provision of both some instruction in penology and as much relevant information as the still imperfect prediction studies and the follow-up of particular case-histories can provide. » (H.L.A. Hart, « Review : Barbara Wootton, *Crime and the Criminal Law* », *The Yale Law Journal*, vol. 74, n° 7, 1965, p. 1326-1327.)

moral ; et elle semble être le contraire de l'application mécanique d'un tarif des peines imposant une peine sans tenir compte des exigences morales qui, dans notre système, doivent être pesées. Ainsi, une décision intelligente et rationnelle est ici guidée, quoique de manière incertaine, par des objectifs moraux⁷⁸.

L'individualisation de la peine est-elle contraire à l'égalité de traitement ? Hart ne le pense pas : « on a le sentiment qu'elle [= l'égalité de traitement] n'est pas respectée lorsque la raison pour laquelle on punit différemment ceux qui sont coupables du même crime *n'est ni une caractéristique personnelle de l'infracteur liée à la commission du crime, ni l'effet de la peine sur lui*⁷⁹. »

Si un infracteur a un emploi stable et une famille, c'est une différence pertinente par rapport à un infracteur qui est sans emploi et qui n'a pas de famille ; si un infracteur n'a pas besoin d'être sévèrement puni pour cesser d'enfreindre la loi, c'est une différence pertinente par rapport à un infracteur qui doit être sévèrement puni pour cesser d'enfreindre la loi. En vérité, comme l'explique Saleilles, l'égalité que réclame la justice n'est pas « même infraction, même peine » :

l'égalité que réclame la justice, c'est l'égalité de souffrances pour une manifestation de criminalité identique. Or, quelle proportion pouvait-on établir, à ce point de vue, entre l'impression du récidiviste, habitué à la prison, depuis longtemps étranger à tous les sentiments que peut faire surgir une première condamnation, et celle du condamné primaire, qui éprouve à ce premier contact tout ce que l'on peut subir de cruel au cœur⁸⁰ [...] ?

II. La justification des principes de Hart concernant la qualité et le quantum de la peine

⁷⁸ *EJP*, p. 70. On notera que le programme de Hart est proche de celui du *Model Penal Code* puisque les principes gouvernant le *sentencing* dans ce dernier sont : prévenir la commission d'infractions ; favoriser la correction et la réhabilitation des infracteurs ; protéger les infracteurs contre des peines excessives, disproportionnées ou arbitraires ; donner un avertissement équitable (*fair warning*) sur la nature des peines qui peuvent être imposées ; établir des distinctions entre les infracteurs en vue d'une juste individualisation de leur traitement ; promouvoir l'utilisation de méthodes et de connaissances scientifiques généralement acceptées dans la détermination de la peine et le traitement des infracteurs, etc. (cf. *Model Penal Code : Official Draft and Explanatory Notes*, Philadelphie : The American Law Institute, 1985, article 1, section 1.02, p. 2-3).

⁷⁹ *PR*, p. 24, nos italiques.

⁸⁰ R. Saleilles, *L'individualisation de la peine : étude de criminalité sociale*, 3^e édition, Paris : F. Alcan, 1927, p. 57.

Maintenant que nous avons clarifié la signification des principes défendus par Hart concernant la qualité et le quantum de la peine, nous pouvons examiner leur justification. Ces principes peuvent-ils être justifiés à l'aide d'arguments utilitaristes ou doivent-ils être justifiés, comme la règle de responsabilité de Hart, à l'aide d'arguments pluralistes ?

1. La justification de la proportionnalité ordinale

Justifier la proportionnalité ordinale veut dire au moins deux choses : justifier l'existence de peines maximales et justifier leur gradation en fonction de la gravité de l'infraction.

a) Pourquoi des peines maximales ?

Dans « Two Concepts of Rules », Rawls soutient que la peine fonctionne comme un système de prix (*price system*) : « en modifiant le prix à payer pour certaines actions, elle fournit un motif d'éviter certaines actions et d'en accomplir d'autres⁸¹. » Il explique ensuite que si les peines encourues étaient indéterminées, la peine « aurait à peu près autant de sens qu'un système de prix (si on peut l'appeler ainsi) dans lequel les prix changeraient au hasard du jour au lendemain et dans lequel on apprendrait le prix d'une chose après avoir accepté de l'acheter⁸² ». Bentham lui-même pensait qu'une peine douteuse du point de vue de sa qualité ou de sa quantité était une peine inefficace. Dans le chapitre de *The Rationale of Punishment* consacré à la latitude à laisser aux juges, il écrit : « Plus l'échelle des peines est rendue certaine, plus tous les membres de la communauté sont en mesure de savoir à quoi s'attendre. C'est la peur de la punition, dans la mesure où elle est connue, qui prévient la commission du crime. Une punition incertaine sera donc incertaine dans ses effets⁸³ [...]. »

Toutefois, une étude de Baker, Harel et Kugler (s'inscrivant dans le cadre de l'analyse économique du droit⁸⁴) a montré que l'imprévisibilité de la peine encourue pouvait être plus

81 J. Rawls, « Two Concepts of Rules », *The Philosophical Review*, vol. 64, n°1, 1955, p. 12.

82 J. Rawls, « Two Concepts of Rules », *art. cit.*, p. 12.

83 J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, *op. cit.*, p. 411.

84 « L'analyse économique du droit consiste à utiliser les outils et critères de jugement des économistes afin d'étudier des questions relevant de la sphère juridique. Il s'agit d'analyser la manière dont les agents économiques appréhendent l'environnement juridique, afin de comprendre l'émergence des règles de droit et d'évaluer leur pertinence. » (Y. Gabuthy, « Analyse économique du droit : présentation générale », *Économie et prévision*, vol. 202-203, 2013, p. I.) Elle est née dans les années 1950, lorsque l'économie s'est intéressée aux disciplines relevant de la sphère non marchande. L'article précurseur de l'analyse économique du droit pénal est « Crime and Punishment : An Economic Approach » (1968) de Gary Becker. Dans cet article,

dissuasive que la *prévisibilité*. Les auteurs ont réalisé une expérience dans laquelle les sujets avaient le choix entre deux options : A) repartir avec la récompense promise pour leur participation à l'expérience, à savoir 8 dollars ; B) recevoir 6 dollars supplémentaires avec le risque de se « faire attraper » et de payer une amende. Dans certains cas, le prix de l'amende était certain, dans d'autres cas, il était incertain ou très incertain (par exemple, il était compris entre 7 et 15 dollars)⁸⁵. Un des résultats de l'expérience est que plus le prix de l'amende est incertain, moins l'option B est choisie⁸⁶. Selon les auteurs, ces résultats peuvent en partie être expliqués par l'aversion à l'ambiguïté (c'est-à-dire au manque d'information)⁸⁷. Ces résultats sont assez intuitifs : si je sais que le pire qui puisse m'arriver en cas d'infraction, c'est 5 000 euros d'amende, je prendrai peut-être le risque ; si je *ne* sais *pas* ce qui peut m'arriver en cas d'infraction, si tout est possible, je ne prendrai peut-être pas le risque⁸⁸.

Les auteurs soutiennent que le droit pénal devrait exploiter les vertus dissuasives de l'incertitude, jouer sur l'aversion à l'ambiguïté. Ils recommandent, en retournant l'argument de Bentham contre lui-même, d'étendre le pouvoir discrétionnaire des juges⁸⁹. Ils rappellent que Rudolph Giuliani, lorsqu'il était procureur fédéral du district sud de New York, avait créé une espèce de « loterie pénale » pour faire baisser la criminalité : il y avait un jour dans la semaine, tiré au sort, où tous les trafiquants arrêtés étaient traduits devant un tribunal fédéral et était condamnés, de ce fait, à des peines plus lourdes⁹⁰.

Becker affirme que son approche n'est pas nouvelle, qu'il s'efforce de ressusciter, de moderniser et d'améliorer les travaux de Beccaria et de Bentham qui, selon lui, ont explicitement utilisé un calcul économique.

85 T. Baker, A. Harel, T. Kugler, « The Virtues of Uncertainty in Law : An Experimental Approach », *Faculty Scholarship*, n° 701, 2004, p. 457.

86 T. Baker, A. Harel, T. Kugler, « The Virtues of Uncertainty in Law : An Experimental Approach », *art. cit.*, p. 462-464.

87 T. Baker, A. Harel, T. Kugler, « The Virtues of Uncertainty in Law : An Experimental Approach », *art. cit.*, p. 466. D. Ellsberg a montré en 1961 que si on présentait à des sujets deux urnes contenant 100 balles rouge ou noires, une première urne ambiguë dans laquelle la proportion de chaque couleur est inconnue, une deuxième urne certaine dans laquelle la proportion est 50/50, et si on leur demandait quelle était l'urne d'où sortirait une boule rouge, alors ils pariaient de préférence sur l'urne certaine et évitaient l'urne ambiguë.

88 Dans le même sens : « dans le système des sentences indéterminées, l'indétermination même de la mesure constitue une menace beaucoup plus redoutée qu'une peine fixe [...]. M. Norval Morris, à propos de cet effet intimidant, écrit que les techniques réformatrices avec, pour corollaire, la peine individualisée et l'abandon de la tarification légale (par quoi le délinquant peut mesurer avec une exactitude raisonnable la peine appliquée en cas de condamnation) auront finalement pour effet de renforcer l'intimidation que la peine peut exercer sur la Société et le criminel : "frequently it is the unpredictable quality of punishment that conditions its deterrent force" [...]. » (M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 2^e édition, Paris : Cujas, 1966, p. 344, note 20.)

89 T. Baker, A. Harel, T. Kugler, « The Virtues of Uncertainty in Law : An Experimental Approach », *art. cit.*, p. 471.

90 T. Baker, A. Harel, T. Kugler, « The Virtues of Uncertainty in Law : An Experimental Approach », *art. cit.*, p. 472. Sur ce point, voir également D.H. Husak, *Overcriminalization : The Limits of the Criminal Law*, Oxford : Oxford University Press, 2008, p. 28.

Ainsi, les peines maximales ne sont pas nécessairement impliquées par l'utilitarisme. En revanche, on trouve chez Hart les ressources pour justifier leur existence.

Dans « Legal Responsibility and Excuses », Hart fait comme Rawls une « analogie mercantile⁹¹ » : au lieu de considérer le droit pénal comme « un système de stimuli⁹² » (*stimuli system*), nous devons le considérer comme un « système de choix⁹³ » (*choosing system*) dans lequel les individus peuvent connaître à l'avance le prix qu'ils auront à payer s'ils agissent de telle ou telle manière. Il serait impossible de faire cette analogie mercantile s'il n'y avait pas de peines maximales spécifiant le pire qui puisse nous arriver.

Si on veut traiter les individus, y compris les infracteurs potentiels, comme des agents autonomes, il est nécessaire d'établir des peines maximales : le droit pénal doit « guider les choix des individus concernant leur comportement en leur donnant des raisons d'exercer un choix dans le sens de l'obéissance, mais en les laissant libres de choisir⁹⁴ ». Grâce aux peines maximales, l'individu « peut estimer ce qu'il lui coûtera d'obéir à la loi et de renoncer à une certaine satisfaction, ou d'obtenir cette satisfaction quitte à en payer le prix⁹⁵ ». Grâce aux peines maximales, « le droit pénal respecte les aspirations de l'individu en tant que tel, ou du moins en tant qu'être se définissant par ses choix (*choosing being*), et distribue ses sanctions coercitives d'une manière qui reflète ce respect pour l'individu⁹⁶ ».

Sans les peines maximales, « notre pouvoir de prédiction de ce qui nous arrivera serait considérablement diminué⁹⁷ ». En d'autres termes, nous aurions moins de liberté, comprise comme l'opinion qu'on a de sa sûreté.

Enfin, nous devons être suffisamment avertis (*fair warning*) concernant la peine encourue en cas d'infraction. La « loterie pénale » est injuste⁹⁸, car il est injuste de menacer quelqu'un de

91 *PR*, p. 44.

92 *PR*, p. 44.

93 *PR*, p. 44.

94 *PR*, p. 44.

95 *PR*, p. 47.

96 *PR*, p. 49.

97 *PR*, p. 47.

98 « we may punish only people who have faced the threat of punishment ; justice requires giving people advance warning that they face a penalty for certain acts. This is a basic element of due process and legality. » (E.I. Kelly, *The Limits of Blame*, *op. cit.*, p. 133.)

le punir sans préciser la nature et le quantum de la peine (« Vous auriez pu nous prévenir que la peine était si sévère ! »).

Autonomie, liberté, justice : trois valeurs auxquelles Hart est attaché et que le système pénal honore en fixant, au moins approximativement, le prix à payer pour tel type d'infraction.

b) Pourquoi la proportionnalité ordinale ?

Dans cette sous-partie, nous procéderons en trois temps. Dans un premier temps, nous étudierons la position de Bentham concernant la proportionnalité ordinale. Dans un deuxième temps, nous analyserons la critique de la justification utilitariste de la proportionnalité ordinale. Dans un troisième temps, nous examinerons les arguments de Hart.

i) Bentham

Selon Bentham, plus une infraction est dommageable ou tend à produire des dommages, plus elle doit être punie sévèrement. Quelle que soit la peine encourue pour cinq coups de poing, la peine encourue pour dix coups de poing doit lui être supérieure⁹⁹. Cette règle n'a rien d'original puisqu'on la trouve déjà formulée chez Montesquieu¹⁰⁰ ou chez Beccaria¹⁰¹. Là où Bentham innove, c'est au niveau de sa théorie du dommage : comment déterminer qu'un acte est plus dommageable qu'un autre ?

Selon Bentham, il faut distinguer dans le dommage d'un acte deux parcelles : le dommage primaire (subi par un ou plusieurs individus identifiables) et le dommage secondaire (subi par la communauté entière ou une partie de celle-ci). Le dommage primaire et le dommage secondaire se divisent eux aussi en deux parcelles. Le dommage primaire comprend le dommage originel (subi par la ou les victimes *directes*) et le dommage dérivé (subi par la ou les victimes *indirectes*). Le dommage secondaire comprend l'alarme (l'appréhension de subir

99 L'exemple est donné par Bentham lui-même (cf. J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, trad. du Centre Bentham, Paris : J. Vrin, 2011, chapitre XIV, p. 207, note k).

100 « C'est un grand mal, parmi nous, de faire subir la même peine à celui qui vole sur un grand chemin, et à celui qui vole et assassine. Il est visible que, pour la sûreté publique, il faudrait mettre quelque différence dans la peine. » (Montesquieu, *L'esprit des lois*, Paris : Lavigne, 1845, livre VI, chapitre XVI, p. 64.)

101 « Il est non seulement de l'intérêt commun qu'on ne commette pas de délits, mais qu'ils soient plus rares à proportion du mal qu'ils causent à la société. Ainsi, les obstacles qui écartent les hommes des délits doivent être plus forts à mesure qu'ils sont contraires au bien public [...]. » (C. Beccaria, *Des délits et des peines*, op. cit., §VI, p. 84-85.)

le dommage primaire) et le danger (le risque de subir le dommage primaire)¹⁰².

Imaginons que quelqu'un vous attaque sur la route et vous vole votre argent et votre voiture.

On peut représenter le dommage de cet acte à l'aide du tableau suivant :

Dommage occasionné par un vol avec violence			
Dommage primaire		Dommage secondaire	
Dommage originel	Dommage dérivé	Alarme	Danger
Vous avez perdu votre argent et votre voiture. Vous avez subi de mauvais traitements et vous êtes sous le choc.	Vous ne pouvez plus rejoindre la personne avec qui vous aviez rendez-vous, qui s'est déplacée pour rien. Vous ne pouvez plus payer votre loyer au propriétaire, qui aurait besoin de cet argent.	Ce fait divers fait la une de la presse régionale. Les gens qui empruntent cette route tous les jours ont peur d'être attaqués et d'être victimes à leur tour.	La police est corrompue et prend sa part du butin. Les gens qui empruntent cette route courent réellement le risque d'être attaqués.

Le dommage d'un vol avec violence, aussi complexe soit-il, n'est selon Bentham qu'un agrégat de douleurs diverses et variées : douleurs d'appréhension, douleurs de privation, douleurs de déception, etc. Même le danger « n'est que le risque de la douleur, ou de la perte de plaisir, ce qui revient au même¹⁰³ ».

Maintenant, comment expliquer qu'on punisse moins sévèrement un coup de pied involontaire qu'un coup de pied prémédité, alors que dans les deux cas, à première vue, le dommage est le même ? Selon Bentham, un coup de pied involontaire est bien moins dommageable qu'un coup de pied prémédité. En effet, un coup de pied involontaire n'occasionne aucun dommage secondaire : il ne crée aucune alarme, aucun danger. Que craindre d'une personne ayant fait du mal involontairement, sans négligence ? Un coup de pied prémédité, en revanche, inquiète la communauté et contribue à en produire d'autres

102 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, op. cit., chapitre XII, §i, p. 177-178.
Comme le fait remarquer Bentham, il peut y avoir de l'alarme alors qu'il n'y a pas de danger et, inversement, il peut ne pas y avoir d'alarme alors qu'il y a du danger.

103 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, op. cit., chapitre XII, §5, p. 178.

(mauvais exemple, vengeance, etc.)¹⁰⁴.

De la même façon, un acte de violence commis dans le but de voler doit être puni plus sévèrement qu'un même acte de violence commis dans le but de se venger, car le premier acte de violence est plus dommageable que le second. En effet, le risque de récidive (et donc le risque de la douleur) est beaucoup plus grand dans le premier cas que dans le second : « Personne n'est constamment furieux. Mais, à tout moment, tout homme aime plus ou moins l'argent¹⁰⁵. »

Ainsi, contrairement à ce qu'on pourrait croire, Bentham *tient compte* de l'état d'esprit de l'agent dans la gradation des peines, car il faut punir à hauteur du dommage produit et le dommage produit par un acte varie en fonction de l'état d'esprit dans lequel il a été commis¹⁰⁶.

Quel est le fondement du principe de proportionnalité ordinale ? Selon Bentham, il s'agit d'un corollaire de l'objectif du législateur utilitariste qui est d'inciter l'individu « à commettre une infraction *moins* dommageable *plutôt* qu'une *plus* dommageable, en d'autres termes, de choisir toujours, entre deux infractions qui serviront également ses desseins, la *moins* dommageable¹⁰⁷ ».

Imaginons qu'un cambrioleur ait le choix entre 1° tuer une personne puis la cambrioler et 2° menacer une personne puis la cambrioler. Si les deux crimes sont punis de la même façon, alors il est plus « rationnel » de tuer la personne que de la menacer, puisqu'on supprime de cette manière un témoin gênant et on réduit le risque de se faire désarmer. Si le vol avec violence est puni plus sévèrement que le vol sans violence, on incite le voleur, selon Bentham, à préférer le vol sans violence. On pourrait faire une analogie avec les salaires¹⁰⁸ : si on rétribue un travail difficile et nécessitant de longues études, par exemple médecin généraliste, de la même façon qu'un travail moins difficile et nécessitant peu d'études, par exemple surveillant de parking, la société risque d'être en pénurie de médecins généralistes.

104 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, op. cit., chapitre XII, §ii, p. 187-189.

105 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, op. cit., chapitre XII, p. 191, note q.

106 H.L.A. Hart, « Bentham's Principle of Utility and Theory of Penal Law », in J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford : Oxford University Press, 2005, p. cv.

107 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, op. cit., chapitre XIV, §4, p. 203.

108 Analogie que Bentham nous encourage à faire : « Il faut observer que les règles de la punition peuvent être, avec peu de changements, appliquées aux récompenses [...]. » (J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, op. cit., chapitre XIV, p. 204, note b.)

ii) Critique de Bentham

Après avoir présenté l'interprétation de Bentham du principe de proportionnalité, Hart écrit :

La tendance générale de l'interprétation utilitariste complexe de Bentham de la proportionnalité des peines, y compris le fait qu'il prévoie soigneusement des peines moins sévères pour inciter à commettre une infraction moins grave plutôt qu'une infraction plus grave, était résolument humaine en ceci qu'elle préconisait une sévérité bien moindre que la plupart des systèmes juridiques de son époque. Néanmoins, son argument conduit, par moments, à des conclusions que peu de gens accueilleraient favorablement, même parmi ceux qui partageaient ses objectifs de réforme et s'opposaient autant que lui à ce que de simples estimations ou intuitions concernant la malveillance morale d'une infraction déterminent la sévérité de la peine¹⁰⁹.

Dans ce qui suit, nous allons voir pourquoi l'argumentaire de Bentham a des implications que peu de gens accueilleraient favorablement.

1° Hart insiste sur le fait que le principe de proportionnalité ordinaire, pour les utilitaristes, est : « si un type de crime cause davantage de souffrance qu'un autre, alors une sanction plus importante *peut* être utilisée, *si nécessaire*, pour le réprimer¹¹⁰. » Le problème est que, justement, ce n'est pas toujours nécessaire : « on fait souvent remarquer qu'il n'est peut-être pas nécessaire de prévoir une peine plus lourde pour dissuader un meurtrier qu'un voleur¹¹¹ [...]. » En effet, un des rares acquis des recherches empiriques réalisées au sujet de la dissuasion générale est que ce qui dissuade n'est pas tellement la sévérité de la peine, mais plutôt la certitude de l'arrestation (*certainty of apprehension*)¹¹².

Dans *Economic Analysis of Law*, Posner explique que, malgré son admiration pour Bentham¹¹³, le principe de « dissuasion marginale¹¹⁴ » (selon lequel il faut inciter les individus

109 H.L.A. Hart, « Bentham's Principle of Utility and Theory of Penal Law », *art. cit.*, p. cv.

110 *PR*, p. 15, nos italiques.

111 *PR*, p. 237.

112 D.S. Nagin, « Deterrence in the Twenty-First Century », *Crime and Justice*, vol. 42, n° 1, 2013, p. 201-202.

113 Posner affirme que Beccaria et Bentham ont réalisé d'importants travaux sur les aspects économiques du droit pénal et qu'encore aujourd'hui leurs œuvres méritent d'être lues (cf. R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 3^e édition, Boston : Little, Brown, 1986, p. 20, note 2).

114 R. Posner, *Economic Analysis of Law*, *op. cit.*, p. 208.

à choisir entre deux infractions la moins grave) n'est peut-être pas si important que cela du point de vue de l'analyse économique du crime.

Premièrement, même si toutes les infractions étaient punies exactement de la même façon, par exemple par une amende de 10 000 euros, on pourrait préserver la dissuasion marginale en jouant sur la probabilité, c'est-à-dire en diminuant l'incertitude pour les infractions graves (par exemple, les atteintes aux personnes) et en augmentant l'incertitude pour les infractions peu graves (par exemple, les infractions au code de la route)¹¹⁵.

Deuxièmement, mieux vaut un tarif unique qui empêche toutes les infractions qu'un tarif différencié qui empêche seulement les plus graves d'entre elles¹¹⁶. Bentham semble en être conscient puisqu'il affirme que c'est seulement *au cas où* on ne peut pas empêcher toutes les infractions qu'il faut punir plus sévèrement les infractions les plus graves¹¹⁷.

Troisièmement, imaginons que l'État veuille réduire le nombre de meurtres commis lors d'un vol. Une solution serait de condamner à perpétuité tous les voleurs. Certes, on violerait le principe de dissuasion marginale ; certes, la fréquence de vols violents serait plus élevée ; mais il y aurait aussi, *dès le départ*, beaucoup moins de vols et, de ce fait, beaucoup moins de meurtres commis lors d'un vol¹¹⁸.

Posner conclut que « peut-être que la dissuasion marginale ne devrait pas être un facteur très important dans l'élaboration d'un planning des pénalités¹¹⁹ ».

On peut signaler deux difficultés supplémentaires. Lorsque Bentham soutient que plus une infraction est dommageable ou tend à produire des dommages, plus elle doit être punie sévèrement, il est difficile de savoir s'il envisage l'infraction *isolément* ou *globalement*. La conduite dangereuse, si on la considère *isolément*, est moins dommageable que le meurtre. Toutefois, comme le note Wootton, si on la considère *globalement*, elle est plus dommageable que le meurtre (ou au moins aussi dommageable que le meurtre, si on tient compte du fait

115 R. Posner, *Economic Analysis of Law*, op. cit., p. 208, note 2.

116 R. Posner, *Economic Analysis of Law*, op. cit., p. 208.

117 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, op. cit., chapitre XIV, §3-4, p. 203.

118 R. Posner, *Economic Analysis of Law*, op. cit., p. 208.

119 « Maybe, then, marginal deterrence should not be a very important factor in the design of a schedule of penalties. » (R. Posner, « An Economic Theory of the Criminal Law », *Columbia Law Review*, vol. 85, n° 6, 1985, p. 1208.)

qu'elle crée moins de dommages secondaires). En effet, en 1961, 299 personnes ont été condamnées en Angleterre pour conduite dangereuse ayant causé la mort, soit cinq fois plus que celles condamnées pour meurtre¹²⁰. On retrouve la même ambiguïté lorsqu'on affirme, par exemple, que *le* moustique est plus dangereux que *le* requin. Un homme court moins de risques face à un moustique que face à un requin. Toutefois, chaque année, les moustiques causent beaucoup plus de morts que les requins en raison de leur nombre. C'est la raison pour laquelle il est plus rationnel de lutter énergiquement contre les moustiques que contre les requins. Ainsi, deux paramètres sont à prendre en compte : d'une part, les dommages que cause une infraction, d'autre part, la *fréquence* de cette infraction. Or, ce qui compte, d'un point de vue benthamien, ce sont les dommages d'une infraction envisagée globalement, par exemple le nombre de morts qu'elle cause chaque année. Dès lors, puisque la conduite dangereuse est au moins aussi dommageable que l'homicide, il faudrait la punir au moins aussi sévèrement que l'homicide.

Dernière difficulté. Selon Bentham, l'incertitude doit être compensée par la sévérité¹²¹ : si j'ai dix chances sur dix d'être arrêté et puni, une amende de 100 euros suffit à me dissuader, mais si j'ai seulement une chance sur dix d'être arrêté et puni, il faut augmenter l'amende pour me dissuader. Le problème est que ce principe de compensation de l'incertitude par la sévérité est en concurrence avec le principe de proportionnalité ordinale. Voyons pourquoi. De façon générale, le taux d'élucidation pour le cambriolage est très faible (moins de 10 %) et le taux d'élucidation pour l'homicide est très élevé (autour de 90 %). En application du principe de proportionnalité ordinale, il faudrait punir le cambriolage moins sévèrement que l'homicide. Toutefois, en application du principe de compensation de l'incertitude par la sévérité, il faudrait punir le cambriolage aussi sévèrement, voire plus sévèrement que l'homicide, ce qui contrevient au principe de proportionnalité ordinale. En effet, supposons que la peine minimale et maximale pour le cambriolage soit deux ans de prison : il n'en faut pas moins, pas plus pour dissuader un cambrioleur lorsque la probabilité perçue d'être arrêté est très haute et le profit estimé très élevé (par exemple, plusieurs millions d'euros). Puisqu'un cambrioleur a moins d'une chance sur dix d'être puni, il faudrait d'après la théorie de Bentham multiplier au moins par dix la peine encourue et le condamner à vingt ans de prison au moins, c'est-à-dire lui infliger la même peine qu'à certains meurtriers.

120 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law : Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, 2^e édition, Londres : Steven & Sons, 1981, p. 49.

121 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, *op. cit.*, chapitre XIV, §18, p. 209.

2° L'argument de Bentham repose sur une certaine anthropologie, sur l'idée que l'individu calcule, en particulier avant de commettre une infraction : « Tout le monde calcule, avec plus ou moins de justesse, certes, mais tout le monde calcule. Je ne dirais pas même qu'un fou ne calcule pas¹²². » Or, cette conception de l'individu calculateur n'est pas réaliste : « la vieille confiance benthamienne dans le fait que la crainte des sanctions menacées par le droit était un puissant moyen de dissuasion a été fragilisée par la prise de conscience grandissante du fait que le rôle joué par le calcul dans le comportement antisocial avait été exagérée¹²³. » Selon Hart, les meurtres sont très largement commis par des personnes qui ou bien souffrent de maladie mentale, ou bien ne souffrent pas de maladie mentale mais ne calculent pas (bagarre alcoolisée qui tourne mal, crime passionnel, etc.)¹²⁴. D'après lui, les menaces du droit pénal fonctionnent rarement sur le modèle rationaliste de Bentham : elles fonctionnent le plus souvent comme un aiguillon (*goad*) qui nous pousse à faire attention à ce que l'on fait¹²⁵.

3° Bentham pourrait objecter que les peines disproportionnées causeraient plus de misère qu'elles n'en préviendraient. Cependant, cette réponse n'est pas entièrement satisfaisante :

De longues peines d'emprisonnement pourraient efficacement mettre fin aux infractions de stationnement, mais nous pensons qu'il est injuste de les employer [...] non pas parce que nous sommes convaincus que la misère causée par de telles peines (*qui en effet pourrait être légère puisqu'on aurait rarement besoin de les appliquer*) serait plus grande que celle causée par les infractions impunies (comme pourrait le soutenir un utilitariste)¹²⁶.

En raison de leur pouvoir de dissuasion, les peines disproportionnées, tout compte fait, causeraient peut-être moins de misère que les peines proportionnées parce qu'elles ne seraient presque jamais infligées, parce qu'elles permettraient d'éviter plus de crimes : il vaut peut-être mieux une seule peine disproportionnée infligée (avec la terreur et autres conséquences

122 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, op. cit., chapitre XIV, §28, p. 213.

123 PR, p. 1. Voir aussi : « We may well think that Bentham's complex doctrines rested on an uncritical belief in the part played by calculation in anti-social behaviour. » (PR, p. 163.) Ou encore : « Some critics, while sympathizing with Bentham's conception of the general utilitarian aim of a system of criminal law and punishment, reject as quite unrealistic his quasi-economic picture of potential offenders calculating the costs and benefits of law-breaking. » (H.L.A. Hart, « Bentham's Principle of Utility and Theory of Penal Law », art. cit., p. civ.)

124 PR, p. 87.

125 PR, p. 134. Sur ce point, voir également N. McCormick, *H.L.A. Hart*, Stanford : Stanford University Press, 2008, p. 175.

126 PR, p. 25, nos italiques.

indésirables que cela implique) et cinquante crimes évités que dix peines proportionnées infligées et cinq crimes évités.

iii) Les arguments problématiques de Hart

Quels sont alors les arguments de Hart en faveur de la proportionnalité ordinale ?

1° L'argument de la démoralisation. Hart soutient que si la proportionnalité ordinale n'est pas respectée, il y a un risque « ou bien de dérouter la morale commune, ou bien de la bafouer¹²⁷ ». On trouve déjà cette idée chez Beccaria qui écrit : « Quiconque voit qu'est établie la même peine de mort, par exemple pour qui tue un faisan et pour qui assassine un homme un commet un grave faux en écriture, ne fera aucune différence entre ces délits, et ainsi se détruiront les sentiments moraux¹²⁸ [...] ». »

Le problème est que Hart nie parfois que le droit affecte les jugements moraux. Il le nie premièrement dans ses écrits sur la peine de mort. Pendant des siècles, le vol et d'autres infractions mineures étaient punis de mort. Pour autant, les individus ne considéraient pas que le vol était aussi grave que le meurtre. Au contraire, c'est la conviction que le vol était une infraction moins grave que le meurtre qui a conduit à l'abolition de la peine de mort pour vol : « Par conséquent, si nous pouvons tirer une conclusion de cette caractéristique de notre histoire juridique, c'est que la gradation morale des infractions n'est pas déterminée par les formes de la peine¹²⁹. »

Il le nie deuxièmement dans ses écrits sur la répression de l'immoralité. Certains s'opposent à la décriminalisation du suicide au motif qu'elle affaiblirait la condamnation morale du suicide et ferait évoluer la morale dans une direction permissive. Hart répond, sur la base d'études empiriques réalisées par Walker et Argyle après la décriminalisation du suicide, qu'il y a « une absence d'association entre les attitudes morales et la connaissance du droit¹³⁰ ».

Lorsque Hart ne nie pas que le droit affecte les jugements moraux, il est au moins très prudent : « il est évident que nous avons ici de vastes généralisations concernant quelque

¹²⁷ PR, p. 25.

¹²⁸ C. Beccaria, *Des délits et des peines*, op. cit., §XXXIII, p. 179.

¹²⁹ H.L.A. Hart, « Should the Death Penalty Be Abolished ? », *The Listener*, n° 1403, 19 janvier 1956, p. 88.

¹³⁰ MCL, p. 44.

chose dont on sait actuellement très peu de choses : la création et le maintien de distinctions morales¹³¹. »

2° L'argument de l'impopularité. Hart soutient que si la proportionnalité ordinaire n'est pas respectée, on risque « d'exposer le droit au mépris¹³² » ou de « jeter le discrédit sur le droit¹³³ ». Cet argument est, comme le précédent, ancien. Dès 1748, dans *L'esprit des lois*, Montesquieu notait un curieux phénomène : « L'atrocité des lois en empêche donc l'exécution. Lorsque la peine est sans mesure, on est souvent obligé de préférer l'impunité¹³⁴. » Il rapporte l'anecdote suivante : au Japon, les dames de la cour, outrées que l'empereur ait eu un enfant avec une femme de basse naissance, étouffèrent l'enfant, mais ce crime fut caché par la Justice à l'empereur, de peur qu'il ne verse un torrent de sang. Quelques années plus tard, Bentham utilisait un argument semblable contre l'utilisation de la peine de mort pour d'autres crimes que le meurtre¹³⁵.

L'hypothèse de la « nullification » est une hypothèse plausible même si, à l'heure actuelle, les preuves empiriques sont minces¹³⁶. Toutefois, même si elle était confirmée, faudrait-il pour autant bannir les peines disproportionnées ? D'un point de vue benthamien, pas nécessairement. Il faudrait d'abord mettre en balance les gains de la disproportion avec les coûts de la nullification. Si la nullification entraîne 100 acquittements mais que la

131 H.L.A. Hart, « Should the Death Penalty Be Abolished ? », *art. cit.*, p. 87.

132 *PR*, p. 25.

133 *LLM*, p. 37.

134 Montesquieu, *L'esprit des lois*, *op. cit.*, livre VI, chapitre XIII, p. 62.

135 J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, *op. cit.*, p. 196.

136 Dans un article de 2005, Nadler défend ce qu'elle appelle la *Flouting Thesis*, c'est-à-dire la thèse selon laquelle si une loi ou une décision judiciaire nous paraît injuste, nous serons moins enclins à obéir au droit en général. Elle s'appuie pour cela sur les résultats d'une expérience à laquelle 149 personnes ont participé. Dans la première partie de l'expérience, une partie seulement des participants lisent un article de presse sur David Cash, un garçon de 18 ans qui a vu son ami enlever une fillette, l'enfermer dans les toilettes d'un casino pour la violer et qui, malgré cela, n'a pas réagi. Ensuite, une première moitié lit un article de presse dans lequel on apprend que David Cash a été condamné à un an de prison (*Just Outcome story*) et l'autre moitié un article de presse dans lequel on apprend que David cash a été acquitté (*Unjust Outcome story*). Dans la deuxième partie de l'expérience, l'ensemble des participants (lecteurs et non-lecteurs) jouent le rôle de jurés dans une simulation de procès. L'accusé est un sans-abri à qui on reproche d'avoir volé un chariot de supermarché pour y conserver ses affaires. S'il est déclaré coupable, il s'agira de sa troisième *felony* et, en application de la loi des trois coups (*three-strikes law*), il devra être emprisonné à vie. Le juge ordonne aux jurés d'appliquer la loi impartialement, de ne pas se laisser influencer par leur sympathie ou leur antipathie. Qui a déclaré le sans-abri non coupable et a, de la sorte, désobéi aux ordres du juge ? Environ 40 % de ceux qui ont lu la *Unjust Outcome story*, environ 15 % de ceux qui ont lu la *Just Outcome story* et environ 25 % de ceux qui n'avaient pas lu l'article de presse sur David Cash. Ainsi, il est possible qu'il y ait un lien entre sentiment d'injustice et désobéissance. Malheureusement, la même expérience, réalisée auprès de 228 étudiants, n'a pas eu de résultats probants. Cf. J. Nadler, « Flouting the Law », *Texas Law Review*, vol. 83, 2005, p. 1416-1422.

disproportion permet de sauver 200 vies, alors la balance penche en faveur de la disproportion.

En outre, nous avons vu dans le chapitre 3.1 que Hart distinguait deux défenses des excuses : une défense « externe » (celle des utilitaristes pragmatiques) qui ne s'appuie pas sur la conviction selon laquelle il est injuste de punir ceux qui n'auraient pas pu agir autrement ; une défense « interne » (celle de Hart) qui, *par respect pour cette conviction*, condamne la responsabilité stricte.

Ce qui est ici surprenant est que Hart adopte la stratégie des utilitaristes pragmatiques et propose une défense *externe* du principe de proportionnalité ordinaire, comme s'il ne l'acceptait pas lui-même. Si la seule raison pour laquelle on doit punir les infractions de gravité différente de manière différente est que, sans cela, le peuple se révolterait ou les autorités répressives cesseraient de coopérer, alors on devrait simplement *rejeter à plus tard* la réforme utilitariste du système pénal et, entre temps, entamer un vaste travail d'éducation, expliquer aux gens pourquoi la proportionnalité n'est pas leur intérêt.

3° L'argument de l'injustice. Hart tente de dériver la proportionnalité ordinaire du principe selon lequel les cas semblables doivent être traités de la même façon et les cas différents de façon différente :

La théorie de la responsabilité objective de Holmes [...] va à l'encontre de certains principes très solides de l'éthique de la peine qui affirment, d'une part, qu'il est moins malveillant d'infliger un préjudice par une négligence grave que de l'infliger délibérément et, d'autre part, que des cas aussi moralement disparates que ceux-là ne devraient pas être punis de la même façon, surtout lorsque la peine est la mort. Car, aussi longtemps que nous posséderons l'institution pénale, par opposition à un système d'hygiène sociale préventive, le droit devrait refléter le principe de justice selon lequel des cas moralement disparates ne devraient pas être punis avec la même sévérité à moins qu'il n'y ait une raison morale impérieuse de s'écarter de ce principe¹³⁷.

137 *MCL*, p. 51. Voir aussi : « principles of justice or fairness between different offenders require morally distinguishable offences to be treated differently and morally similar offences to be treated alike. » (*LLM*, p. 37) Ou encore : « It is indeed important that the law should not in its scale of punishments gratuitously flout any well-marked common moral distinctions. But this is because the claim of justice that "like cases should be treated alike" should always be heard ; and where the law appears to depart from common estimates of relative wickedness it should make clear what moral aims require this. » (*PR*, p. 172.)

Puisqu'il faut traiter les cas différents de manière différente, le droit pénal doit traiter les cas de *gravité* différente de manière différente. Cette inférence ne va pas de soi. En quoi la gravité est-elle une différence pertinente, une différence non arbitraire ? Pour que son argument soit valable, Hart doit expliquer pourquoi la gravité est une différence pertinente. Mais comment peut-on, de façon générale, établir qu'une différence est pertinente ? Hart nous donne la méthode suivante : « parfois, un examen du but que la règle de droit en question est, de l'aveu général, censée atteindre, peut faire apparaître les ressemblances et les différences qu'une règle de droit juste se doit d'admettre¹³⁸ [...] ». En d'autres termes, la pertinence d'une différence peut être appréciée à la lumière de nos objectifs. Si notre but est de soulager la pauvreté, il est normal de donner plus à ceux qui sont davantage dans le *besoin* : au regard de notre but, il s'agit d'une différence pertinente¹³⁹.

Le problème est que si nous utilisons cette méthode, nous n'établirons pas la pertinence de la gravité, bien au contraire. En effet, comme nous l'avons vu précédemment, la proportionnalité ordinaire n'est pas un corollaire de l'objectif utilitariste de réduction du crime. De plus, cette méthode contredit l'un des principes les plus importants de la philosophie pénale de Hart, à savoir que « nous ne pouvons pas inférer à partir des principes appliqués pour décider de la sévérité de la peine quels sont les objectifs du système pénal¹⁴⁰ » et vice versa.

4° L'argument expressiviste. Hart affirme à plusieurs reprises que l'échelle des peines *exprime* ou *reflète* l'échelle de gravité du droit :

nous attachons de l'importance au principe selon lequel la différence morale entre les infractions doit se refléter dans la gradation des peines [...]. Il y a de nombreuses raisons pour lesquelles nous pourrions souhaiter que la gradation juridique de la gravité des crimes, exprimée dans l'échelle des peines, n'entre pas en conflit avec les estimations ordinaires de leur malveillance comparative¹⁴¹.

Selon nous, Hart ouvre ici une piste intéressante. En manipulant les maxima légaux, on indique notre niveau de tolérance (ou le niveau de tolérance de la société) envers tel ou tel

138 *CL*, trad. fr., p. 181.

139 *CL*, trad. fr., p. 181.

140 *LLM*, p. 37.

141 *LLM*, p. 36. Voir aussi : « we also limit punishments in order to maintain a scale for different offences which reflects, albeit very roughly, the distinction felt between the moral gravity of these offences. » (*PR*, p. 80.)

type de comportement. Le fait de baisser la peine encourue indique que notre niveau de tolérance augmente, le fait d'augmenter la peine encourue indique que notre niveau de tolérance baisse. Le droit envoie le message qu'il cesse de considérer tel ou tel comportement comme une infraction mineure, mais comme un crime grave, en le punissant d'une peine d'emprisonnement. La peine d'emprisonnement a une signification symbolique : elle signifie que l'acte pour lequel on est puni est grave.

Maintenant, imaginons que le droit punisse aussi sévèrement le vol de voiture et le viol. D'une certaine manière, il met ces deux infractions sur le même plan. Il ne témoigne pas du fait que le premier est moins grave que le deuxième. Et c'est *en soi* un problème. Si on encourt une peine de prison pour une infraction sans gravité, c'est la réalité qui est déformée : les choses sans gravité *passent* pour des choses graves. Or, *chaque chose doit être reconnue à sa juste valeur*.

On pourrait à nouveau faire une analogie avec la notation des copies. Si on met 9/20 à une très bonne copie et 8/20 à une copie médiocre, le « message » qu'on envoie est que la première copie est à peine meilleure que la seconde (car les notes et les écarts entre les notes ont une signification conventionnelle), ce qui est *injuste*. Cela ne reflète pas la différence de qualité entre les deux travaux. De même, si on punit le vol de voiture de trois ans d'emprisonnement et le viol de quatre d'emprisonnement, le « message » qu'on envoie est que le viol est à peine plus grave que le vol de voiture (car les peines et les écarts entre les peines ont une signification conventionnelle), ce qui est *injuste* (pour le voleur de voiture) et *révoltant* (pour les victimes de viol). Cela ne reflète pas la différence de gravité entre les deux actes. Comme le dit Hart : « nous pensons qu'il est juste [...] de marquer les différences morales entre les différents infracteurs¹⁴². »

On pourrait objecter que cette justification de la proportionnalité ordinale est incompatible avec le rejet par Hart des théories expressivistes de la peine. Cependant, nous l'avons vu dans les précédents chapitres, Hart critique seulement les justifications et (dans une certaine mesure) les définitions expressivistes de la peine. Il *ne rejette pas* nécessairement les théories expressivistes du droit. Au contraire, il affirme explicitement que le droit pénal *annonce* à la société que certains types d'action ne doivent pas être accomplis, que la législation pénale

142 LLM, p. 38.

dénonce et a pour but de *dénoncer* certains types de conduite comme quelque chose qui ne doit pas être pratiqué¹⁴³.

5° L'argument libéral. On peut signaler un dernier argument, qu'on ne trouve pas chez Hart, mais qui s'accorde très bien avec sa philosophie pénale. Il s'agit de l'argument libéral de Montesquieu. Dans un chapitre de *L'esprit des lois* intitulé « Que la liberté est favorisée par la nature des peines et leur proportion », il écrit : « C'est le triomphe de la liberté, lorsque les lois criminelles tirent chaque peine de la nature particulière du crime. Tout l'arbitraire cesse ; la peine ne descend point du caprice du législateur, mais de la nature de la chose ; et ce n'est point l'homme qui fait violence à l'homme¹⁴⁴. » Pourquoi la liberté (au sens de l'opinion qu'on a de sa sûreté) triomphe-t-elle grâce au principe de proportionnalité ? Car chacun sait à quoi s'attendre. En effet, les peines proportionnelles correspondent à nos attentes naturelles. Personne ne s'attend à être puni plus sévèrement pour un vol de voiture que pour un viol. En outre, comme l'explique Carrithers : « Là où n'existe pas une échelle des peines équitable, les pénalités risquent d'être l'expression de la colère de l'autorité souveraine et seront excessives¹⁴⁵. » La proportionnalité nous protège contre l'arbitraire, elle est une sorte de garde-fou accroissant notre sécurité juridique.

2. La justification de l'humanité

Dans ses *Essays on Bentham*, Hart explique que l'humanité n'est pas un corollaire du principe d'utilité et que Bentham lui-même considérerait l'humanité comme une « non-raison » : « L'indifférence de Bentham à ce genre de considération est palpable en de nombreux points : elle se manifeste notamment dans les efforts qu'il était prêt à déployer pour rendre les peines analogues à leurs crimes ou pour encourager la trahison entre les criminels¹⁴⁶. » Donnons d'autres exemples :

- La critique de Bentham de l'esclavage ne fait pas appel à la notion de dignité humaine, mais repose sur l'idée que l'esclavage n'est pas avantageux pour la

¹⁴³ *PR*, p. 6-8.

¹⁴⁴ Montesquieu, *L'esprit des lois*, *op. cit.*, livre XII, chapitre IV, p. 129.

¹⁴⁵ D.W. Carrithers, « La philosophie pénale de Montesquieu », trad. C. Larrère, *Revue Montesquieu*, n° 1, 1997, p. 45-46.

¹⁴⁶ *EB*, p. 51.

société¹⁴⁷.

- Lorsque Bentham est accusé de ne pas traiter les enfants comme des personnes, il répond : « Appelez-les soldats, appelez-les moines, appelez-les machines ; tant qu'ils sont heureux, je n'ai pas à m'en soucier¹⁴⁸. »
- Bentham était contre le droit au silence et contre le droit de ne pas voir notre silence invoqué comme preuve de notre culpabilité. Selon lui, cette protection de l'accusé repose sur la sentimentalité, sur la non-raison selon laquelle « il [est] mal et inhumain qu'une pression soit exercée sur un coupable pour qu'il contribue à sa propre condamnation¹⁴⁹ ».
- Dans *The Rationale of Punishment*, Bentham explique que l'humanité est une « objection capricieuse¹⁵⁰ ». Dire qu'une forme donnée de châtimement doit être rejetée parce qu'elle est tyrannique et cruelle, c'est utiliser le langage des « orateurs sentimentaux¹⁵¹ ». Il soutient que la castration est la punition la plus appropriée pour le viol et qu'elle ne doit pas être rejetée simplement parce qu'elle est incompatible avec la décence ou inhumaine¹⁵².
- Bentham, enfin, ne s'opposait pas par principe à la torture. La meilleure objection contre elle n'est pas qu'elle est un traitement *inhumain* ou *dégradant*, mais qu'il est très facile d'en abuser¹⁵³. Par conséquent, il ne faut pas l'abolir, mais restreindre son usage, l'encadrer par des règles strictes.

Ainsi, comme d'autres conditions distributives, l'humanité doit être défendue sur des bases non utilitaristes. Selon nous, Hart pourrait la défendre sur la base des droits humains fondamentaux, comme le suggère le passage suivant :

Au cours du dernier demi-siècle, l'inhumanité de l'homme envers l'homme a été telle que les libertés et les protections les plus fondamentales et les plus élémentaires ont été refusées à d'innombrables hommes et femmes coupables seulement de réclamer ces libertés et ces protections pour eux-mêmes et pour les autres, et parfois sous le prétexte spécieux que ce refus est exigé par le bien-être général de la société¹⁵⁴.

147 *EB*, p. 51.

148 Cité par Hart in *EB*, p. 51.

149 *EB*, p. 37.

150 J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, *op. cit.*, p. 69.

151 J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, *op. cit.*, p. 73.

152 J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, *op. cit.*, p. 71.

153 J. Bentham, *De la torture*, trad. G. Coqui, Paris : Allia, 2012, p. 59.

154 *EJP*, p. 196.

Infliger des peines inhumaines, c'est-à-dire infliger des peines ignorant certains des besoins les plus fondamentaux des êtres humains, et infliger des peines violant les droits humains fondamentaux, c'est une seule et même chose, puisque les droits humains fondamentaux (nous l'avons vu dans le chapitre 2) protègent des *essential human needs*. Par exemple, les conditions de détention dans certains établissements pénitenciers sont telles que le droit à la subsistance et le droit à la sécurité des détenus ne sont pas garantis. Les autorités ont donc le devoir d'agir, car de telles conditions de détention ne sont pas acceptables.

Quant aux peines dégradantes, Hart pourrait justifier leur exclusion en prenant appui sur une interprétation de l'adage « *Treat like cases alike* ». En effet, infliger une peine dégradante à un condamné revient à le traiter comme un être inférieur à l'être humain. Or, les cas différents doivent être traités de manière différente. Un être de rang supérieur ne peut pas être traité comme un être de rang inférieur. Comme l'explique Perelman, « à chacun selon son rang » est une des six grandes interprétations de la justice formelle¹⁵⁵ :

À chacun selon son rang. Voici une formule aristocratique de la justice. Elle consiste à traiter les êtres non selon des critères intrinsèques à l'individu, mais selon qu'il appartient à telle ou telle catégorie d'êtres déterminée. *Quod licet Jovi non licet bovi* [ce qui est permis à Jupiter, n'est pas permis au bœuf], dit un vieil adage latin. Les mêmes règles de justice ne s'appliquent pas à des êtres relevant de catégories par trop différentes. [...] Si nous considérons cette formule de la justice comme aristocratique, c'est parce qu'elle est toujours préconisée et âprement défendue par les bénéficiaires de cette conception, qui exigent ou imposent un traitement de faveur pour les catégories d'êtres qu'ils présentent comme supérieurs¹⁵⁶.

L'idée de peine dégradante, comme celle de dignité humaine, est une idée paradoxale, à la fois égalitariste et aristocratique. Elle est égalitariste en ce sens que n'importe quel être humain, du simple fait qu'il est un être humain, a droit à un certain respect, a droit à un certain traitement (différent de celui réservé aux choses). Toutefois, elle est aristocratique en ce qu'elle présuppose logiquement une hiérarchie entre les êtres et considère que les différences de rang sont pertinentes dans la distribution des charges ou des bénéfices.

155 Avec « à chacun la même chose », « à chacun selon son œuvre », « à chacun selon ses mérites », « à chacun selon ses besoins » et « à chacun selon ce que la loi lui attribue ».

156 C. Perelman, *Éthique et droit*, 2^e édition, Bruxelles : Éditions de l'Université de Bruxelles, 2011, p. 32-33.

Bien évidemment, l'humanité n'est pas une valeur prépondérante. Comme toutes les autres valeurs, elle est conditionnelle. En effet, Hart écrit : « nous essayons d'éduquer les gens à ne plus préférer les sanctions sauvages, *même si nous pouvons, dans des cas extrêmes de menace de trouble à l'ordre public, les cautionner*¹⁵⁷. » Fort heureusement, il est extrêmement rare qu'une peine sauvage soit la seule solution ou la meilleure solution pour empêcher une catastrophe de grande ampleur.

3. La justification de l'égalité de traitement

Passons maintenant à la justification de l'égalité de traitement. Dans *L'utilitarisme*, Mill soutient que l'égalité de traitement ou l'impartialité (une obligation de justice selon lui) est contenue dans le principe d'utilité :

il s'ensuit que nous devrions traiter également bien (quand aucun devoir plus élevé ne l'interdit) tous ceux qui ont mérité également bien de *nous*, et que la société devrait traiter également bien tous ceux qui ont mérité également bien d'elle, c'est-à-dire qui ont dans l'absolu mérité également bien. Telle est la norme la plus élevée de justice sociale et distributive, norme vers laquelle on devrait chercher à faire converger aussi parfaitement que possible toutes les institutions et les effets de tous les citoyens vertueux. Mais ce devoir moral central repose sur un fondement encore plus profond, car il émane directement du premier principe de la morale et n'est pas un simple corollaire logique de doctrines secondaires ou dérivées. Il est impliqué par la signification même de l'utilité ou du principe du plus grand bonheur¹⁵⁸.

Pour Hart, Mill se trompe. Bien que la maxime de Bentham selon laquelle « tout le monde doit compter pour un et personne pour plus d'un » soit effectivement contenue dans le principe d'utilité, l'adage « *Treat like cases alike* » ne repose pas sur des bases utilitaristes¹⁵⁹. La maxime de Bentham n'est qu'un « principe de pesée » (*weighting principle*) :

dans la détermination de ce qui fera le plus progresser le bonheur global, il faut accorder le même poids aux plaisirs et aux peines, aux satisfactions et aux frustrations des différentes

157 PR, p. 21, nos italiques.

158 J.S. Mill, *L'utilitarisme & Essai sur Bentham*, op. cit., trad. modifiée, p. 138.

159 « it seems clear that utilitarian principles alone cannot give any account of the moral importance attached to equality [...] » (EJP, p. 117.) Voir aussi : « pure utilitarianism is in no way committed to equality of treatment as an independent value. » (EJP, p. 193.)

personnes. Les différences de statut, de race, de sexe, de religion, d'âge et d'intelligence sont moralement arbitraires, sauf lorsqu'elles affectent, comme elles le font parfois, la quantité ou l'intensité de la douleur ou du plaisir causés par la conduite humaine. Une souffrance est une souffrance, peu importe qui la subit, et si la souffrance est égale, il est tout aussi mauvais de l'infliger aux noirs ou aux blancs, aux femmes ou aux hommes, aux juifs ou aux chrétiens, aux stupides ou aux intelligents¹⁶⁰.

Ce principe de pesée est compatible avec certaines inégalités de traitement. Le calcul impartial de ce qui maximisera le bonheur global peut aboutir à la conclusion qu'en traitant différemment une minorité, on fera progresser le bonheur global, même s'il n'y a pas de différence pertinente entre cette minorité et la majorité¹⁶¹.

Pourquoi, alors, exiger du juge qu'il traite les cas semblables de la même manière ? Selon Perelman, la règle de justice formelle conduit à la *sécurité juridique* : « La règle de justice, exigeant l'uniformité, conduit à la prévisibilité et à la sécurité. Elle permet le fonctionnement cohérent et stable d'un ordre juridique¹⁶². » Cette idée est séduisante, car elle permettrait d'unifier la justification de la règle de responsabilité de Hart et celle de l'égalité de traitement. Cette idée est également défendue par Rawls :

Mais si le précepte, selon lequel il n'y a pas de crime là où il n'y a pas de loi, est violé, par exemple quand les lois sont vagues et imprécises, ce que nous sommes libres de faire est également vague et imprécis. Les limites de notre liberté sont incertaines. Et, dans la mesure où il en va ainsi, notre liberté est limitée, car nous craignons raisonnablement de l'exercer. *On a le même genre de conséquences si des cas semblables ne sont pas traités de manière semblable*¹⁶³ [...].

Lorsque les mêmes cas ne sont pas traités de la même manière, si les règles ne sont pas appliquées impartialement, je peux craindre de m'engager dans une activité, car si elle n'a pas

160 *EB*, p. 98.

161 *EJP*, p. 200-201.

162 C. Perelman, *Éthique et droit*, *op. cit.*, p. 206.

163 J. Rawls, *Théorie de la justice*, *op. cit.*, §38, p. 276, nos italiques. Voir aussi : « La justice formelle, dans les cas d'institutions légales, est simplement un aspect de l'État de droit (*rule of law*) qui soutient et garantit des attentes légitimes. Une forme d'injustice consiste dans le fait que des juges et d'autres fonctionnaires ne s'en tiennent pas aux règles adéquates ou à leurs interprétations, lorsqu'ils arbitrent des revendications. [...] De plus, même là où les lois et les institutions sont injustes, il vaut souvent mieux qu'elles soient appliquées de manière conséquente. De la sorte, ceux qui leur sont soumis savent au moins ce qui est exigé et ils peuvent essayer de s'en protéger eux-mêmes [...]. » (J. Rawls, *Théorie de la justice*, *op. cit.*, §10, p. 90.)

n’a pas eu de conséquences fâcheuses pour vous (qui êtes blanc), elle en aura peut-être pour moi (qui suis noir) ; je ne peux pas avoir d’*expectative*, je dois m’attendre à tout.

Une autre stratégie consisterait à dire que l’égalité de traitement n’a pas besoin de fondement. Il s’agit tout simplement d’un ingrédient essentiel de l’idée de justice¹⁶⁴ et la justice a une valeur intrinsèque. Comme l’écrit Hart : « Peut-être devrions-nous (ou devrais-je) simplement dire qu’il s’agit d’une exigence de justice et que la justice consiste simplement en un ensemble de principes à respecter quand on ajuste les réclamations concurrentes des êtres humains¹⁶⁵ [...]. » Nous avons également vu précédemment que Hart n’hésitait pas à qualifier l’égalité de traitement de droit.

L’égalité de traitement peut entrer en conflit avec la prévention générale et l’exemplarité. Hart en est parfaitement conscient :

il arrive même parfois que l’exigence de justice entre en conflit avec d’autres valeurs. Ce cas peut se présenter quand un tribunal, jugeant un délinquant pour un délit devenu monnaie courante, rend un arrêt plus sévère que ceux qu’il a rendus dans d’autres espèces semblables et qu’il le fait manifestement « à titre d’avertissement ». On sacrifie dans ce cas le principe « Traitez des cas semblables de la même manière » à la sécurité générale ou au bien-être de la société¹⁶⁶.

Le fait qu’une infraction soit devenue monnaie courante (ou qu’un procès soit très médiatisé et que la sentence puisse marquer les esprits) *n’est pas* une différence pertinente entre l’accusé et les accusés précédents : ce n’est même pas une différence *entre eux*, mais une différence en quelque sorte externe. Toutefois, l’injustice d’une peine exemplaire est atténuée par le fait que la peine, bien qu’exceptionnellement sévère, ne dépasse pas le maximum légal. Quoi qu’il en soit, nous ne disposons pas de preuves fiables du fait que les peines exemplaires atteignent leur but¹⁶⁷ et, tant que nous n’aurons pas ces preuves, nous ne devons pas y recourir :

164 « “Treat like cases alike and different cases differently” is a central element in the idea of justice [...]. » (*CL*, p. 159.) Voir aussi : « It is, however, true that *one* essential element of the concept of justice is the principle of treating like cases alike. » (*EJP*, p. 81.)

165 *PR*, p. 22.

166 *CL*, trad. fr., p. 183. Voir également *PR*, p. 24-25, p. 172.

167 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law : Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, *op. cit.*, p. 101-102. Voir aussi N. Walker, *Why Punish ? Theories of punishment reassessed*, Oxford : Oxford University Press, 1991, p. 19-20.

Il est bon que ce sacrifice et d'autres sacrifices des principes d'égalité entre différents infracteurs ne soient faits qu'avec hésitation et moyennant des explications ; car il y a toujours un grand danger qu'ils soient faits dans des moments de panique ou sans preuve fiable qu'ils empêcheront un plus grand mal¹⁶⁸.

4. La justification de l'individualisation de la peine

Passons maintenant au dernier principe, l'individualisation de la peine. Dans le chapitre VII du *Concept de droit*, Hart introduit la notion (empruntée à Waismann) de *texture ouverte* : les règles de droit sont « indéterminé[e]s sous un certain aspect qui rend leur application problématique¹⁶⁹ ». Par exemple, la règle interdisant l'usage de véhicules dans les parcs interdit-elle l'usage de patins à roulettes ? Difficile à dire. La texture ouverte des règles de droit est due à trois choses. Premièrement, à la texture ouverte du langage. Les règles de droit emploient des termes généraux dont on ne sait pas toujours s'ils s'appliquent en raison de l'indétermination de leurs frontières. Deuxièmement, à notre relative ignorance de fait. On ne peut pas anticiper « toutes les combinaisons possibles de circonstances que l'avenir est susceptible de faire apparaître¹⁷⁰ ». Troisièmement, à la relative indétermination de nos objectifs. Au moment de l'édiction d'une règle de droit, nos objectifs sont généraux ; ils se précisent au fur et à mesure des cas que nous rencontrons.

Après avoir introduit la notion de texture ouverte, Hart explique que les « formalistes » tentent de l'éliminer en gelant le sens des règles juridiques afin de maximiser la certitude et la prévisibilité. Cependant, ce ne serait pas raisonnable :

Le fait d'agir ainsi assure un certain degré de certitude ou de prévisibilité, au prix de préjuger aveuglément ce qu'on doit accomplir dans une série de situations futures, dont nous ignorons la composition. Nous réussirons en effet à résoudre ainsi d'avance, mais également sans y voir clair, des questions qui ne peuvent raisonnablement être résolues qu'au moment où elles se posent et où on en reconnaît l'existence. Nous serons forcés, en recourant à cette technique, d'inclure dans le champ d'application d'une règle des situations que nous souhaiterions exclure pour pouvoir répondre à des finalités sociales raisonnables, alors que les termes de notre langage, grâce à leur texture ouverte, nous auraient permis de les exclure, si nous nous

168 *PR*, p. 172.

169 *CL*, trad. fr., p. 147.

170 *CL*, trad. fr., p. 147.

étions contentés de les définir de manière moins rigide¹⁷¹.

La plupart des systèmes juridiques sont plus raisonnables, car ils reposent sur un compromis :

En fait, tous les systèmes adoptent, selon des procédés différents, un compromis entre deux besoins sociaux : le besoin, d'une part, de règles certaines que les simples particuliers puissent appliquer à leur propre conduite en toute sécurité dans des domaines extrêmement vastes, sans devoir être guidés à nouveau par des autorités ou mettre en balances les différentes finalités sociales, et le besoin, d'autre part, d'abandonner à un règlement ultérieur faisant intervenir le choix avisé d'une autorité, des questions qu'on ne peut apprécier à leur juste valeur et résoudre adéquatement qu'au moment où elles se posent dans le cadre d'une situation concrète¹⁷².

Selon nous, ce que Hart affirme au sujet de la texture ouverte s'applique *mutatis mutandis* à l'individualisation de la peine. Certains penseurs, comme Beccaria, soutiennent que les peines doivent être fixes afin de bannir l'incertitude et l'arbitraire ; que les juges doivent se contenter de faire des syllogismes (dans lesquels la majeure est la loi, la mineure le cas d'espèce et la conclusion la peine prévue). Cependant, ce ne serait pas raisonnable¹⁷³ : ce serait un gaspillage de souffrance et d'argent ; comme le dit Saleilles, on jetterait « pêle-mêle dans la plus horrible promiscuité tous ceux qui eussent commis un fait matériellement identique, condamnés primaires ou récidivistes, natures aveuglées, emportées dans la surprise d'une passion d'un moment, et nature perverses à fond¹⁷⁴ ». Le Code pénal français de 1791, appliquant strictement la philosophie de Beccaria, fut un échec. Il fut rapidement remplacé par le Code de 1810 rétablissant une certaine élasticité des peines entre deux limites fixes, une limite minimale et une limite maximale¹⁷⁵.

En fait, nous devons trouver un compromis entre deux besoins différents. Premièrement, nous devons éviter les peines arbitraires et garantir une certaine certitude ou prévisibilité (ces deux choses vont de pair). Deuxièmement, nous devons « abandonner à un règlement ultérieur faisant intervenir le choix avisé d'une autorité, des questions qu'on ne peut apprécier à leur juste valeur et résoudre adéquatement qu'au moment où elles se posent dans le cadre d'une

171 CL, trad. fr., p. 148-149.

172 CL, trad. fr., p. 149.

173 Hart est assez sévère avec la conception de Montesquieu du juge comme bouche de la loi : « Decisions made in a fashion as blind as this would scarcely deserve the name of decisions ; we might as well toss a penny in applying a rule of law. » (*EJP*, p. 67.)

174 R. Saleilles, *L'individualisation de la peine : étude de criminalité sociale*, op. cit., p. 56-57.

175 R. Saleilles, *L'individualisation de la peine : étude de criminalité sociale*, op. cit., p. 55.

situation concrète ». L'individualisation de la peine en dessous du maximum légal doit être interprétée comme un compromis entre ces deux besoins différents.

Chapitre 4 : Le débat Hart/Wootton

Plan du chapitre

I. Identifier l’infacteur.....	339
II. Prendre en charge l’infacteur.....	342
III. Les arguments de Wootton.....	352
IV. Wootton et Ancel.....	357
V. La critique ambiguë de Hart.....	362

Le dernier chapitre de cette thèse sera consacré au débat Hart/Wootton. Sur quoi porte-t-il ? En général, on le présente comme un débat sur la responsabilité pénale, sur la responsabilité stricte, sur la *mens rea*, sur les troubles mentaux, etc. Cette présentation n’est pas fausse, mais elle est trop restrictive. Le débat Hart/Wootton est plus large et porte sur le *système pénal* : quels sont les avantages et les inconvénients de ce système ? Est-il rationnel ? Existe-t-il des systèmes alternatifs ? Si oui, sont-ils préférables au système pénal ?

Nous avons vu dans le chapitre 1, consacré à la définition de la peine, qu’il ne fallait pas confondre la pratique de la peine et le système pénal. Le système pénal est un ensemble d’institutions judiciaires dont la mission principale est, comme son nom l’indique, de punir les infractions pénales (quelle que soit la fonction de la peine). Or, la pratique de la peine peut exister indépendamment du système pénal. Wootton reproche justement à Hart d’être obsédé par le système pénal, de ne pas voir que la peine peut exister au sein d’autres systèmes (par exemple au sein du « système préventif » qu’elle défend) qui ne réagissent pas nécessairement au crime par une peine :

Même le Professeur Hart, dans sa conférence Hobhouse intitulée « Punishment and the Elimination of Responsibility », semble être irrémédiablement obsédé par la notion de peine, qui hante son texte et figure dans son titre. Bien qu’il rejette de nombreuses théories traditionnelles, selon lesquelles la peine doit être « rétributive » ou « dénonciatrice », il semble néanmoins totalement incapable d’envisager un système dans lequel la sentence n’est pas automatiquement assimilée à une « peine ». [...] Il faut peut-être la naïveté d’une amatrice pour suggérer que l’objectif tourné vers l’avenir de protection de la société peut, parfois, n’avoir absolument aucun lien avec la peine¹.

1 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law : Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, 2^e édition, Londres : Steven & Sons, 1981, p. 45-46. Voir aussi : « Hart believed that a system based on the abolition of *mens rea* would not be a system of punishment. Precisely so, Barbara said. » (A. Oakley, *A Critical Woman : Barbara Wootton, Social Science and Public Policy in the Twentieth Century*, Londres : Bloomsbury Academic, 2011, p. 261.)

Pourquoi terminer par ce débat ? Parce que Hart lui-même considérait qu'avant d'envisager les alternatives au système pénal, il était nécessaire de bien comprendre la complexité de ce dernier et d'en rendre compte de façon moralement tolérable². En effet, dans l'introduction de « Prolegomenon to the Principles of Punishment », après avoir mentionné les « perplexités croissantes » relatives à l'institution pénale et le scepticisme pénal de Wootton, il écrit :

Tant que nous n'aurons pas développé ce sens de la complexité de la peine (et ces prolégomènes ne visent qu'à cela), nous ne serons pas en mesure de juger à quel point l'ensemble de l'institution a été ébranlé par les nouvelles croyances sur l'esprit humain ou nécessite d'être adapté à celles-ci³.

En outre, dans la conclusion de ce même article, il écrit que ses prolégomènes ne sont que de simples prolégomènes au « doute sceptique moderne portant sur l'ensemble de l'institution pénale⁴ ».

Il ne faut pas sous-estimer l'importance de ce débat. Il est aussi, voire plus important que le débat entre l'approche rétributiviste et l'approche utilitariste de la peine. Ses conséquences pratiques sont immenses. De fait, Hart lui donnait beaucoup de poids. Wootton « hante » presque chaque article de *Punishment and Responsibility* sous différentes appellations : scepticisme, hygiène sociale, Erewhon, etc. Cela n'a rien d'étonnant. Comme l'a bien remarqué Finnis, la philosophie de Hart se caractérise par une « résistance au scepticisme⁵ ».

Selon la plupart des commentateurs, Hart aurait remporté ce débat contre Wootton⁶. Comme l'écrivent Matravers et Cocoru, « il serait juste de dire que le consensus est que dans la mesure où il y a un débat Hart/Wootton [...] Hart a remporté la victoire⁷ ». Notre objectif dans ce chapitre est de remettre en question ce consensus. Il nous semble que Wootton n'a pas été suffisamment prise au sérieux ou n'a pas été lue de façon suffisamment charitable (peut-être

2 PR, p. 1.

3 PR, p. 3.

4 PR, p. 27.

5 J.M. Finnis, « H.L.A. Hart : A Twentieth-Century Oxford Political Philosopher », *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 54, 2009, p. 180.

6 Une exception importante est R.A. Wasserstrom, « H.L.A. Hart and the Doctrines of *Mens Rea* and Criminal Responsibility », *University of Chicago Law Review*, vol. 35, n° 1, 1967, p. 112-125. Il s'agit probablement du meilleur article sur le sujet.

7 M. Matravers, A. Cocoru, « Revisiting the Hart/Wootton Debate on Responsibility », in C. Pulman (éd.), *Hart on Responsibility*, Basingstoke : Palgrave Macmillan, p. 148.

en partie parce qu'elle était une femme dans un milieu académique dominé par des hommes⁸).

Le système préventif défendu par Wootton fonctionne en deux temps : dans un premier temps, les tribunaux établissent si l'accusé a bel et bien commis l'infraction dont on l'accuse ; dans un deuxième temps, les tribunaux décident, si nécessaire, d'une mesure préventive pour empêcher sa récidive. La première partie de ce chapitre sera consacrée au premier moment (celui de l'établissement des faits). La deuxième partie sera consacrée au deuxième moment (celui du choix de la mesure préventive). La troisième partie sera consacrée aux arguments de Wootton contre le système pénal et en faveur de son système préventif. La quatrième partie sera un excursus visant à rattacher Wootton à la tradition continentale de la défense sociale et, plus spécifiquement, à la pensée d'Ansel. (Cette partie peut être ignorée par les lecteurs intéressés uniquement par le débat Hart/Wootton.) Enfin, la cinquième partie sera consacrée aux objections de Hart à Wootton et à une concession majeure qu'il lui a faite.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, voici quelques remarques biographiques sur Wootton, dont le profil est à la fois très proche et éloigné de celui-ci de Hart. 1° Tous deux ont été des praticiens du droit, mais dans des domaines différents. Hart a été *barrister* entre 1932 et 1940 au *Chancery Bar*. Wootton, quant à elle, a été *magistrate*, c'est-à-dire juge non professionnelle⁹, pendant plus de cinquante ans. Elle estime avoir entendu environ dix mille affaires concernant des mineurs et un peu moins de cinq mille affaires concernant des voleurs adultes, des vandales, des automobilistes, etc.¹⁰ Il est important de préciser que Wootton a surtout travaillé avec des mineurs, car sa proposition peut être interprétée comme une extension de la logique de la justice pour mineurs (centrée sur la personnalité du mineur et sa rééducation) à la justice pénale tout entière. Wootton a également participé à de nombreuses commissions publiques : *Streetfeild Committee on the Business of Criminal Courts* (1958-1961), *Royal Commission on the Penal System* (1964-1966), etc.

8 Ce reproche, évidemment, ne s'applique pas à Hart. Il est très élogieux à l'égard de Wootton : « This is a remarkable book by a remarkable Englishwoman. [...] Her three main contributions [...] and the book now under review, have done much to raise the whole level in England of the discussion of the basic principles of the criminal law [...]. » (H.L.A. Hart, « Review : Barbara Wootton, *Crime and the Criminal Law* », *The Yale Law Journal*, vol. 74, n° 7, 1965, p. 1325.)

9 « Des juridictions composées uniquement de citoyens non techniciens sont rarement prévues. [...] Mais le plus bel exemple est celui des *Magistrates Courts* anglaises composées de juges laïcs. Ces juridictions sont des sortes de justices de paix, au nombre de 630 et comprenant environ 24 000 juges laïcs non rémunérés. [...] Leur compétence est en fait assez considérable puisqu'ils peuvent prononcer des condamnations jusqu'à six mois d'emprisonnement ou 2 000 livres d'amende. » (J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Paris : Dalloz, 1995, n° 244, p. 341-342.)

10 B. Wootton, *Crime and Penal Policy : Reflections on Fifty Years' Experience*, Londres : George Allen and Unwin, 1978, p. 16.

2° Tous deux sont des chercheurs, mais dans des domaines différents. Hart était avant tout un philosophe du droit. Wootton, quant à elle, se présentait comme une *social scientist* (elle a notamment enseigné au *Bedford College* de l'Université de Londres). Elle a publié des ouvrages d'économie, de criminologie, de méthodologie des sciences sociales, etc. Son approche était fortement empiriste¹¹, alors que celle de Hart était principalement conceptuelle.

3° Tous deux étaient politiquement de gauche. Dans son interview avec Sugarman, Hart déclare : « J'ai toujours été à gauche, du côté de la gauche non communiste¹²... » Wootton était socialiste, partisane de l'État providence¹³. (La femme de Hart, Jenifer Hart, aurait adhéré au parti communiste en partie à cause de sa lecture de *Plan or No Plan* de Wootton¹⁴.) Hart comme Wootton se sentaient proches de la philosophie morale et politique utilitariste¹⁵. Enfin, ils se sont tous les deux engagés publiquement contre la peine de mort, pour la décriminalisation de l'homosexualité, de l'avortement, etc.

I. Identifier l'infracteur

Wootton propose de remplacer le système pénal par ce qu'elle appelle un *système préventif*. On pourrait immédiatement rétorquer qu'il s'agit d'une fausse alternative puisque le système pénal est déjà en lui-même un système destiné à prévenir les infractions. Toutefois, il y a une différence non négligeable entre un système dont la mission principale et la raison d'être sont de punir les infractions (même si la peine a une fonction préventive) et un système dont la fonction est de prévenir les infractions et qui utilise pour cela, si nécessaire, lorsqu'il s'agit de la meilleure solution, des mesures punitives. Cette distinction se clarifiera au fur et à mesure

11 « Her insistence upon evidence to support all social science debates remained throughout her long academic career. » (P. Bean, « Barbara Wootton : Testament for a Social Scientist », *The British Journal of Criminology*, vol. 29, n° 1, p. 71.)

12 H.L.A. Hart, D. Sugarman, « Hart Interviewed : H.L.A. Hart in Conversation with David Sugarman », *Journal of Law and Society*, vol. 32, n° 2, 2005, p. 282.

13 « Throughout her life perhaps the overriding driving force which propelled Barbara onwards was her passion to eliminate or reduce dehumanising inequalities. It was this above all that formed the basis of her socialism. » (P. Bean, « Barbara Wootton : Testament for a Social Scientist », *art. cit.*, p. 73.)

14 N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart : The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 66. Voir également A. Oakley, *A Critical Woman : Barbara Wootton, Social Science and Public Policy in the Twentieth Century*, *op. cit.*, p. 259.

15 « In fact Barbara Wootton was the perfect exponent of a Utilitarian creed and philosophy, and of the pure Benthamite version of Utilitarianism. [...] Happiness, she said, was to be preferred to unhappiness, and that was the beginning and end of moral philosophy. » (P. Bean, « Barbara Wootton : Testament for a Social Scientist », *art. cit.*, p. 74.)

de notre exposé¹⁶.

Le système préventif de Wootton procède en deux temps : premièrement, *identifying offenders*, deuxièmement, *dealing with offenders* (Wootton affirme qu'elle a essayé de choisir les mots les plus neutres possible, c'est-à-dire les moins moralisateurs possible)¹⁷. Concentrons-nous sur la première étape.

Une des grandes thèses de Wootton est que, à cette étape, la *mens rea* n'a aucune importance. Wootton prend l'expression *mens rea* au pied de la lettre : par *mens rea*, elle comprend *guilty mind*. Prouver la *mens rea* revient à prouver que l'accusé est en faute. Selon elle, les tribunaux doivent seulement établir que l'accusé a commis l'action prohibée, peu importe qu'il l'ait commise sous l'empire de la drogue, lors d'une bouffée délirante aiguë, parce qu'on le menaçait de mort, en raison d'une erreur invincible, par accident, etc. Comme le résume Hart :

Certains penseurs ayant une tournure d'esprit utilitariste partagent un scepticisme à l'égard de l'idée selon laquelle les tribunaux peuvent utilement enquêter sur la question de savoir si une personne aurait pu faire ce qu'elle n'a pas fait ; pour eux, la politique éclairée est celle qui consiste à passer outre cette question : il ne faut ni affirmer ni nier que l'accusé aurait pu agir autrement¹⁸.

Prenons un exemple. La première interdiction du système préventif pourrait être : tu ne tueras point. La seule question que les tribunaux doivent se poser dans un premier temps est : l'accusé a-t-il, oui ou non, tué la victime ? Ils doivent uniquement établir les faits, sans se poser la question de savoir si l'homicide est excusable, si l'accusé est blâmable, aurait pu agir autrement ou a eu une chance raisonnable de respecter la loi.

Selon nous, Wootton a ici à moitié raison, à moitié tort. Certes, établir les faits, ce n'est pas établir si l'accusé est en faute (en effet, dire que X a commis une faute, c'est porter un

16 Dans le même sens, voir la définition disjonctive proposée par L. Jaffro de la justification conséquentialiste de la peine : « JC justifie moralement la punition ou d'autres réponses adéquates en affirmant que le crime doit être puni ou que la violence ou la criminalité doit être l'objet d'une autre réponse adéquate afin que les choses aillent mieux. » (L. Jaffro, « Violence et normativité dans les philosophies de la peine », in J.-F. Kervégan, M. Plouviez, P.-Y. Quiviger (éd.), *Norme et violence*, Hildeshaim : G. Olms, 2015, p. 59.)

17 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law : Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, op. cit., p. 31.

18 PR, p. 178.

jugement). Toutefois, établir les faits c'est aussi établir dans quel état d'esprit l'infraction a été commise : L'accusé avait-il prémédité son agression ? A-t-il agi impulsivement à la suite d'une provocation ? Était-il parfaitement lucide ? Hart a raison de rappeler le point de vue du *Lord Justice Bowen* selon qui « l'état d'esprit d'un homme est autant un fait que l'état de sa digestion¹⁹ ». Si on veut faire de la première étape du système préventif un « moment de vérité » où toute la lumière est faite sur ce qui s'est passé, où de véritables réponses sont apportées à nos interrogations, alors on ne peut pas faire l'impasse sur l'état d'esprit de l'accusé. Il y a, semble-t-il, un problème de cohérence chez Wootton : si on élimine la *mens rea* au sens strict (esprit coupable), dans ce cas, elle est inutile aussi bien à la première qu'à la deuxième étape ; si on tient compte de l'état d'esprit de l'infracteur, dans ce cas, il faut en tenir compte aux deux étapes.

Parfois, il ne fera aucun doute que l'accusé a tué la victime (des tests ADN nous permettront d'établir qu'il est bien l'auteur de l'infraction) ; parfois, nous n'aurons aucune preuve et, le cas échéant, l'accusé devra être acquitté. Pourquoi est-il si important d'établir que tel individu a commis telle infraction ? Pourquoi faut-il éviter les erreurs ? En médecine, avant de prescrire un traitement à un patient, il faut s'assurer qu'il est bien malade. S'il ne l'est pas, le traitement est inutile, voire nuisible. De la même façon, avant d'imposer une mesure préventive à un individu (visant à empêcher sa récidive), il est essentiel de s'assurer qu'il a bien commis une infraction. Si ce n'est pas le cas, la mesure préventive n'a aucun sens²⁰.

Dans le système préventif de Wootton, le verdict de la première étape ne serait pas « coupable » ou « non coupable ». Il serait effectivement étrange de déclarer coupable celui qui a commis un acte prohibé sans être en faute. Le verdict pourrait être, par exemple, « auteur » ou « non auteur » : considérant l'ensemble des preuves, le tribunal affirme (sans porter de jugement) que l'accusé est effectivement l'auteur de l'infraction. Cette première

¹⁹ *PR*, p. 188.

²⁰ L'analogie avec la médecine revient souvent chez Wootton et, plus généralement, chez les théoriciens de la défense sociale. Il ne s'agit pas, bien évidemment, de remplacer les peines par des traitements médicaux, mais de s'inspirer de la *logique qui sous-tend la médecine* dans laquelle les soins sont individualisés, dans laquelle la science nous permet de progresser dans le traitement des maladies (B. Wootton, *Crime and the Criminal Law : Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, op. cit., p. 15). Voir par exemple Ferri : « Ainsi, pour en revenir à notre comparaison avec la médecine biologique, dans la médecine sociologique aussi, les grandes classes des mesures hygiéniques (moyens préventifs), des disciplines thérapeutiques (moyens réparatoires et répressifs), et des opérations chirurgicales (moyens éliminatoires), constituent l'arsenal qui permet à la société de faire face à la nécessité permanente de sa propre conservation. » (E. Ferri, *La sociologie criminelle*, trad. L. Terrier, Paris : F. Alcan, 1905, p. 466-467.)

étape ne s'appellerait plus *conviction*²¹. On pourrait parler tout simplement d'établissement des faits, d'établissement de la vérité.

II. Prendre en charge l'infracteur

Imaginons que la première étape soit terminée : nous avons établi (sans porter de jugement) que tel individu a commis telle infraction. La deuxième étape peut commencer : *prendre en charge l'infracteur*.

Il n'y aurait pas vraiment de responsabilité pénale dans le système préventif de Wootton. On ne se demanderait pas si les conditions pour qu'une personne soit punie sont remplies. La question serait plutôt : les conditions pour qu'une mesure préventive soit imposée sont-elles remplies ? Mais quelles sont ces conditions ? Il y en a au moins deux. Premièrement, une mesure préventive ne peut être imposée *qu'à l'auteur d'une infraction*²². Deuxièmement, une mesure préventive ne peut être imposée à l'auteur d'une infraction *que s'il risque de récidiver*. Détaillons ces deux conditions.

La première condition a de quoi surprendre. Pourquoi attendre la commission d'une infraction pour prendre des mesures préventives ? Pourquoi ne pas intervenir *ante delictum*, dès l'apparition de « dispositions criminelles » ou de « tendances antisociales » chez l'individu ? Il y a principalement deux raisons à cela.

La première raison est que les interventions *ante delictum*²³ mettent en danger les libertés individuelles. Wootton ne pense pas qu'il faille prévenir la criminalité coûte que coûte. Elle considère que la liberté (plus précisément, « la liberté de vivre sa vie selon ses choix ») a une valeur intrinsèque²⁴. Elle défend un principe d'interférence minimale des autorités répressives. Comme l'écrivent Merle et Vitu dans le même esprit :

21 Elle écrit : « At a later stage, that is to say, *after what is now known as a conviction* [...] » (B. Wootton, *Crime and the Criminal Law : Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, *op. cit.*, p. 47, nos italiques.) Cela laisse entendre que ce que les Anglais appellent aujourd'hui *conviction* ne porterait plus ce nom dans son système.

22 M. Matravers, A. Cocoru, « Revisiting the Hart/Wootton Debate on Responsibility », *art. cit.*, p. 136.

23 Ne sont pas concernés ici ce que Ferri nomme les « substituts pénaux » dans sa *Sociologie criminelle*.

24 « freedom to live one's life after the fashion of one's choice is of value in itself [...] » (B. Wootton, *Crime and the Criminal Law : Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, *op. cit.*, p. 97.)

Tandis que l'on ne saurait rationnellement et équitablement concevoir de peine sans référence à une infraction préalablement commise par le délinquant, la logique interne à la mesure de sûreté devrait au contraire conduire à appliquer celle-ci *ante delictum*, dès les premières manifestations de l'état dangereux qui motive son intervention. Il y a là un avantage incontestable qui comporte cependant de redoutables inconvénients pour la liberté individuelle. Pour pallier ces inconvénients, le législateur français s'efforce généralement de subordonner l'application des mesures de sûreté à la constatation d'une infraction pénale²⁵.

La deuxième raison est que les théories relatives aux « dispositions criminelles » ou aux « tendances antisociales » sont extrêmement fragiles, pour ne pas dire dépourvues de fondement scientifique²⁶. À l'heure actuelle, la meilleure preuve du fait qu'un individu est dangereux est qu'il a commis un crime grave²⁷.

Même si Hart désigne souvent le système de Wootton comme un système d'hygiène sociale, il se corrige dans la postface de *Punishment and Responsibility* et explique bien qu'on doit différencier son système préventif de l'hygiène sociale :

il y a ceux qui voudraient éliminer l'élément qui distingue le traitement officiel du crime préconisé par Lady Wootton de la pure hygiène sociale et qui constitue un dernier lien étroit entre sa théorie et les théories de la peine. Cet élément est l'exigence selon laquelle, pour qu'il y ait condamnation et traitement obligatoire ultérieur, il faut qu'un infracteur ait, au moins en ce qui concerne son comportement extérieur, commis une infraction. Du point de vue de la pure hygiène sociale, il est absurde d'attendre que les crimes aient été commis : lorsqu'il existe des preuves fiables de tendance antisociales ou criminelles, cela suffit à justifier des mesures obligatoires. De même que Lady Wootton soutient (à tort selon moi) que la doctrine de la *mens rea* n'a pas sa place dans un système pénal qui vise à prévenir la criminalité, et attribue la loyauté à cette doctrine à des traces persistantes de rétributivisme, de même, ceux qui iraient plus loin qu'elle considèrent comme une forme de rétributivisme son insistance sur l'acte criminel (c'est-à-dire les éléments extérieurs du crime) comme une condition nécessaire

25 R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, 2^e édition, tome 1, Paris : Éditions Cujas, 1973, n° 571, p. 652-653.

26 « Since, in the present state of knowledge, dangerousness is not as identifiable a quality as, say, red hair, it is necessary to start from the presumption that anyone who has committed a serious assault or a murder is more likely to do it again than anyone who has never done something of the sort. » (B. Wootton, *Crime and Penal Policy : Reflections on Fifty Years' Experience*, *op. cit.*, p. 246.)

27 « the crime is the best indicator that preventive intervention is needed [...]. » (M. Matravers, A. Cocoru, « Revisiting the Hart/Wootton Debate on Responsibility », *art. cit.*, p. 137, note 24.)

à la condamnation²⁸.

La deuxième condition pour qu'une mesure préventive soit imposée (pour rappel : une mesure préventive ne peut être imposée à l'auteur d'une infraction que s'il risque de récidiver) nous permet d'introduire une notion centrale, celle de *risque*. Imaginons que les tribunaux établissent (sans porter de jugement) que Pierre a bien renversé Marie avec sa voiture. Toutefois, il s'avère que Pierre a été attaqué par un essaim d'abeilles et a perdu le contrôle de son véhicule. Quel est le risque de récidive de Pierre ? Le risque est nul. Aucune mesure préventive ne peut lui être imposée. Le système préventif peut clore son dossier. (On peut aussi imaginer que le parquet aurait d'emblée abandonné les poursuites et classé son dossier sans suite.)

Maintenant, imaginons que Pierre ait renversé Marie parce qu'il conduisait en état d'ébriété. Il a prouvé qu'il était un conducteur dangereux et des mesures peuvent être prises pour éviter qu'un tel accident ne se reproduise : par exemple, retrait du permis de conduire, stage de sensibilisation à la sécurité routière, etc.

Ce qui importe, ce n'est pas de savoir si Pierre est blâmable ou ne l'est pas (pour Wootton, c'est une affaire de conscience), mais de savoir s'il peut recommencer, de savoir ce qu'on peut faire pour protéger la population. Les tribunaux doivent avoir leur regard tourné vers l'avenir. Comme l'écrit Wootton dans une conférence sur les infracteurs souffrant de troubles mentaux :

Le problème de l'infracteur mentalement anormal soulève de manière particulièrement aiguë la question de la fonction première des tribunaux. Si cette fonction est conçue comme punitive, l'anomalie mentale doit être liée à la culpabilité ; en effet, un infracteur gravement anormal doit être moins blâmable et donc encourir une peine moins sévère qu'un individu d'une intelligence supérieure qui a commis un crime similaire, même s'il représente un risque plus important pour l'avenir. Mais du point de vue de la prévention, c'est ce risque futur qui compte et la question importante à se poser n'est pas : son anomalie mitige-t-elle voire efface-t-elle sa culpabilité ? Mais plutôt : est-il un sujet adapté à un traitement médical, de préférence à tout autre type de traitement²⁹ ?

28 *PR*, p. 232-233.

29 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law : Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, op. cit., p. 65.

Mais comment évaluer ce risque ? Wootton signale l'existence de deux méthodes : les méthodes cliniques et les méthodes statistiques. La méthode clinique s'appuie, par définition, sur l'expertise des cliniciens (qui sont en contact direct avec les infracteurs). La méthode statistique s'appuie sur les tables de prédiction. Wootton considère que les méthodes statistiques sont plus performantes que les méthodes cliniques : « Je n'oublie pas que certaines des meilleures prédictions du risque de récidive ont été faites sans aucun contact direct avec les sujets, et qu'il se peut qu'un jour ce risque soit estimé par des ordinateurs qui doivent être présumés insensibles aux contacts personnels³⁰. » Toutefois, comme les méthodes statistiques ne sont pas parfaites, il est préférable, selon elle, de les compléter par les méthodes cliniques.

Ainsi, on peut dire que le système préventif de Wootton est un système de gestion des risques (*risk management*). La responsabilité stricte est une étape intermédiaire entre le système pénal traditionnel et le système préventif. En cas de responsabilité stricte, comme dans le système préventif, on ne tient pas compte de la faute. Toutefois, la responsabilité stricte est une anomalie *au sein du système pénal* : si je commets une infraction de responsabilité stricte (admettons, avoir des rapports sexuels avec une mineure), je serai jugé *coupable et puni*, même si je n'aurais pas pu agir autrement.

Pour faire en sorte que ce qui a eu lieu ne se reproduise plus, on peut prendre plusieurs types de mesure. On peut prendre des mesures structurelles (macro-mesures) et des mesures individuelles (micro-mesures). Les mesures structurelles consistent à s'attaquer aux causes profondes de la criminalité. Wootton considérerait que, sur ce sujet, les marxistes avaient raison à 75 % au moins : ces causes sont la structure économique et sociale de la société³¹. Toutefois, dans ce chapitre, nous nous concentrerons sur les mesures individuelles, celles qui sont prises par les tribunaux et non par les responsables politiques.

Deux possibilités s'offrent à nous : on peut se concentrer ou bien sur la prévention spéciale ou bien sur la prévention générale. Autrement dit, on peut chercher une solution pour que

30 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law : Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, *op. cit.*, p. 113.

31 « In short, the causes of crime (and here the Marxist is, in my view, at least three-quarters right) lie deep in the whole economic and social structure of contemporary society — in the distribution of opportunity, in the principle or lack of principle governing relative pay in different employments, and not least in the time-lag by which the social and moral valuations of yesterday are carried over into the quite different situations of today. » (B. Wootton, *Crime and Penal Policy : Reflections on Fifty Years' Experience*, *op. cit.*, p. 245.)

l'infracteur ne récidive pas ou alors essayer d'intimider tous ceux qui seraient tentés de l'imiter. Il y a évidemment une tension entre ces deux objectifs. Wootton donne un exemple tiré de sa propre expérience³². Un jeune de 16 ans ayant commis un viol comparaît devant un tribunal pour mineurs. Le tribunal estime qu'un sursis avec mise à l'épreuve est la bonne décision, puisqu'il apparaît peu probable qu'il récidivera et la prison le détruirait. Cependant, il est possible que cette décision envoie un message dangereux aux jeunes de son quartier : « Faites ce que vous voulez, il ne vous arrivera rien de grave. » Voici comment Wootton résume le dilemme :

il n'est peut-être que trop vrai qu'il n'y a rien de tel que l'expérience d'un traitement de rigueur pour endurcir le caractère d'un homme dans un moule antisocial ; et, en même temps, rien de tel que la crainte d'un tel traitement pour dissuader ceux qui n'ont pas connu cette expérience de courir le risque de s'y exposer³³.

Cependant, selon Wootton, on doit se concentrer sur la prévention spéciale : il s'agit de l'objectif prioritaire. Pourquoi ? Wootton ne croit pas vraiment à la dissuasion générale³⁴. Imaginons qu'un juge inflige une peine exceptionnellement sévère à un infracteur dans le but de dissuader ses potentiels imitateurs. Atteindra-t-il son objectif ? Pour cela, il faudrait premièrement que la sentence soit connue. Or, le plus souvent, elle n'est connue que des proches (à supposer que l'infracteur ait des proches), elle ne dépasse pas la porte du tribunal. Il faudrait deuxièmement que les infracteurs calculent avant de passer à l'acte. Or, dans de nombreux cas, les infractions sont commises de manière impulsive, sur un coup de tête ou avec une indifférence totale aux conséquences de l'infraction. Il faudrait troisièmement que les imitateurs risquent la même chose. Or, la sentence peut varier considérablement d'un juge à l'autre : ce n'est pas parce que tel juge a infligé une peine exceptionnellement sévère que tel autre infligera une peine exceptionnellement sévère. Il faudrait quatrièmement que le risque d'arrestation soit élevé. Or, le risque d'arrestation est en général faible et il est perçu comme extrêmement faible par les personnes qui ont une *propension* au risque (et c'est le cas pour de nombreux délinquants). Dans un article sur la peine de mort, Hart développe un propos assez

32 B. Wootton, *Crime and Penal Policy : Reflections on Fifty Years' Experience*, op. cit., p. 38-39.

33 B. Wootton, *Social Science and Social Pathology*, Londres : George Allen and Unwin, 1959, p. 336-337. Comparer avec Hart : « Penalties which we believe are required as a threat to maintain conformity to law at its maximum may convert the offender to whom they are applied into a hardened enemy of society ; while the use of measures of Reform may lower the efficacy and example of punishment on others. » (PR, p. 27.)

34 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law : Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, op. cit., p. 99-102.

proche : selon lui, en cas de meurtre, « les chances de condamnation semblent être d'une sur six, et la chance d'être exécuté d'une sur douze³⁵ ». En outre, « le meurtre est commis dans une très large mesure soit par des personnes qui, bien que saines d'esprit, n'en comptent pas le coût, soit par des personnes si mentalement dérangées qu'elles ne peuvent pas le compter³⁶ ».

Hart voit très bien quelles conséquences il faut tirer de ces données :

Si nous étions convaincus qu'on aboutit à rien en annonçant des sanctions ou par l'exemple de leur infliction, soit parce que ceux qui ne commettent pas de crimes ne les commettraient pas de toute façon, soit parce que les sanctions annoncées ou infligées aux autres ne font pas partie des facteurs qui les incitent à respecter la loi, alors un changement radical, centré entièrement sur les infracteurs avérés, serait nécessaire³⁷.

Ainsi, le principe qui doit guider les tribunaux doit être : prendre les mesures minimales qui offrent une perspective adéquate de prévention de la récidive³⁸. (On retrouve ici l'exigence benthamienne de frugalité³⁹ ou le principe d'interférence minimale de Bedau⁴⁰.) Mais comment choisit-on ces mesures ? Qui les choisit ?

Pour choisir les mesures préventives, il faut premièrement tenir compte de la *mens rea* ou, pour utiliser un vocabulaire moins ambigu, de l'état d'esprit de l'agent lors de la commission de l'infraction. En effet, les problèmes et les mesures à prendre seront très différents selon que X a tué Y par accident, par imprudence, par négligence, avec préméditation, sous l'effet d'une provocation, etc.⁴¹

35 PR, p. 86-87.

36 PR, p. 87.

37 PR, p. 27.

38 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law : Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, op. cit., p. 97.

39 « si un mode de punition est plus susceptible qu'un autre de produire une douleur superflue et inutile, nous pouvons dire qu'il n'est *pas frugal* et s'il en produit moins, *frugal*. » (J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, trad. du Centre Bentham, Paris : J. Vrin, 2011, chapitre XV, §11, p. 219-220.)

40 « vu l'existence d'un intérêt supérieur comme but ou objectif de l'action étatique, le gouvernement doit utiliser les moyens les moins restrictifs permettant d'atteindre cet objectif. Cet argument équivaut au principe suivant : toute atteinte à la liberté, à l'autonomie ou à la sphère privée doit être justifiée par le fait que l'objectif à atteindre est d'une importance primordiale pour la société et qu'il est impossible d'atteindre cet objectif avec un degré moindre d'interférence. » (H.A. Bedau, « L'argument d'interférence minimale contre la peine capitale », trad. A. Autenne, *Revue Philosophique de Louvain*, quatrième série, tome 101, n° 1, 2003, p. 139.)

41 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law : Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, op. cit., p. 47-48.

Il faut deuxièmement tenir compte de la personnalité de l'infracteur et de son histoire. En effet, les problèmes et les mesures à prendre seront très différents selon que l'infracteur est un primo-délinquant interpellé pour la première fois ou un multirécidiviste ayant déjà fait plusieurs victimes ; selon que l'infracteur a un travail stable et une famille ou n'a ni l'un ni l'autre ; selon que l'infracteur est diagnostiqué psychopathe ou kleptomane.

Il faut troisièmement s'appuyer sur les études scientifiques portant sur les méthodes qui fonctionnent et celles qui ne fonctionnent pas (pour tel ou tel type de cas). Wootton donne parfois l'exemple d'une étude ayant montré que les cambrioleurs répondaient mieux à la probation que les voleurs qui, eux, répondaient mieux aux amendes⁴² (cette étude est certainement dépassée, mais ce n'est pas la question ici).

Ainsi, le choix des mesures préventives ne peut pas être confié à des amateurs : c'est un travail d'expert. Wootton remarque que les juges ne sont pas du tout formés à la tâche qui leur incombe⁴³. (D'ailleurs, y aurait-il encore des « juges » dans le système de Wootton ? À première vue, non, puisqu'il n'est pas question dans son système de *porter un jugement*, mais seulement d'établir les faits et de prévenir la récidive⁴⁴. Toutefois, juger consiste également à peser, mettre en balance et être impartial, qualités requises dans son système.) On pourrait imaginer une division du travail au sein du système préventif : la première étape serait confiée à un corps, la deuxième étape serait confiée à un autre corps, puisque chaque étape nécessite des compétences différentes.

Hart critique lui aussi, on l'a vu dans le chapitre précédent, l'amateurisme des juges anglais. Ceux qui sont chargés du *sentencing*, c'est-à-dire du choix de la peine, n'ont pas reçu de

42 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law : Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, op. cit., p. 118.

43 Cela est particulièrement vrai en Angleterre où, on l'a déjà dit, il y a beaucoup de juges laïcs non professionnels : « Most magistrates were and are lay people : a small proportion are trained lawyers and are paid. This use of untrained amateurs – the juries in jury trials as well as magistrates – is a peculiar feature of the English and Welsh penal systems, and the heavy dependence on what Barbara called “this vast army of amateurs” meant that sentences of great importance to offenders were handed out by people who had no training in criminal law, and who were not obliged to give any reasons for their sentences. » (A. Oakley, *A Critical Woman : Barbara Wootton, Social Science and Public Policy in the Twentieth Century*, op. cit., p. 251.)

44 Dans le même sens : « la sentence qui condamne ou acquitte n'est pas simplement un jugement de culpabilité, une décision légale qui sanctionne ; elle porte avec elle une appréciation de normalité et une prescription technique pour une normalisation possible. Le juge de nos jours – magistrat ou juré – fait bien autre chose que “juger”. » (M. Foucault, *Surveiller et punir : Naissance de la prison*, Paris : Gallimard, 1975, p. 28.)

formation adaptée⁴⁵. De ce fait, ils se contentent de choisir les peines en s'appuyant sur leurs intuitions, sur leur conception du mérite et sur la notion de tarif. Dans le meilleur des cas, ils tentent maladroitement de combiner deux objectifs contradictoires : donner à chacun son dû, réduire la criminalité.

Une caractéristique importante des mesures préventives est qu'elles sont *individualisées*. Une bonne solution pour prévenir la récidive d'un individu peut être une très mauvaise solution pour un autre individu :

Chacun sait que les êtres humains répondent à une variété de stimuli et que les réponses varient à la fois d'un individu à l'autre et chez le même individu en fonction des circonstances. Un homme peut mettre à profit une opportunité, tandis qu'un autre sera bousculé seulement par la perte de privilèges qui lui sont chers. L'un répond à la psychothérapie, l'autre à la discipline stricte, tandis que pour un autre peut-être que le seul espoir est un régime extrêmement libéral et gratifiant. *Quot homines tot sententiae* – dans un nouveau sens⁴⁶.

L'individualisation peut parfois aller très loin. Wootton donne l'exemple d'une voleuse à l'étalage qui était une bonne pianiste. On lui proposa un travail d'intérêt général (*community service order*) : passer ses soirées à jouer du piano dans un établissement pour personnes âgées⁴⁷.

L'individualisation semble pourtant avoir des conséquences injustes. Imaginons que deux enfants commettent ensemble une infraction grave. Les parents du premier enfant sont stables et responsables, les parents du deuxième enfant sont instables et irresponsables. Le deuxième enfant risque d'être séparé de ses parents, tandis que le premier ne le sera probablement pas. Dans cet exemple, l'égalité de traitement semble être violée : « Pour une société conditionnée à croire que la peine doit correspondre au crime, de telles inégalités de traitement ne peuvent apparaître que comme des injustices monstrueuses⁴⁸. »

45 PR, p. 168-169.

46 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law : Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, op. cit., p. 114. Dans le même sens : « There are cases in which medical treatment works ; there are cases in which it fails. Equally there are cases in which deterrent penalties appear to deter those upon whom they are imposed from committing further offences ; and there are cases in which they do not. » (B. Wootton, *Crime and the Criminal Law : Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, op. cit., p. 80-81.)

47 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law : Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, op. cit., p. 56-57.

48 B. Wootton, *Social Science and Social Pathology*, op. cit., p. 335-336.

Prenons un autre exemple. Imaginons qu'un multirécidiviste, ayant commis des crimes très graves, puisse s'en sortir grâce à une mesure de resocialisation en semi-liberté⁴⁹. Cette mesure lui est alors proposée. Dans ce nouvel exemple, la proportionnalité semble être violée.

Cependant, ces objections confondent les mesures préventives et les peines. Imaginons, dit Wootton, que deux personnes se rendent chez le médecin parce qu'elles souffrent de douleurs internes. La première a une indigestion nerveuse, on lui prescrit des tranquillisants. La deuxième est atteinte d'une tumeur, elle doit subir une intervention chirurgicale. Accuse-t-on le médecin d'inégalité de traitement⁵⁰ ?

En vérité, Wootton redéfinit l'égalité de traitement et la proportionnalité. Pour Wootton, on viole l'égalité de traitement quand on viole le principe « A chacun selon ses besoins »⁵¹. Si deux infracteurs ont les mêmes besoins (pour ne pas récidiver), on doit les traiter de la même façon. Il n'y a aucune différence pertinente entre eux qui justifie qu'on les traite différemment. En revanche, s'ils ont des besoins différents, il n'est pas injuste de les traiter différemment. (On voit ici qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre le socialisme de Wootton et sa philosophie pénale si on considère que le slogan « De chacun selon ses moyens, à chacun selon ses besoins » résume le principe d'une société socialiste.)

Pour Wootton, les mesures sont proportionnelles lorsqu'elles correspondent à la fois à la nature du risque et à sa hauteur. Risquer de voler à nouveau des bonbons, ce n'est pas la même chose que risquer de violer à nouveau une femme. Présenter un très faible risque de récidive, ce n'est pas la même chose que présenter un risque très élevé de récidive. Ainsi, des risques sérieux justifient qu'on prenne des mesures sérieuses.

Cette remarque nous amène à un dernier point : les mesures de neutralisation (*incapacitation*) visant à mettre hors d'état de nuire un infracteur en l'enfermant non pas dans une prison (puisqu'il ne s'agit pas d'une *punition*), mais dans un lieu de sûreté (*place of safety*)⁵². Wootton considérerait que ces mesures devaient être exceptionnelles. Elles peuvent être utilisées pour certains criminels atteints de troubles mentaux graves, pour certains cas « désespérés » pour lesquels toutes les alternatives ont échoué et qui ne cessent d'aller de

49 B. Wootton, *Crime and Penal Policy : Reflections on Fifty Years' Experience*, op. cit., p. 37.

50 B. Wootton, *Crime and Penal Policy : Reflections on Fifty Years' Experience*, op. cit., p. 35.

51 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law : Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, op. cit., p. 115.

52 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law : Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, op. cit., p. 82.

récidive en récidive. Ces mesures auraient une durée indéterminée : la personne qui a été enfermée pour être mise hors d'état de nuire ne doit être libérée que lorsqu'elle n'est plus en état de nuire. Comme Wootton le résume :

Ici, la priorité absolue est d'établir le principe selon lequel la protection de la société est la seule justification incontestable pour enfermer qui que ce soit ; et selon lequel la durée de la détention ne devrait être régie que par la probabilité qu'un détenu représente un danger (ou peut-être faudrait-il ajouter une nuisance intolérable) pour autrui, s'il était libéré⁵³.

Wootton insiste sur le fait que sa proposition n'est pas du tout subversive : dans la plupart des systèmes pénaux, si un psychopathe commet un crime et est jugé irresponsable, il est envoyé pour une durée indéterminée à l'hôpital psychiatrique. Cependant, de telles mesures de neutralisation sont dangereuses et doivent être strictement encadrées. Pour protéger les libertés individuelles, Wootton considère que les tribunaux doivent leur fixer une durée maximale, même si cela est contraire à leur logique⁵⁴. Comme l'expliquent Merle et Vitu :

la liberté individuelle s'oppose à l'indétermination absolue des mesures de sûreté comme elle s'oppose également à l'indétermination absolue des peines. La sentence indéterminée s'analyse en un véritable blanc-seing au profit de l'administration chargée de l'exécution des sanctions. Tous les abus sont alors possibles. Il est donc essentiel pour des raisons évidentes de sécurité juridique que l'autorité judiciaire fixe la durée maximum de la sanction dans les limites établies par la loi elle-même. Pratiquement d'ailleurs c'est la solution admise par le droit français tant en ce qui concerne les peines qu'à propos des mesures de sûreté dans la majorité des cas⁵⁵.

La pensée de Wootton a été trop souvent déformée⁵⁶ (et Hart est en partie responsable de cette déformation). Wootton n'a jamais proposé d'enfermer et/ou de soigner tous les délinquants pour une durée indéterminée. Au contraire, elle était très critique vis-à-vis de la psychiatrie⁵⁷

53 B. Wootton, *Crime and Penal Policy : Reflections on Fifty Years' Experience*, op. cit., p. 246.

54 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law : Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, op. cit., p. 112.

55 R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, op. cit., n° 574, p. 655.

56 Voir, par exemple, le résumé catastrophique que fait Lord Devlin (une figure tout de même influente) de la position de Wootton in P. Devlin, « La morale et la réalité sociale contemporaine », trad. M. Carpentier, *Droit et Philosophie*, vol. 6, 2014, p. 170.

57 « Barbara did not like psychiatrists. She did not like them when she wrote *Social Science and Social Pathology* in 1959 and she certainly did not like them when she understood the full extent of their "wholly exceptional powers" over people who came into contact with the penal system. » (A. Oakley, *A Critical Woman : Barbara Wootton, Social Science and Public Policy in the Twentieth Century*, op. cit., p. 261.)

et favorable à l'utilisation d'alternatives à la prison (comme les travaux d'intérêt général)⁵⁸. Elle rêvait même du jour où les prisons seraient abolies :

Je voudrais juste ajouter l'espoir que, d'une manière ou d'une autre, le temps viendra où les énormes forteresses qui aujourd'hui défigurent nos villes et nos campagnes ou bien tomberont en ruine, ou bien seront reconverties pour des usages plus agréables ; et que le recours à l'emprisonnement comme élément majeur du système pénal prendra sa place dans les livres d'histoire aux côtés de la déportation et du pilori comme une des étranges folies de nos ancêtres⁵⁹.

III. Les arguments de Wootton

Maintenant que nous avons présenté l'alternative de Wootton, voyons pourquoi elle la défend. Hart attribue à Wootton l'argument suivant : si *le but de la peine* est de prévenir les infractions, et non de faire payer l'infracteur, alors cela n'a aucun sens de tenir compte de la *mens rea*. Il est logique de rechercher la faute dans une théorie rétributiviste de la peine, mais pas dans une théorie préventive de la peine. Cet argument est effectivement invalide et Hart montre très bien pourquoi (voir l'introduction et le chapitre 3.1). Toutefois, est-ce l'argument de Wootton ? Pas vraiment. L'argument de Wootton, si on l'interprète de façon charitable, est plutôt : si *notre but* ou *le but de notre système* est d'empêcher que ce qui a eu lieu ne se reproduise, il n'est ni pertinent ni utile de se demander si l'infracteur aurait pu agir autrement ou est en faute (bien qu'il soit utile de prendre en considération les éléments psychologiques sur lesquels on s'appuie pour affirmer qu'il aurait pu agir autrement ou est en faute)⁶⁰. *Cet* argument est beaucoup plus convaincant. C'est d'ailleurs un argument de sens commun. Lorsqu'une personne culpabilise et ne cesse de répéter qu'elle aurait pu agir autrement, nous lui disons que ce qui est fait est fait, qu'elle doit arrêter de culpabiliser et que nous devons

58 « She was responsible for the work of two committees both of which resulted in a "Wootton Report", on cannabis and on alternatives to prison respectively, [...] the latter introducing Community Service Orders [...] » (A. Oakley, *A Critical Woman : Barbara Wootton, Social Science and Public Policy in the Twentieth Century*, op. cit., p. 250.)

59 B. Wootton, *Crime and Penal Policy : Reflections on Fifty Years' Experience*, op. cit., p. 248. Comparer avec ce qu'écrivait Rush en 1787 : « Je ne peux pas m'empêcher d'espérer que le temps n'est pas loin où les gibets, le pilori, l'échafaud, le fouet, la roue seront, dans l'histoire des supplices, considérés comme les marques de la barbarie des siècles et des pays et comme les preuves de la faible influence de la raison et de la religion sur l'esprit humain. » (Cité par M. Foucault, in *Surveiller et punir : Naissance de la prison*, Paris : Gallimard, 1975, p. 17.)

60 Le chapitre 2 de *Crime and the Criminal Law* s'intitule « The Function of the Courts », pas « The Function of Punishment ».

chercher une solution pour que cela ne se reproduise plus.

Wootton a raison d'insister sur le fait que la doctrine de la *mens rea* est cruciale lorsqu'on se situe dans le paradigme de la peine (quelle que soit la fonction de la peine), mais qu'elle cesse de l'être lorsqu'on se situe dans le paradigme de la prévention. En outre, peut-on réellement répondre à la question de savoir si une personne aurait pu agir autrement, si elle a eu une chance raisonnable de respecter la loi, si sa *mens* est *rea* ? Pour Wootton, cette question est insoluble. Elle dépend des convictions morales de chacun⁶¹. Tout ce qu'on peut faire, c'est diagnostiquer des troubles mentaux, enquêter sur la personnalité et l'histoire de l'infracteur, établir quel était son état mental au moment de l'infraction, et c'est tout ce dont on a besoin pour choisir, si nécessaire, une mesure.

Selon Wootton, le système préventif aurait de nombreux avantages que le système pénal n'a pas. Examinons-les successivement.

1° Du point de vue de la réduction du crime, le système préventif serait efficace, alors que le système pénal est inefficace. Wootton constate que d'année en année, le volume de la criminalité ne cesse d'augmenter, non seulement en Angleterre mais également dans la quasi-totalité des pays occidentaux⁶². En plus d'être inefficace, il se peut que le système pénal, du fait de son recours massif à l'emprisonnement, soit nocif, c'est-à-dire criminogène :

tous les condamnés, et plus particulièrement tous ceux qui ont été emprisonnés, ont vécu une expérience très importante à laquelle les innocents et les coupables non détectés échappent ; et il est possible que les particularités qu'ils présentent soient en partie dues à cette expérience. Le fait que cette possibilité soit presque toujours ignorée est aussi compréhensible que lamentable d'un point de vue méthodologique. L'admettre serait un aveu bien trop grave de l'échec de notre système pénal⁶³.

61 « Assessments of guilt are, and must remain, purely subjective ; and we can all cling to our own opinions secure in the knowledge that no one can prove us wrong. » (B. Wootton, *Crime and the Criminal Law : Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, op. cit., p. 103.)

62 Hart en est également conscient : il évoque « the general increase in crime by which we are all vastly disturbed » (*LLM*, p. 6-7).

63 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law : Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, op. cit., p. 14. Voir aussi : « one conviction, and still more one period of imprisonment, is a great impediment to a subsequent honest and respectable living ; [...] the experience of conviction, and still more of imprisonment, is itself only too likely to be criminogenic. » (B. Wootton, *Crime and the Criminal Law : Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, op. cit., p. 11.)

2° Le système préventif serait perfectible, alors que le système pénal est voué à stagner. En effet, l'accumulation de données ne nous permet pas de montrer qu'une infraction est objectivement plus grave qu'une autre, de montrer qu'une peine est davantage méritée qu'une autre. Les opinions sur ce qu'un infracteur mérite ne relèvent pas du savoir scientifique. À l'inverse, on peut *évaluer* la réussite ou l'échec du système préventif, apprendre des erreurs de celui-ci, le perfectionner grâce à l'accumulation de données, de résultats scientifiques :

la fréquence avec laquelle une nouvelle condamnation suit une sentence pour une infraction donnée est un fait. Si le but d'une sentence est de réduire cette fréquence, un critère objectif devient immédiatement disponible, permettant d'estimer les mérites de la politique des tribunaux. Au fil du temps, à mesure que les preuves des résultats de la *sentencing policy* s'accumulent, on peut prouver que nous avons raison ou tort⁶⁴.

À première vue, cette objection ne s'applique pas à Hart qui préconise une individualisation des peines, elle aussi fondée sur la recherche scientifique et tournée vers la réhabilitation du condamné. Cependant, un *système pénal basé sur l'individualisation des peines* est moins perfectible qu'un *système préventif basé sur des mesures individualisées*, dans la mesure où ses moyens sont plus limités. Varier les *peines* est un premier progrès, mais varier les *réponses* aux infractions est un progrès supplémentaire.

3° Le système préventif serait parfaitement compatible avec le déterminisme, alors que le système pénal est mis en difficulté par le déterminisme. Nous avons vu dans le chapitre 3.1 que le déterminisme, en particulier l'idée que les conduites individuelles sont en droit prévisibles, ébranlait les fondements du système pénal qui doit attendre la commission de l'infraction pour punir l'auteur. En outre, peut-on parler d'une chance raisonnable d'obéir quand on sait (étant donné certaines lois) que X *ne va pas* obéir ?

En revanche, comme le note Wootton, la question du déterminisme (sur laquelle elle suspend prudemment son jugement) n'a aucune importance dans son système préventif⁶⁵. Le fait qu'une conduite soit le résultat invariable d'un ensemble de conditions antécédentes ne rend pas illégitime la tentative de prévenir la récurrence de cette conduite. Si on parvient réellement à prévoir les conduites individuelles comme les éclipses de lune, alors les mesures,

64 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law : Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, op. cit., p. 103.

65 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law : Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, op. cit., p. 81-82.

au lieu d'être prises après l'infraction, seront prises tout simplement avant l'infraction, sauf si cela constitue un danger trop important pour les libertés individuelles (comme nous l'avons expliqué plus haut).

4° Le système préventif serait équitable, alors que le système pénal est inéquitable. Wootton constate que, dans nos systèmes pénaux, les disparités entre les peines pour une même infraction sont très importantes et souvent injustifiables. Les simulations concernant le choix de la peine révèlent qu'il existe de gros écarts d'un juge à l'autre⁶⁶.

Dans un système pénal basé sur l'individualisation des peines, ces disparités pourraient être mieux justifiées : telle peine préviendra mieux la récidive chez X que chez Y. Toutefois, il n'est pas certain qu'elles seraient mieux *acceptées* par les condamnés et la société : tant qu'on se situera dans le paradigme de la peine, une partie des gens, voire la majorité des gens, continueront de penser qu'il est injuste que deux personnes ayant commis la même infraction soient punies différemment. Comme l'écrit Tarde dans sa préface à l'ouvrage de Saleilles sur l'individualisation de la peine : « Le malheur est qu'individualiser la peine, c'est l'*inégaliser* pour des fautes égales, et il est bon de faire entrer en ligne de compte le sentiment d'injustice apparente que cette inégalité ne peut manquer de faire éprouver aux condamnés ou à un grand nombre d'entr'eux et même à la masse ignorante du public⁶⁷. »

Dans le système préventif de Wootton, le choix des mesures ainsi que les différences de traitement pourraient être justifiés rationnellement. Puisqu'on ne cherche pas des peines appropriées, mais des solutions appropriées contre la récidive, il est normal que les solutions varient en fonction des cas. Si on sort du paradigme de la peine, la différence de traitement ne sera pas plus difficile à accepter que l'individualisation des traitements dans une institution médicale.

5° Le système préventif serait conforme à notre époque, alors que le système pénal est en retard sur son temps. Wootton déplore « l'atmosphère de majesté archaïque⁶⁸ » des tribunaux. Certains soutiennent que les formalités des tribunaux ont un effet bénéfique sur les

66 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law : Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, op. cit., p. 98, note 6.

67 G. Tarde, « Préface », in R. Saleilles, *L'individualisation de la peine : étude de criminalité sociale*, 3^e édition, Paris : F. Alcan, 1927, p. xv-xvi.

68 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law : Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, op. cit., p. 31.

infracteurs. Toutefois, Wootton pense que « le langage formel et peu habituel, les perruques et les robes, l'éloignement du juge de la vie et des tentations de nombreux accusés nuisent à l'efficacité de la justice britannique, au lieu de l'accroître⁶⁹ ».

Sur ce point, Hart est entièrement d'accord avec Wootton. Dans « Bentham and the Demystification of Law », il développe exactement la même idée en prenant appui sur Bentham :

Mais il est certain, à la lumière d'un changement général d'attitudes à l'égard non seulement des cérémonies et des formalités, mais aussi de toute forme d'autorité, que nous devrions reconsidérer la question de savoir si nos rituels juridiques nous aident actuellement ou nous entravent. Les formalités dont nous avons hérité, au lieu d'inspirer un respect irrationnel et immérité (comme Bentham le craignait surtout), ne font-elles pas paraître le droit anachronique, privé de tout contact avec la réalité en raison de son caractère désuet ou, comme un auteur l'a dit d'une manière lumineuse, ne font-elles pas apparaître le droit et les juristes comme « quelques vestiges contemporains d'une société dominée par les classes supérieures » qui se distinguent des autres par un style particulier d'habillement et d'expression ? L'abandon de ces formalités et la diminution du lustre et de la splendeur, ne contribueraient-ils pas à atténuer les risques d'une dissociation entre le droit et le reste de la communauté, qui compte certainement parmi les plus grands dangers de notre époque ? Ne vaudrait-il pas mieux faire apparaître le juge et l'avocat, comme Bentham le souhaitait, simplement comme des figures contemporaines en grandeur naturelle, de telle façon qu'en pénétrant dans un tribunal, l'homme ordinaire n'aurait plus le sentiment de pénétrer dans un monde étrange de pantomimes historiques à moitié intimidants et à moitié comiques ? Lorsque nous nous rendons chez un médecin, nous ne nous trouvons pas confrontés avec une personne déguisée en apothicaire du XVII^e siècle, et affublée d'une collerette, d'un pourpoint et d'une épée. Et si c'était le cas, nous pourrions nous sentir encore plus mal à l'aise qu'en ingurgitant son médicament, c'est-à-dire le nôtre. À une époque où toutes les formes d'autorité sont l'objet des attaques les plus irrationnelles, pourquoi faire en sorte que l'autorité soit plus difficile à accepter en l'habillant comme un fantôme sorti du passé⁷⁰ ?

Il est intéressant de noter que Hart fait une analogie avec le médecin et l'ingestion d'un

69 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law : Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, op. cit., p. 31.

70 *EB*, p. 33-34. Pour la traduction : H.L.A. Hart, « La démystification du droit », trad. P. Gérard et M. van de Kerchove, in P. Gérard et alii (éd.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles : Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1987, p. 108-109.

médicament. Si ce genre d'analogie n'a rien d'étonnant de la part de Wootton, elle l'est davantage de la part de Hart qui, en principe, s'en méfie. En outre, on peut se demander dans quelle mesure le système pénal peut s'affranchir des formalités dénoncées par Hart. « Rendre justice » n'implique-t-il pas par définition certains rituels ?

IV. Wootton et Ancel

Avant de passer à la dernière partie, consacrée aux objections de Hart, nous aimerions comparer la position de Wootton à celle de Marc Ancel (1902-1990). Magistrat français et théoricien du droit pénal, il est le fondateur de la défense sociale *nouvelle*, mouvement prenant ses distances avec la branche italienne-positiviste de la défense sociale. Il nous semble particulièrement pertinent de présenter sa doctrine, car elle est un des seuls points de contact entre la philosophie pénale française et celle de Hart. Premièrement, Ancel était un des rares juristes français qui, dans les années 1950-60, connaissait très bien le corpus juridique et doctrinal anglo-saxon. Sa thèse portait d'ailleurs sur la common law d'Angleterre. Deuxièmement, Ancel cite Wootton à plusieurs reprises dans *La défense sociale nouvelle*. Troisièmement, il était un contemporain de Hart et écrivait à la même période (1956 pour la première édition de *La défense sociale nouvelle*, 1966 pour la deuxième édition). Quatrièmement, il a dirigé une *Introduction au droit criminel de l'Angleterre* dans laquelle le collègue pénaliste de Hart, A.R.N. Cross, a publié une synthèse sur la responsabilité pénale (et dans cette synthèse Cross remercie Hart « pour son très utile concours dans le domaine théorique⁷¹ »).

La doctrine d'Ancel, la défense sociale nouvelle, comporte une *pars destruens* et une *pars contruens* (même si, nous allons le voir, son propos se recoupe largement dans les deux parties). Dans la *pars destruens*, il s'attaque à ce qu'il appelle le droit pénal néo-classique, mais également au positivisme italien (ou à ses continuateurs).

Commençons par la critique du droit pénal néo-classique. Premièrement, la défense sociale nouvelle rejette l'idée selon laquelle la justice pénale a pour but d'instaurer une justice absolue, c'est-à-dire proportionnée au mal causé ou à la volonté de le commettre. Sur quelle balance le juge pénal pourrait-il peser le degré de volonté malicieuse de l'auteur de

⁷¹ A.R.N. Cross, E. Ely, « La responsabilité pénale », in M. Ancel, L. Radzinowicz (éd.), *Introduction au droit criminel de l'Angleterre*, Paris : Éditions de l'Épargne, 1959, p. 35, note 2.

l'infraction ? Elle établit une frontière nette entre droit et morale : « Le juge, c'est-à-dire l'homme qui a mission de juger, n'est pas saisi du problème métaphysique du bien et du mal, mais du problème, individuel et limité, de la délinquance manifestée, dans une occasion particulière, par le comportement d'un individu⁷². » Pour Ancel, nous devons regarder l'avenir et non le passé, la peine ne pouvant réparer le crime :

Platon déjà, par la voix de Protagoras, nous invitait à nous souvenir que la réaction contre le délit doit être pensée dans l'avenir et non dans le passé, « parce que rien ne peut faire que ce qui a été n'ait pas été ». La *restitutio in integrum* n'est vraiment réalisable que dans le domaine des compensations civiles⁷³.

Deuxièmement, le néo-classicisme ne tient pas suffisamment compte de la personnalité de l'auteur⁷⁴. Troisièmement, la défense sociale nouvelle rejette la distribution automatique de peines fixes, la conception du juge pénal comme oracle de la loi et celle de la peine comme dette à payer⁷⁵.

Prenons maintenant la critique du positivisme italien (ou de ses continuateurs). Premièrement, la défense sociale nouvelle rejette le déterminisme positiviste (qu'il s'agisse du déterminisme biologique de Lombroso ou du déterminisme social de Ferri). Elle fait une place importante à la liberté humaine. Elle repose sur « la reconnaissance, l'utilisation et le développement de ce sentiment inné de la responsabilité, que tout homme, y compris le délinquant, possède nécessairement en lui⁷⁶ ». Deuxièmement, elle se méfie des classifications de délinquants (délinquants d'habitude, occasionnels, passionnels, etc.). Il est nécessaire de se pencher sur chaque personnalité individuelle pour réagir de façon appropriée, il faut comprendre « pourquoi cet homme particulier, dans telle ou telle circonstance, avec tels ou tels antécédents et telle ou telle constitution biologique, a commis cette action déterminée⁷⁷ ». Troisièmement, elle rejette le scientisme positiviste (le fait de prendre en compte uniquement les données purement scientifiques). Quatrièmement, la défense sociale insiste sur le respect des libertés individuelles, sur le respect du principe de légalité. Elle rejette toute intervention *ante delictum*. Cinquièmement, la défense sociale nouvelle ne se focalise pas uniquement sur

72 M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 2^e édition, Paris : Cujas, 1966, p. 202.

73 M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, *op. cit.*, p. 239.

74 M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, *op. cit.*, p. 203.

75 M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, *op. cit.*, p. 203-204.

76 M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, *op. cit.*, p. 207.

77 M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, *op. cit.*, p. 208.

la neutralisation (et son fondement, la dangerosité), mais fait une place centrale aux mesures curatives et éducatrices. Elle insiste sur l'importance d'une gamme étendue et différenciée de mesures⁷⁸.

Bref, la défense sociale nouvelle cherche une voie moyenne entre le néo-classicisme et le positivisme italien. Le premier considère que la lutte contre la délinquance est une question relevant uniquement du droit, « un système bien compris de légalité et d'intimidation générale devant suffire à protéger la Société contre la délinquance⁷⁹ ». Le deuxième, au contraire, élimine les juristes :

À l'impérialisme du droit pénal succédait l'impérialisme, mal précisé et d'autant plus dangereux, d'une Criminologie uniquement soucieuse d'intervention efficace. Le crime allait échapper au juge, et les garanties tutélaires de la procédure, après celles de la loi pénale, seraient dépassées par une action discrétionnaire contre les manifestations de la délinquance⁸⁰.

Le système de défense sociale nouvelle proposé par Ancel n'est pas un abolitionnisme : il n'est pas question d'abandonner la peine, de substituer les mesures de sûreté aux peines. Toutefois, la peine est relativisée : il s'agit simplement d'un moyen de réaction anticriminelle parmi d'autres⁸¹. Ce procédé sera approprié dans certains cas, inapproprié dans d'autres, tout dépend des « besoins⁸² » (on retrouve le terme utilisé par Wootton) de l'infracteur : « il convient alors de rechercher quelle mesure peut produire le meilleur effet social. Il est clair ainsi, quoi qu'on fasse, que pour certaines catégories d'individus, la mesure criminologiquement appropriée reste le prononcé d'une peine⁸³. »

Après la *pars destruens*, la *pars construens*. Premièrement, il faut éviter la technicité juridique gratuite et inutile, les fictions juridiques, ne pas perdre de vue l'objectif de base qui est la lutte contre la criminalité et se recentrer sur l'humain. Les apports de la criminologie ne peuvent pas et ne doivent pas être ignorés⁸⁴.

78 M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, op. cit., p. 214-215.

79 M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, op. cit., p. 212.

80 M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, op. cit., p. 212.

81 M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, op. cit., p. 221-222.

82 M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, op. cit., p. 223.

83 M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, op. cit., p. 223. « La défense sociale, parce qu'elle est et qu'elle se veut réaliste, n'entend pas se priver de recourir, quand il le faut, au choc psychologique de la peine. » (M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, op. cit., p. 224.)

84 M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, op. cit., p. 230-239.

Deuxièmement, la défense sociale se fonde sur la prise en considération de la personnalité du délinquant. Cela signifie plusieurs choses⁸⁵. 1° On ne peut pas choisir la sentence pénale de façon satisfaisante si on tient uniquement compte de l'acte accompli. 2° Connaître le délinquant ne signifie pas connaître uniquement les circonstances extérieures de son acte ou ses antécédents légaux, mais également sa constitution biologique, ses réactions psychologiques, son histoire personnelle, sa situation sociale, sa dangerosité, ses chances de réinsertion, ses mobiles, etc. 3° L'étude de la personnalité doit être intégrée dans le procès pénal, ce qui implique une modification de la procédure traditionnelle. Le procès pénal doit être divisé en deux phases, comme en Angleterre (*conviction* puis *sentence*) :

La première [phase] doit impérativement rester accusatoire, et s'entourer de toutes les garanties procédurales traditionnelles. La défense sociale ne proteste pas contre le *juridisme* de la *law of evidence* du droit anglo-américain. À cette phase, il s'agit de savoir si l'on est en face d'un coupable ou d'un innocent [...]. L'erreur serait seulement de croire que, le problème juridique résolu, aucun autre problème ne se pose pour la justice pénale. Un problème nouveau, d'une extrême complexité, surgit au contraire. Ce problème n'est plus, à la phase de la « sentence » tout au moins, de garantir un innocent possible contre une poursuite injustifiée ; le problème est de déterminer, par des moyens de caractère non plus seulement juridique, mais scientifique, la meilleure méthode de traitement pour celui qui a commis un acte délictueux⁸⁶ [...].

Troisièmement, la défense sociale s'appuie aussi bien sur des peines que des mesures ou, si on préfère, aussi bien sur des mesures punitives que des mesures non punitives. Son objectif premier est la prévention de la récidive⁸⁷ et, pour cela, tous les procédés sont bons à prendre :

L'évolution moderne du système pénal positif consiste même à utiliser à la fois la sanction rétributive et la procédé non punitif à finalité préventive. Il ne s'agit donc pas [...] d'éliminer totalement la peine pour la remplacer par des mesures uniquement curatives ou réformatrices. Dans un système rénové de politique criminelle, au contraire, le juge doit pouvoir faire appel à la sanction répressive, même lorsque, comme pour les mineurs, on est dans le cadre normal de

85 M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, *op. cit.*, p. 242-257.

86 M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, *op. cit.*, p. 255.

87 « c'est non la masse des infracteurs possibles (et purement éventuels) qu'il convient de considérer, mais d'abord ceux qui sont ou ont été aux prises avec la justice pénale [...]. » (M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, *op. cit.*, p. 264, note 90.)

la sanction éducative. Dans beaucoup d'autres hypothèses, à l'inverse, il pourra y avoir lieu d'appliquer une mesure de sûreté curative, éducative ou neutralisante⁸⁸.

On peut continuer de distinguer conceptuellement peine et mesure, mais le plus important est de savoir ce qui fonctionne, et sur qui. Ancel rejette l'intervention *ante delictum*, les mesures de sûreté pré-délictuelles, sauf cas exceptionnels. En effet, celles-ci sont trop dangereuses pour les libertés individuelles. Cependant, il encourage l'utilisation de ce que Ferri nomme les « substituts de la peine », c'est-à-dire les dispositions législatives d'ensemble, par exemple pour prévenir l'alcoolisme.

Quatrièmement, la défense sociale nouvelle veut faire une place à la notion de responsabilité ou, plus précisément, au sentiment de responsabilité, c'est-à-dire au sentiment d'avoir pu agir autrement, de devoir rendre des comptes, etc. Il s'agit de réinterpréter la responsabilité comme *accountability*⁸⁹. On doit tenir compte de la crainte d'avoir à rendre des comptes ; le sentiment de responsabilité peut être utilisé comme procédé de reclassement ; la responsabilisation des individus est essentielle⁹⁰.

On le voit, la défense sociale souhaiterait que l'ensemble du droit pénal se modèle sur le droit de l'enfance délinquante, que l'organisation de la réaction contre la délinquance juvénile s'applique, *mutatis mutandis*, à la délinquance adulte. En effet, le droit de l'enfance délinquante vise à la rééducation et à la responsabilisation du jeune délinquant, prend en compte sa personnalité et recourt aussi bien à des mesures punitives qu'à des méthodes extra-pénales⁹¹.

Ancel, comme Wootton, critique la prison, la peine privative de liberté : elle est une rupture avec le travail, le milieu, la famille ; elle est une disgrâce, un signe d'infamie dont beaucoup ne se remettent pas ; elle est un obstacle au reclassement ; elle atteint non seulement le délinquant, mais également sa famille, ses proches, ses enfants. Ne faut-il pas réserver la prison traditionnelle au choc psychologique de la brève privation de liberté et multiplier les mesures de liberté surveillée ? « Le XXI^e siècle s'étonnera sans doute de notre étrange fidélité à des modes de réaction criminelle hérités du passé, et dont l'expérience démontre

88 M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, op. cit., p. 265.

89 M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, op. cit., p. 287.

90 M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, op. cit., p. 293-294.

91 M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, op. cit., p. 307-309.

l'inefficacité⁹². »

Ainsi, ces différents éléments doctrinaux justifient, selon nous, qu'on rattache Wootton à la tradition de la défense sociale. Cela signifie que Hart, en s'attaquant à Wootton, s'attaque indirectement à une tradition continentale qu'il ignorait ou dont il avait une connaissance très superficielle.

V. La critique ambiguë de Hart

La critique de Hart est ambiguë : il adresse plusieurs objections à Wootton qu'il ne juge pas insurmontables ; il lui fait une concession très problématique en ce qui concerne les infracteurs atteints de troubles mentaux. Commençons par examiner ses objections.

L'objection logique. Dans le système préventif de Wootton, on ne pourrait plus réprimer les tentatives (par opposition aux infractions consommées). Pourquoi ? Parce que pour établir qu'une personne a tenté, mettons, de tuer X, il faut établir qu'elle avait l'intention de tuer X. Or, Wootton défend l'élimination de la *mens rea*⁹³.

Hart anticipe lui-même une réponse possible à cette objection : au lieu de définir la tentative comme *acte visant à avoir une certaine conséquence*, on pourrait la définir comme *acte de nature à avoir une certaine conséquence*⁹⁴. Cependant, une telle réponse n'est même pas nécessaire. Selon nous, la proposition de Wootton d'éliminer la doctrine de la *mens rea* ne signifie pas qu'il ne faut plus prendre en compte l'intention de l'accusé. En effet, si on veut continuer de considérer le vol comme une infraction, alors il est nécessaire pour établir que X a volé la voiture de Y d'établir que X avait l'intention de garder la voiture de Y. Éliminer la doctrine de la *mens rea* signifie rejeter la question de savoir si l'accusé est en *faute* (ou a une *intention coupable* ou *aurait pu agir autrement*). Ainsi, on ne se demanderait pas si X a volé par sa faute. En revanche, on se demanderait (lors de l'étape du choix de la mesure) s'il a volé sous la contrainte et, le cas échéant, il serait certainement inutile de prendre des mesures le concernant.

92 M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, op. cit., p. 316.

93 PR, p. 209.

94 PR, p. 264.

L'objection politique.

Dans un système où la preuve de la *mens rea* n'est plus une condition nécessaire à la condamnation, les occasions d'interférences venant des autorités avec nos vies et de recours à la contrainte augmenteront fortement. Prenons par exemple la notion d'agression criminelle. Si l'on se débarrassait de la doctrine de la *mens rea*, chaque coup porté à autrui (même s'il était évident pour la police qu'il était purement accidentel ou simplement dû à un manque d'attention et qu'il ne s'agissait donc pas d'une agression criminelle dans l'état actuel du droit) ferait l'objet d'une enquête dans le cadre du nouveau système. En effet, il faudrait étudier la possible existence d'une condition curable ou traitable qui, si elle était sérieuse, devrait être traitée par des méthodes médicales ou pénales. Il ne fait aucun doute que, dans ce nouveau système, comme c'est le cas actuellement, le parquet ferait preuve de bon sens ; mais il faudrait lui confier un pouvoir discrétionnaire considérable afin qu'il identifie, au sein de la masse, les cas méritant une enquête, car pouvant faire l'objet d'un traitement thérapeutique ou pénal. Personne ne saurait voir avec sérénité un tel élargissement des pouvoirs de la police, car il s'accompagnera d'une grande incertitude pour l'individu : les interférences venant des autorités avec sa vie seront plus fréquentes, mais il sera moins capable de prédire leur incidence dès lors que n'importe quel coup accidentel ou porté par mégarde pourra en constituer l'occasion⁹⁵.

Pour répondre à cette objection, il faut clarifier le rôle de la police dans le système préventif de Wootton. Le rôle de la police ne serait pas très différent de celui qu'elle joue actuellement : recueillir les plaintes, rechercher et interpellier les infracteurs. Or, recueillir les plaintes, rechercher et interpellier les infracteurs suppose qu'on sache ce qui compte pour une infraction. Mais est-ce que « porter un coup à quelqu'un » compterait pour une infraction dans le système de Wootton ? Certainement pas, pour les raisons indiquées par Hart : la police aurait une tâche impossible et absurde à accomplir ; de plus, il faudrait lui confier un pouvoir discrétionnaire mettant en danger les libertés individuelles. Dans le système de Wootton, la police continuerait d'arrêter uniquement les auteurs d'agressions criminelles. La seule différence serait que la question de la responsabilité de l'agresseur ne se poserait plus (ou, du moins, plus de la même façon).

L'objection morale. Si on emprisonne un infracteur pour lui donner une leçon ou pour intimider ceux qui seraient tentés de l'imiter, on l'utilise pour le bien de la société. Or, nous

95 *PR*, p. 206.

n'avons pas le droit d'utiliser une personne de cette façon sans avoir la preuve qu'elle aurait pu agir autrement⁹⁶.

Wootton n'exclut pas l'utilisation de mesures punitives (même si elle souhaiterait exclure, à terme, le recours à la prison)⁹⁷. Wootton insiste sur la *variété* des personnalités humaines et sur le fait que, pour certaines personnalités, une « punition traditionnelle », c'est-à-dire un stimulus délibérément aversif (par exemple une amende), sera le meilleur moyen de prévenir la récidive.

Hart exige qu'avant d'utiliser des mesures punitives, sa règle de responsabilité soit respectée : on ne peut pas punir un individu qui n'a pas eu une chance raisonnable d'obéir à la loi ou qui est globalement incapable de discernement ou de contrôle sur ses actes. Mais Wootton pourrait tout simplement répondre : Quel intérêt aurait-on, dans le cadre d'un système tourné vers la prévention de la récidive, à punir une personne qui a enfreint la loi en raison d'une erreur invincible ou en raison d'un handicap mental ? Ce serait tout simplement absurde⁹⁸. Ce serait comme imposer un traitement antibiotique à une personne ayant attrapé la varicelle. L'argument utilisé par Hart contre Bentham du risque de défenses malhonnêtes ne fonctionne pas ici puisqu'on ne raisonne pas, dans le système de Wootton, en termes de responsabilité, d'excuses ou d'exemptions.

Le plus étonnant est que Hart donne lui-même cette réponse lorsqu'il propose son compromis entre l'élimination de la responsabilité et la rétention de la responsabilité. Pourquoi abandonner les plaidoyers de folie et continuer d'excuser les personnes « normales » en cas d'accident, d'erreur invincible, etc. ? Réponse : « La justification de cette mesure intermédiaire serait probablement que dans la plupart des cas de simple comportement accidentel ou non intentionnel, ou de crimes commis sous la contrainte, l'accusé n'est pas susceptible de répéter son crime et la punition ou le traitement n'est pas nécessaire⁹⁹. »

⁹⁶ PR, p. 207.

⁹⁷ « a sentencing policy which makes the prevention of crime its primary objective is not necessarily to be equated with one that is "soft" [...]. But, while adhering to the principle of minimum action, *it does not rule out the use of penalties* or discard deterrence altogether. » (B. Wootton, *Crime and the Criminal Law : Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, op. cit., p. 114, nos italiques.)

⁹⁸ Dans le même sens : « it is anything but clear that Lady Wootton would have us applaud the punishment of persons in such circumstances. » (R.A. Wasserstrom, « H.L.A. Hart and the Doctrines of *Mens Rea* and Criminal Responsibility », art. cit., p. 115.)

⁹⁹ PR, p. 179.

L'objection criminologique. Hart affirme que la déclaration de culpabilité par un tribunal suivie d'une sentence d'emprisonnement est un acte public exprimant la réprobation générale, voire l'hostilité, de la société à l'endroit de ceux qui enfreignent la loi. Si dans le système préventif défendu par Wootton, la déclaration de culpabilité et l'emprisonnement deviennent comparables à une inspection médicale obligatoire suivie d'une détention à l'hôpital, alors l'autorité du droit et sa force dissuasive en seront affaiblies¹⁰⁰.

Hart admet lui-même que cette objection n'a peut-être aucun fondement empirique. En effet, elle repose sur « la croyance selon laquelle l'efficacité du droit pénal dépend de la publicité et de la réprobation actuellement liées à la déclaration de culpabilité et au prononcé de peine, mais aussi de la dissuasion par l'exemple¹⁰¹ ». Or, cette croyance est peut-être erronée. Wootton dénonce justement la naïveté de cette objection :

Tout ce que je peux dire, c'est qu'une telle foi en l'omnipotence de l'effet dissuasif de la désapprobation sociale me semble extrêmement naïve et certainement pas confirmée par les faits. Personne ne peut être en contact même avec une poignée d'auteurs d'infractions graves sans se heurter à des attitudes anti-autoritaires bien ancrées face auxquelles les reproches officiels sont contre-productifs, tout comme les attitudes bienveillantes et généreuses de la part des personnes en situation d'autorité. [...] Je ne veux pas nier, cependant, qu'un infracteur, surtout s'il vient d'un « milieu respectable », peut avoir honte du fait de la disgrâce d'une condamnation et ainsi adopter de nouvelles attitudes. De tels cas sont cependant loin d'être typiques¹⁰².

En outre, il est clair que les deux étapes du système préventif de Wootton, établir les faits et prendre en charge l'infracteur, ne seront *jamais* assimilées au diagnostic médical et à la

100 H.L.A. Hart, « Review : Barbara Wootton, *Crime and the Criminal Law* », *art. cit.*, p. 1330.

101 *PR*, p. 209.

102 B. Wootton, *Crime and Penal Policy : Reflections on Fifty Years' Experience*, *op. cit.*, p. 222. La réponse d'Ansel à l'objection selon laquelle la défense sociale et le traitement du condamné risquent d'affaiblir la répression est proche de celle de Wootton. Pour lui, les mesures de sûreté ont une valeur intimidante au moins aussi importante que les peines proprement dites ; la valeur intimidante de la peine a été très exagérée ; ce n'est pas la peine qui dissuade, mais le gendarme et les poursuites : « le véritable effet intimidant résulte, non pas de la sanction finalement appliquée par le juge, mais de l'intervention étatique qui se produit aussitôt qu'a été constatée la commission du délit. La sagesse populaire le reconnaît d'ailleurs ouvertement en parlant, non pas de la peur du châtiment ou même de la peur du juge, mais de la "peur du gendarme". Ce qui peut le mieux retenir le délinquant potentiel, c'est en réalité le déclenchement probable et, si possible, automatique d'une procédure de poursuites qui l'oblige à rendre compte de son action et de sa conduite devant une autorité qualifiée. [...] Ce sont, ici encore, les juristes qui s'attachent à la *peine* ; l'opinion publique ou le délinquant virtuel voient d'abord le gendarme, la poursuite, le juge. » (M. Ansel, *La défense sociale nouvelle*, *op. cit.*, p. 345.)

prescription médicale. Établir que X a commis un viol, ce n'est pas la même chose que diagnostiquer une otite chez X ; imposer à X une mesure contraignante pour prévenir sa récurrence, ce n'est pas la même chose que proposer un traitement (non obligatoire) à X pour traiter sa maladie.

L'argument ad dystopia. Après avoir adressé ces quatre objections à Wootton, Hart associe l'élimination de la *mens rea* au *Brave New World* de Huxley (roman dystopique dans lequel les individus sont conditionnés dès l'enfance et drogués par l'État)¹⁰³.

Probablement sans en avoir conscience, Hart utilise ici un argument fallacieux, l'argument *ad dystopia*. Il s'agit d'un argument par lequel on cherche à convaincre l'auditoire ou les lecteurs en faisant référence à une œuvre dystopique (ou à un de ses éléments). Il se situe à mi-chemin entre le sophisme de la pente savonneuse et l'argument d'autorité¹⁰⁴. Dans l'autre conférence consacrée à Wootton, « Punishment and the Elimination of Responsibility », l'œuvre à laquelle Hart fait référence n'est pas *Brave New World* de Huxley, mais *Erewhon* de Butler : « Il y a peut-être quelque chose de dépassé et de démodé dans les termes dans lesquels nous discutons de la moralité de la peine – comme si nous étions forcés de choisir entre la rétribution et un *Erewhon* où la question “Aurait-il pu agir autrement ?” n'est jamais soulevée¹⁰⁵. »

Cet argument, en plus d'être fallacieux, a probablement contribué à diaboliser Wootton et, pour cette raison, a fait obstacle à une lecture charitable de sa proposition.

La concession de Hart. Dans « Changing Conceptions of Responsibility », Hart a esquissé au sujet des malades mentaux un compromis entre (ce qu'il croit être) la proposition de Wootton et sa propre règle de responsabilité. Au lieu d'éliminer la *mens rea*, il faudrait « éliminer les plaidoyers de folie et de responsabilité diminuée¹⁰⁶ ». Pendant la première étape du procès pénal, celle de la déclaration de culpabilité, on ne pourrait plus utiliser l'aliénation mentale comme moyen de défense et il n'y aurait aucune investigation à ce sujet (mais tous les autres moyens de défense seraient maintenus). Partant, un malade mental pourrait être déclaré

103 PR, p. 209.

104 Q. Pironnet, « Droit et dystopies », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 77, n° 2, 2016, p. 363-392.

105 PR, p. 180-181.

106 PR, p. 205.

coupable de meurtre, de viol, etc. En revanche, pendant la deuxième étape du procès pénal, celle de la sentence, on pourrait et on devrait se demander si le coupable souffre actuellement d'une maladie mentale et, le cas échéant, le tribunal aurait l'obligation de lui imposer un traitement médical¹⁰⁷ :

Il est impossible de ne pas s'associer à sa conclusion [i.e., celle de Wootton] selon laquelle, dans la plupart de ces cas d'anomalie mentale, la seule chose qu'on peut faire est d'utiliser les éléments de preuve pour diagnostiquer ceux dont les anomalies mentales sont susceptibles d'entraîner une conduite dommageable et de prévoir quel traitement préviendra au mieux leur récurrence¹⁰⁸.

Ici, Hart s'inspire du *Mental Health Act* de 1959, car la section 60 de ce texte prévoit que les tribunaux *peuvent* (*may*), après la condamnation de l'infracteur, si celui-ci souffre d'une maladie mentale, ordonner sa détention en vue d'un traitement médical au lieu de prononcer une peine¹⁰⁹. L'apport de Hart consiste à changer de modalité : on passe de *may* à *must*. Comme il l'explique, le problème du *Mental Health Act* est que « même si les preuves médicales appropriées sont fournies, les tribunaux peuvent toujours administrer une peine traditionnelle s'ils le souhaitent. Les juges peuvent encore penser en termes de responsabilité¹¹⁰ [...] ».

Pourquoi Hart propose-t-il ce compromis ? C'est principalement en raison des difficultés liées à la défense fondée sur les troubles mentaux. Comme il l'écrit :

le débat médico-légal ayant lieu face au juge et au jury sur la question de savoir si une personne souffrant de troubles mentaux aurait pu contrôler son action ou si sa capacité de contrôler son action était oui ou non « substantiellement altérée » me paraît très souvent totalement irréal. Les éléments de preuve présentés sont non seulement souvent contradictoires, mais en outre semblent avoir un rapport très lointain avec le problème spécifique concernant le pouvoir ou la capacité de contrôle de l'accusé à telle occasion passée. J'ai du mal à croire que sur ce problème spécifique, quoi que ce soit de cohérent ne pénètre dans l'esprit du jury après qu'il a entendu les témoignages d'experts et l'avertissement du juge

107 *PR*, p. 205.

108 *PR*, p. 180.

109 *PR*, p. 198.

110 *PR*, p. 199.

selon lequel ces questions « ne peuvent pas être prouvées scientifiquement »¹¹¹.

Ici, Hart a été fortement influencé par Wootton. Pour Wootton, il est très difficile de faire la différence entre celui qui est méchant (*wicked*) et celui qui est simplement malade (*sick*). Les critères de distinction offerts par la psychiatrie sont peu convaincants : « mesurer le degré de responsabilité des gens pour leurs crimes va encore au-delà de nos compétences ; [...] alors que le droit exige des distinctions nettes, la nature connaît seulement des gradations infinies¹¹². »

Hart a conscience du fait que sa proposition pose de nombreux problèmes techniques (qu'il énumère dans une longue note¹¹³). Toutefois, elle ne pose pas seulement des problèmes techniques, mais également des problèmes moraux. En effet, une différence importante entre la proposition « extrême » de Wootton et la proposition « modérée » de Hart est que, chez Wootton, il n'y a plus de déclaration de *culpabilité* ou de *condamnation*, il n'y a qu'une *identification* de l'auteur de l'infraction. Comme le note Wasserstrom, Hart est prêt à déclarer coupable ou à condamner un fou, ce qui rend finalement sa position plus extrême que celle de Wootton¹¹⁴. Pour répondre au défi de Wootton, Hart préfère introduire une injustice au sein du système pénal qu'abandonner le système pénal.

Quoi qu'il en soit, ce qu'il faut ici souligner est que Hart a tenté de trouver un juste milieu entre le système pénal (tel qu'on le connaît) et le système préventif défendu par Wootton (certes, sans approfondir cette tentative, comme souvent). Il est malheureux que la philosophie pénale post-hartienne, au lieu de reconnaître cette tentative (bien réelle), ait attribué à Hart une théorie mixte de la peine (imaginaire) ; et qu'au lieu d'explorer cette piste (prometteuse), se soit focalisée sur la conciliation (illusoire) entre rétributivisme et utilitarisme.

111 *PR*, p. 204-205.

112 B. Wootton, *Crime and Penal Policy : Reflections on Fifty Years' Experience*, *op. cit.*, p. 237.

113 *PR*, p. 205-206, note 31.

114 « [Wootton's] proposal is more moderate than Hart's just in the sense that it precludes incorrect and specious assessments of blame and responsibility, while Hart's appears to invite them. » (R.A. Wasserstrom, « H.L.A. Hart and the Doctrines of *Mens Rea* and Criminal Responsibility », *art. cit.*, p. 125.)

Conclusion

Dans cette conclusion générale, nous procéderons en deux temps. Dans un premier temps, nous résumerons les principaux acquis de ce travail. Dans un deuxième temps, nous tenterons de répondre à la critique de Thorburn selon laquelle la philosophie pénale de Hart est radicalement orthodoxe.

Au départ, nous avons voulu justifier notre travail en expliquant pourquoi les quatre interprétations les plus courantes de la philosophie pénale de Hart sont insatisfaisantes. D'après la première interprétation, Hart défendrait une théorie mixte de la peine, un compromis entre utilitarisme et rétributivisme. Cependant, selon nous, Hart ne fait *aucune* concession au rétributivisme, sauf à tordre la notion de « rétribution » au point de la vider de son sens. De plus, le débat utilitarisme/rétributivisme n'est pas sa principale préoccupation : le véritable défi vient du « scepticisme pénal » représenté, en Angleterre, par Barbara Wootton. D'après la deuxième et la troisième interprétations, Hart défendrait une forme d'utilitarisme : ou bien un utilitarisme de la règle, ou bien un utilitarisme libéral. La thèse selon laquelle Hart défendrait un utilitarisme de la règle doit être rejetée : Hart se dissocie explicitement de l'utilitarisme de la règle du jeune Rawls et de Lyons ; de plus, nous n'avons aucune preuve du fait qu'il considère comme pertinente la distinction entre utilitarisme de l'acte et de la règle. La thèse selon laquelle Hart défendrait un utilitarisme libéral doit elle aussi être rejetée : la combinaison entre utilitarisme et libéralisme est ou bien redondante, ou bien une contradiction dans les termes ; en outre, utilitarisme et libéralisme étaient pour Hart autant des sources d'inspiration que des adversaires théoriques. D'après la quatrième interprétation, Hart défendrait une approche *goal/constraint*. Cette interprétation, bien que meilleure que les trois autres, n'est pas non plus satisfaisante. D'une part, les principes de justice encadrant la poursuite de l'objectif de réduction du crime ne sont pas conçus par Hart comme des contraintes collatérales déontologiques ou quasi déontologiques. D'autre part, cette interprétation n'explique pas sur quelle philosophie morale repose cette combinaison, apparemment *ad hoc*, de considérations téléologiques et de considérations de justice ou d'équité.

Après avoir écarté ces quatre interprétations, nous avons présenté la nôtre. Selon nous, la philosophie pénale de Hart peut être reconstruite comme l'articulation d'une méthode, la

méthode analytique de distinction des problèmes, et d'une éthique, le pluralisme moral. La méthode analytique de distinction des problèmes, comme son nom l'indique, reflète l'attachement de Hart à la philosophie analytique et consiste à distinguer quatre questions trop souvent confondues et entre lesquelles il n'y a pas de lien nécessaire : les questions de la définition de la peine, de la justification de la peine, de la responsabilité pénale et de la détermination de la peine en qualité/quantité. Pour Hart, on ne peut pas secourir la justification utilitariste de la peine en disant que, par définition, la punition de l'innocent est impossible¹ ; et ce n'est pas parce qu'on accepte la justification utilitariste de la peine qu'on doit justifier les conditions de la responsabilité pénale ou les principes de détermination de la peine à l'aide d'arguments utilitaristes.

Le pluralisme moral de Hart a deux aspects : le pluralisme des valeurs et le pluralisme des formes de raison morale. Le pluralisme des valeurs de Hart est, selon nous, très proche de celui d'Isaiah Berlin, son ami le plus proche. Pour les deux penseurs, il existe une pluralité irréductible de valeurs morales (telles que l'égalité, la liberté, la sécurité, la justice, le bonheur, la vérité, etc.), pas toujours commensurables, pas toujours compatibles, entre lesquelles nous sommes contraints de choisir ou de trouver un compromis sans être guidé par un principe ultime. Pour Hart comme pour Berlin, le monisme, en particulier le monisme utilitariste, est une erreur et un danger : on ne peut pas réduire ou subordonner toutes les valeurs à une valeur ultime, par exemple l'utilité générale. Les dilemmes moraux et les choix qu'ils nécessitent sont une composante indépassable de l'existence humaine.

Le pluralisme des formes de raison morale de Hart s'oppose à ce que Hart appelle la « doctrine restrictive de Bentham en matière de raison d'agir » selon laquelle toute autre raison d'agir que l'utilité générale est une pseudo-raison. Au contraire, pour Hart, il existe une pluralité irréductible de formes de raison morale qui proviennent de différents « segments » de la morale : les droits, les devoirs, les obligations spéciales, les obligations générales, les conséquences avantageuses ou néfastes, les vertus, etc. Comme les valeurs, elles peuvent entrer en conflit ou, à l'inverse, se cumuler. Ce point de vue, d'après nous, rejoint celui de Nagel selon lequel il existe à la fois des raisons morales impersonnelles et de raisons morales centrées sur l'agent ; ou le point de vue de Dancy selon lequel le conséquentialisme restreint

1 Comme l'écrit très bien MacCormick : « Care should be taken to avoid the use of what is truly a definition of punishment as though it were itself an answer to a (value) question about justification of the practice or about justified distribution of punishments. » (N. MacCormick, *H.L.A. Hart*, Stanford : Stanford University Press, 2008, p. 173.)

indûment les types de raison morale admissibles.

Comment la méthode analytique de distinction des problèmes et le pluralisme moral de Hart s'articulent-ils dans sa philosophie pénale ? Première articulation, le pluralisme des valeurs permet à Hart de résoudre la question de la responsabilité pénale et celle de la détermination de la peine. En effet, les principes distributifs qu'il défend (punir uniquement ceux qui ont eu une chance raisonnable d'obéir à la loi, exclure les peines inhumaines et dégradantes, etc.) reflètent des « valeurs avec lesquelles on peut souhaiter trouver un compromis, compromis restreignant la poursuite des principales valeurs justifiant la peine² ». Ces valeurs avec lesquelles on peut souhaiter trouver un compromis sont principalement la justice, la liberté et la sécurité juridique. Pour Hart, la tension au sein du système pénal entre la fin et les moyens, entre la justification et la distribution, doit être comprise comme une tension entre des valeurs incompatibles que l'on tente d'accommoder au mieux.

Deuxième articulation, le pluralisme des formes de raison morale permet à Hart de résoudre la question de la justification de la peine. Selon nous, Hart n'exclut pas que la pratique de la peine soit justifiée pour plusieurs raisons qui ne sont pas du même type. En vérité, il est tout à fait possible qu'il accepte, en plus de la justification benthamienne, ce que nous avons appelé la justification fondée sur les droits et que la pratique de la peine soit, à ses yeux, *doublement* justifiée : d'une part, elle est nécessaire pour prévenir un mal plus grand, d'autre part, elle est nécessaire à un niveau raisonnable de sécurité et à l'obéissance des « passagers clandestins » auxquels nous avons droit.

Par ailleurs, Hart reconnaît que les raisons pour lesquelles on punit tel individu en particulier ne sont pas du même type que celles pour lesquelles en général on punit ceux qui ont enfreint la loi. L'obligation politique explique pourquoi le simple fait d'avoir enfreint la loi est en soi une raison justifiant l'infliction de la peine prévue à l'auteur de l'infraction. En revanche, on ne peut pas expliquer pourquoi en général on punit ceux qui ont enfreint la loi en disant « parce qu'ils ont enfreint la loi » : d'autres raisons ou arguments sont nécessaires.

Après avoir présenté notre interprétation dans ses grandes lignes, nous avons montré pourquoi elle s'accordait particulièrement bien avec l'anti-réductionnisme et le primat de la complexité

2 LLM, p. 37-38.

(typiques de la philosophie du langage ordinaire) qui imprègnent l'ensemble de l'œuvre de Hart, puis nous sommes passés à l'examen de la première des quatre questions distinguées par Hart : celle de la définition de la peine.

Dans « Prolegomenon to the Principles of Punishment », Hart propose une définition de *standard punishment* proche de celle de Flew. Fidèle à sa méthode de définition (la « méthode du prototype »), il énumère les caractéristiques saillantes d'une peine standard, dont seulement quelques-unes sont nécessaires (communes aux cas standards et non standards). Il insiste sur le fait que sa définition ne nous permet pas de résoudre le problème de la punition de l'innocent : en vérité, elle n'exclut pas cette possibilité, mais en fait seulement un cas non standard.

La définition de Hart est relativement consensuelle (ce qui explique sans doute pourquoi elle est si souvent citée et reprise). Toutefois, nous avons tenté d'élaborer une définition plus inclusive de la peine : nous nous sommes demandé quelles caractéristiques étaient communes aux cas standards et aux cas non standards en examinant un par un les cinq critères de la définition de Hart. Le premier point est que toute peine n'a pas des conséquences normalement considérées comme désagréables, mais a des conséquences normalement considérées comme aversives. L'acte de punir un individu consiste à lui présenter un stimulus aversif. En outre, les conséquences aversives de la peine (ou au moins une partie d'entre elles) sont voulues comme telles : elles ne sont pas un effet collatéral prévisible ou inévitable. Le deuxième point est que toute peine ne doit pas être infligée pour une infraction à une règle de droit, mais doit être infligée pour un acte reproché. Toute action punitive commence par là : quelque chose est reproché à quelqu'un. Le troisième point est que toute peine n'est pas infligée à un infracteur pour son infraction, mais à un être, qu'il soit humain ou non humain, coupable ou innocent. Le quatrième point est que toute peine doit effectivement être infligée par l'autorité judiciaire ou organisée : c'est ce qui distingue, en français, la peine/sanction pénale de la simple punition.

Après avoir élargi la définition de Hart, nous nous sommes penchés sur la thèse de Feinberg selon laquelle toute peine au sens fort, à distinguer des simples pénalités, exprime des attitudes de ressentiment et d'indignation (élément affectif) ainsi que des jugements de désapprobation et de réprobation (élément cognitif). Hart souscrit-il à cette thèse ? Dans deux

textes, Hart affirme que la déclaration de culpabilité d'un tribunal suivie par une sentence d'emprisonnement est un acte public exprimant la réprobation de la société (*conviction by a court followed by a sentence of imprisonment is a public act expressing the odium of society*). Toutefois, Hart ne prétend pas énoncer une vérité analytique. En outre, on trouve dans d'autres textes un argument fort contre la thèse de Feinberg : elle est sociologiquement naïve, car elle présuppose que lorsqu'un crime est commis, la société s'en indigne et le réprouve collectivement et au même degré. Malgré ses défauts, il nous semble que la thèse de Feinberg contient tout de même une part de vérité : d'une part, il est vrai que certaines peines, comme la prison, sont déshonorantes et ont une forte signification symbolique ; d'autre part, il est vrai que toute peine repose, on l'a vu, sur un acte reproché ou sur une accusation.

Avant de passer au chapitre suivant, nous avons voulu mettre à plat un certain nombre de distinctions conceptuelles rarement explicitées dans la littérature. Nous avons distingué : 1° l'acte de punir et la pratique de la peine qui repose sur l'exécution régulière, au sein d'une communauté, d'actes de punir. Cette distinction, comme Hart et plusieurs de ses contemporains l'ont souligné, est indispensable pour résoudre la question de la justification de la peine ; 2° la peine et le système pénal. La pratique de la peine peut exister indépendamment du système pénal qui est un ensemble d'institutions juridiques dont la mission principale et la raison d'être est de sanctionner les infractions. Cette distinction est essentielle pour comprendre le débat Hart/Wootton et, plus généralement, pour comprendre la tradition de la défense sociale ; 3° la peine et le droit pénal. Comme Hart l'admet, si la théorie du droit d'Austin ne fonctionne pas en tant que théorie du *droit*, elle est acceptable en tant que théorie du droit *pénal* : les lois pénales sont effectivement des ordres généraux appuyés de menaces. La distinction entre peine et droit pénal est importante, car on peut défendre une théorie expressiviste du droit pénal (comme Hart) tout en rejetant les définitions ou les justifications expressivistes de la peine ; 4° la peine et les menaces du législateur. Il est très important de distinguer l'infliction d'une peine par un juge et les menaces du législateur dirigées contre ceux qui seraient tentés de violer la loi. En effet, une célèbre critique de Bentham par Hart repose sur cette distinction ; 5° les amendes et les taxes. Hart insiste beaucoup sur cette distinction même si, comme il l'admet, la différence entre les deux peut devenir imperceptible, par exemple en cas de « montant prohibitif » ; 6° les peines et les mesures (ou, si on préfère, les mesures punitives et les mesures non punitives). La position de Wootton est difficile à comprendre si on ne saisit pas cette distinction. Les mesures, à la différence des

peines, ne reposent pas sur un acte reproché et leurs conséquences aversives ne sont pas voulues comme telles.

Le deuxième chapitre était consacré à la question de la justification de la peine. Nous avons jugé important de commencer par une clarification de la question (qui est souvent confondue avec la question de la fonction de la peine). Justifier la peine, c'est expliquer pourquoi la pratique de la peine ne doit pas être abolie comme la peine de mort, c'est établir son bien-fondé, c'est la défendre contre ses détracteurs. Pour Hart, s'il faut justifier la peine, c'est parce qu'elle pose problème ; et sans vue d'ensemble des raisons pour lesquelles elle pose problème, il est impossible de savoir si on peut la justifier. De son point de vue, l'objection la plus forte contre cette pratique est la misère qu'elle crée (directement ou indirectement). Mais ce n'est pas la seule. Punir dans un État de droit coûte cher et entraîne nécessairement la condamnation de personnes innocentes. La peine reproduit (au moins matériellement) les délits qu'elle sanctionne : meurtre, séquestration, racket, etc.

La première justification acceptée par Hart est celle donnée par Bentham : la répression de telle ou telle infraction est justifiée si et seulement si 1° elle empêche un mal plus grand que celui qu'elle cause, 2° il n'est pas possible d'obtenir le même résultat à moindre coût. Selon Hart, la répression de l'homosexualité ou de l'avortement ne remplit pas la première condition et, de ce fait, n'est pas justifiée. En revanche, la répression des atteintes aux biens et aux personnes semble remplir la première condition. Mais remplit-elle la deuxième ? Hart soutient que la peine est une « nécessité naturelle ». Nous avons cherché à vérifier cette affirmation en examinant les principales alternatives à la peine : la thérapie, la réhabilitation, la réparation, la récompense. Hart les connaît toutes, mais les discute peu, voire pas du tout. Probablement parce qu'aucune d'entre elles ne semble en mesure de remplacer la peine dans tous les cas : la majorité des infracteurs ne sont pas « malades » ou n'ont pas besoin d'être « réhabilités », la réparation est une pseudo-alternative souvent inapplicable et la récompense est trop coûteuse. Toutefois, il serait désirable, selon nous, de recourir plus souvent à ces alternatives lorsque c'est possible et avantageux.

La justification de Bentham pose de nombreux problèmes. Un d'entre eux est qu'elle semble incomplète. Pour que la répression d'une infraction soit justifiée, il ne suffit pas qu'elle soit nécessaire pour éviter un mal plus grand : il faut également montrer qu'elle n'est pas due à

une faute de l'État et que les personnes punies ne sont pas sacrifiées à la société. Selon Hart, ces deux conditions sont remplies : la nécessité de la répression n'est pas due à une faute de l'État mais à la nature de l'être humain (mi-ange, mi-démon) ; les personnes punies ne sont pas sacrifiées à la société si on leur a donné une chance raisonnable d'obéir à la loi.

Après avoir longuement analysé la justification benthamienne de la peine, nous nous sommes demandé si la peine pouvait être doublement justifiée, c'est-à-dire justifiée pour une raison supplémentaire. Un premier candidat est la justification rétributiviste de la peine. Celle-ci peut être formulée de plusieurs manières : conséquentialiste (la rétribution en souffrance est un bien intrinsèque à maximiser), déontologique (la rétribution en souffrance est un impératif de justice), biblique (la rétribution en souffrance permet de redistribuer équitablement le bonheur). Cependant, quelle que soit la formulation choisie, cette justification n'est pas convaincante. Pour Hart, la justification rétributiviste est ou bien un non-sens, ou bien une confusion entre peine et compensation, ou bien une forme cachée d'utilitarisme, ou bien une pseudo-réponse à la question de la justification.

On pourrait nous objecter que dans *Le concept de droit*, Hart écrit que le juge considère la violation de la règle comme la justification de la punition qu'il inflige au délinquant. Cependant, soutenir que la condamnation d'un individu est justifiée pour la simple et bonne raison qu'il a commis une infraction, ce n'est pas être rétributiviste, mais témoigner du fait qu'on prend au sérieux la règle qui a été violée. Si un individu a l'obligation de respecter telle règle, il s'ensuit *analytiquement* que la violation de cette règle justifie l'infliction de la peine prévue, sans quoi parler d'obligation ou de règle n'aurait aucun sens.

Un deuxième candidat est la justification expressiviste. Celle-ci peut elle aussi être formulée de plusieurs manières : à la manière de Durkheim (la peine est nécessaire à la cohésion sociale qu'elle protège en réaffirmant les valeurs bafouées par le crime et en revitalisant la conscience collective) ou à la manière de Lord Denning (la peine de mort est justifiée, car elle seule exprime avec suffisamment de force la condamnation du meurtre). Nous avons vu que le désaccord entre Hart et Durkheim était extrêmement subtil, puisque Hart soutient lui aussi que la peine est un ciment social : elle offre aux individus une garantie nécessaire à leur coopération. En revanche, le désaccord entre Hart et Lord Denning est total. Il n'est pas vrai que la peine soit nécessaire pour dénoncer le crime et, même si c'était vrai, à quoi bon créer

autant de misère uniquement pour dénoncer le crime ?

Le dernier candidat est ce que nous avons appelé la justification fondée sur les droits. Elle est effleurée par Hart, mais il nous en donne tous les ingrédients. La première formulation de la justification fondée sur les droits peut être extraite de « Are There Any Natural Rights ? » : si la réciprocité des restrictions donne droit aux membres coopérants à l'obéissance de tous ceux qui bénéficient des règles, et si la peine est nécessaire pour obtenir cette obéissance, alors les membres coopérants ont droit à ce que les contrevenants soient sanctionnés et l'État a l'obligation de les sanctionner. Cette justification de la peine ne doit pas être confondue avec la *fair-play theory of punishment* esquissée par Morris, un doctorant de Hart. Hart ne dit pas que la peine permet de reprendre à l'infacteur l'avantage injuste dont il bénéficie.

La deuxième formulation de la justification fondée sur les droits ne repose pas sur un « droit moral positif » (le droit que la réciprocité des restrictions donne aux membres coopérants), mais sur un « droit humain fondamental » : le droit à la sécurité. Nous avons montré que ce droit, en plus d'être plusieurs fois affirmé par Hart, s'accordait parfaitement avec sa conception (malheureusement trop peu développée) des droits humains fondamentaux selon laquelle ceux-ci protègent des besoins minimaux essentiels à tout être humain. Si tout être humain a droit à un niveau raisonnable de sécurité, et si ce niveau raisonnable de sécurité ne peut pas être garanti sans réprimer certaines infractions, alors l'État a l'obligation de réprimer ces infractions.

Certains s'étonneront qu'on attribue à Hart un tel point de vue. Toutefois, dès le début de sa carrière, Hart a montré une quasi-obsession pour la question des droits et n'a cessé de chercher un moyen de dépasser l'étroitesse du positivisme utilitariste en ce qui concerne les droits³. De plus, il a constamment affirmé l'existence d'un lien essentiel entre droit et coercition justifiée.

Nous avons expliqué pourquoi la justification benthamienne et celle fondée sur les droits étaient à la fois proches et différentes. Certes, ces deux justifications de la peine sont instrumentales. Cependant, elles justifient le recours à cet instrument – la peine – à l'aide d'arguments assez éloignés. La perspective de Bentham est arithmétique : il s'agit de faire le

3 Point bien relevé par J.-F. Kervégan, « Hart, le positivisme juridique, l'utilitarisme et la question des droits moraux », *Droit et Philosophie*, vol. 6, 2014, p. 105-106.

moins de mal possible. La perspective fondée sur les droits est non quantitative : il s'agit de garantir des droits *moraux*.

Nous avons consacré le chapitre suivant à la question de la responsabilité pénale, c'est-à-dire à la question de savoir qui peut être puni et à quelles conditions. La réponse de Hart se trouve dans ce que nous avons appelé sa « règle de responsabilité » : seul celui qui a enfreint la loi, possède certaines capacités et a eu une chance raisonnable (*fair opportunity*) d'obéir peut être puni. Dans un premier temps, nous avons essayé de dévoiler les origines de cette règle. Selon nous, Hart s'est inspiré des analyses des philosophes du langage ordinaire (en particulier de J.L. Austin et de Ryle) concernant l'expression « X aurait pu/n'aurait pas pu agir autrement » : pour ces philosophes, l'analyse conditionnelle compatibiliste classique est inadéquate et doit être remplacée par une analyse faisant référence aux *capacities* et aux *opportunities* de l'agent. Si Hart s'est inspiré de ces analyses, c'est parce que sa conviction initiale était que, conformément au sens commun, ceux qui n'auraient pas pu agir autrement ne doivent pas être punis.

Dans un deuxième temps, nous avons clarifié la signification de la règle de responsabilité de Hart. Pour être sanctionné pénalement, il faut posséder certaines capacités cognitives et volitives, c'est-à-dire avoir un minimum de discernement ou de contrôle sur ses actes. La condition psychique de certains individus est telle qu'ils n'ont pas ce minimum : les enfants, certains handicapés mentaux, certaines personnes souffrant de démence sénile, certaines personnes en proie à des pulsions irrésistibles du fait de lésions cérébrales, etc. Dès lors, ils sont pénalement irresponsables, il y a *exemption*. Ce qui pose problème est la « zone grise » des infracteurs qui auraient pu agir autrement, mais qui possèdent un faible niveau de discernement ou de contrôle sur leurs actes. Dans ce cas, pour Hart, on doit mitiger la peine et la compléter, voire la remplacer par des traitements. Nous avons également expliqué que lorsqu'une personne « normale » est *temporairement* privée de discernement ou de contrôle sur ses actes (par exemple suite à la consommation de drogues), la règle de responsabilité de Hart n'exclut pas la punition.

Pour être sanctionné pénalement, il faut également avoir eu une chance raisonnable d'obéir à la loi, c'est-à-dire s'être trouvé dans des circonstances telles qu'obéir n'était pas insurmontable, ne nécessitait aucune forme d'héroïsme. Par exemple, en cas d'ignorance

invincible, obéir à la loi nécessite un héroïsme épistémique ; en cas de contrainte physique invincible, obéir à la loi nécessite un héroïsme physique ; en cas de contrainte morale, obéir à la loi nécessite un héroïsme moral. C'est la raison pour laquelle, dans ces circonstances, les individus ne sont pas pénalement responsables, il y a *excuse*.

Après avoir clarifié et légèrement complété la règle de responsabilité de Hart (en lui ajoutant un composant servant de clef de compréhension des justifications pénales), nous avons examiné sa justification. Une des thèses centrales de Hart est que la justification utilitariste de la peine est parfaitement compatible avec une justification non-utilitariste de sa règle de responsabilité. Pour Hart, il n'est pas du tout certain qu'un utilitariste cohérent doive rejeter la responsabilité stricte, la responsabilité absolue, la responsabilité du fait d'autrui, etc. En fait, une distribution de la peine conforme au principe d'utilité ne ressemble peut-être pas à celle dont nous sommes familiers ou à celle défendue par Hart. Comme Hart le démontre, l'argument de Bentham selon lequel la responsabilité stricte ne peut être qu'inefficace n'est pas convaincant. En outre, les formes élargies ou pragmatiques d'utilitarisme passent à côté de l'essentiel, voire tombent dans le populisme.

Pour Hart, si on veut défendre les exemptions et les excuses, si on veut défendre la restriction de la peine à ceux qui possèdent certaines capacités cognitives et volitives et ont eu une chance raisonnable d'obéir, on doit faire appel à deux valeurs universelles : la liberté et la justice. Ce que Hart entend ici par liberté, c'est, comme Montesquieu ou Beccaria, l'opinion que l'on a de sa sûreté. Celle-ci serait fortement fragilisée si le « principe de responsabilité » n'était plus respecté. Même si la reconnaissance des exemptions et des excuses a très certainement un coût en termes de « sécurité policière », il s'agit selon Hart du prix à payer pour notre « sécurité juridique ». La pluralité des valeurs ne nous permet pas de tout avoir : lorsqu'elles sont en concurrence, les choix ou les compromis sont nécessaires.

Par ailleurs, il est profondément injuste de punir ceux qui n'auraient pas pu agir autrement. Il s'agit, en quelque sorte, d'une vérité analytique : le contester, c'est rejeter notre concept ordinaire de justice ou d'injustice. Lorsqu'on punit quelqu'un alors qu'il n'aurait pas pu agir autrement, on lui reproche injustement un acte qu'il n'aurait pas pu éviter. Contrairement à Bentham, Hart prend très au sérieux cette objection et refuse de la considérer comme une objection capricieuse ou puérile. Pour Hart, il est nécessaire de protéger la société (par la

peine), mais aussi de protéger l'individu contre la société (par la distribution de la peine)⁴. Si on généralise la responsabilité stricte pour maximiser l'efficacité du système pénal, certains individus seront traités comme de simples moyens, ce qui est moralement inacceptable.

Nous avons souligné à plusieurs reprises dans notre travail que la règle de responsabilité de Hart n'était pas un principe déontologique : d'une part, il s'agit d'un principe négatif, *excluant* la punition de tous ceux qui remplissent ses conditions, et non d'un principe positif, *exigeant* la punition de tous ceux qui remplissent ses conditions ; d'autre part, il est possible de déroger à cette règle ou de l'assouplir (par exemple, en injectant une petite dose de responsabilité stricte dans le système pénal). L'équilibre à trouver entre la protection de la société et la protection de l'individu contre la société est difficile à trouver et les travaux de Hart peuvent être lus comme une exploration de ces difficultés.

Dans un dernier temps, nous avons essayé de clarifier le lien entre la règle de responsabilité de Hart et le déterminisme. On affirme souvent que si le déterminisme est vrai, alors l'énoncé « J'aurais pu agir autrement » est faux. Toutefois, si l'énoncé « J'aurais pu agir autrement » veut seulement dire que je possède certaines capacités cognitives et volitives et qu'obéir à la loi ne nécessitait aucune forme d'héroïsme, alors sa vérité n'est pas du tout menacée par le déterminisme. Hart admet que si nous pouvions prédire avec certitude le comportement humain à l'aide de lois scientifiques, la pratique de la peine et le concept de responsabilité n'auraient peut-être plus de sens. Toutefois, cette possibilité semble très lointaine, voire logiquement exclue.

La responsabilité pénale n'est qu'un aspect de la distribution de la peine. L'autre aspect est la détermination de la peine en qualité et en quantité. Sur ce sujet, Hart défend quatre principes. Les deux premiers concernent le législateur, le rédacteur du Code pénal : les peines encourues pour les infractions graves doivent être plus sévères que celles encourues pour les infractions mineures (proportionnalité ordinale) ; les peines inhumaines et dégradantes doivent être exclues (humanité). Les deux derniers concernent le juge : les cas semblables doivent être traités de la même façon (égalité de traitement) ; les peines doivent être individualisées en

4 De façon similaire, on pourrait dire que le Code pénal vise la protection de la société, tandis que le Code de procédure pénale vise la protection de l'individu contre la société. Voir par exemple Ferri : « le Code pénal est le code fait pour les coquins ; tandis que le Code de Procédure pénale est fait pour la sauvegarde des honnêtes gens qui sont traduits en justice et qui ne sont pas encore reconnus comme coquins. » (E. Ferri, *La sociologie criminelle*, trad. L. Terrier, Paris : F. Alcan, 1905, p. 491.)

dessous du maximum légal (individualisation).

Le principe de proportionnalité ordinaire est le plus complexe. Hart le fait reposer sur l'échelle de gravité et de sévérité du sens commun, dont nous avons examiné les subtilités. L'objectif est d'éviter les disproportions choquantes : par exemple, punir aussi sévèrement la conduite sans permis et le viol. Hart ne pense pas qu'on puisse aller beaucoup plus loin que cela, étant donné le caractère très approximatif de l'échelle de gravité et de sévérité du sens commun. La défense de Hart du principe de proportionnalité ordinaire n'est pas vraiment satisfaisante. D'une part, il admet que la proportionnalité ordinaire n'est pas nécessairement conforme au principe d'utilité mais utilise un argument utilitariste (l'argument de la nullification) qu'il critique par ailleurs. D'autre part, il soutient qu'on peut justifier la proportionnalité ordinaire à l'aide de la règle de justice formelle (*treat like cases alike*), mais il n'explique pas en quoi la gravité est une différence pertinente (et du point de vue de l'objectif de réduction du crime, elle ne l'est pas nécessairement). Selon nous, Hart a esquissé un argument expressiviste plus convaincant : sans proportionnalité ordinaire, on ne *reflète* plus la différence de gravité entre les actes commis ce qui est en soi injuste.

Pour clarifier le principe d'humanité, nous avons repris les analyses de Waldron : une peine inhumaine est une peine entravant les besoins essentiels à l'intégrité physique et morale du condamné ; une peine dégradante est une peine rabaissant le condamné à un rang inférieur, au rang d'animal, de chose, etc. Pour Hart, il n'est pas du tout évident que l'utilitarisme nous protège contre ces peines, d'autant plus que Bentham en assume ouvertement certaines.

Le principe d'égalité de traitement, « Traitez les cas semblables de la même façon et les cas différents de façon différente », est un principe formel (c'est pourquoi Perelman parle de règle de justice formelle), car il ne nous dit pas quelle différence est pertinente et quel traitement doit être choisi. Toutefois, dans le domaine pénal, il a une implication importante : les différences de traitement entre infracteurs doivent être justifiées ou motivées par l'autorité judiciaire. Certains auteurs, comme Rawls, ont tenté de fonder l'égalité de traitement sur le principe de liberté, mais Hart semble attribuer à cette exigence de justice une valeur intrinsèque.

Le principe d'individualisation des peines est lui aussi complexe. Pour Hart, le juge ne doit

pas infliger une peine supérieure au maximum légal, mais ne doit pas non plus infliger une peine supérieure au maximum utilitariste, c'est-à-dire « infliger à son semblable, quelles que soient ses fautes, une quantité de souffrance supérieure à celle qui suffirait à le détourner de récidiver et à empêcher d'autres d'imiter sa mauvaise conduite⁵ ». Mais comment choisir entre la quantité de souffrance qui suffit à détourner le coupable de la récidive et celle qui suffit à empêcher d'autres d'imiter sa mauvaise conduite ? En effet, ces deux quantités ne sont pas nécessairement équivalentes. Hart semble donner raison à Wootton lorsqu'elle affirme que nous devons nous concentrer avant tout sur l'objectif de prévention de la récidive. Or, cela implique d'individualiser ou de personnaliser les peines : telle peine suffira à détourner tel coupable de la récidive, mais pas tel autre. L'individualisation des peines, pour Hart, ne contredit pas le principe d'égalité de traitement : le juge peut justifier la différence de traitement entre deux coupables en disant qu'ils n'ont ni la même personnalité, ni les mêmes besoins ; que les chances de succès de la peine sont fortes dans un cas, faibles dans l'autre.

Nous avons consacré le dernier chapitre au débat Hart/Wootton. Selon nous, ce débat est souvent mal compris. La question est la suivante : Est-ce qu'un système pénal rationnel et raisonnable, tel que celui défendu par Hart, est préférable à un système préventif entièrement tourné vers l'avenir, tel que celui défendu par Wootton ? Pour commencer, nous avons présenté l'alternative de Wootton. Selon elle, un système rationnel de prévention du crime devrait procéder en deux temps : 1° *identifying offenders* et 2° *dealing with offenders*. Dans un premier temps, il s'agit de retrouver les infracteurs (supposés) et d'établir si, oui ou non, ils ont effectivement enfreint la loi. Wootton exclut l'intervention *ante delictum*. À cette étape, il n'est pas nécessaire de tenir compte de la *faute*, du moment que l'accusé a effectivement commis l'acte dont on l'accuse : X a volé, X a tenté de tuer Y, etc. La question de savoir si l'acte est excusable ne se pose pas. Dans un deuxième temps, il s'agit de prendre, si nécessaire, une mesure préventive, punitive ou non punitive. Pour savoir si une mesure préventive est nécessaire et, le cas échéant, pour la choisir, il faut examiner les circonstances de l'infraction, la personnalité de l'infracteur, son histoire ; il faut également recourir à un maximum d'outils scientifiques (statistiques et cliniques). Il y a donc trois possibilités, en fonction du risque de récidive et des besoins de l'infracteur : pas de mesure, mesure punitive, mesure non punitive (traitement, neutralisation, réparation, *community service*, etc.).

5 J.S. Mill, *L'utilitarisme & Essai sur Bentham*, trad. C. Audard, P. Thierry, 2^e édition, Paris : P.U.F., 2009, p. 130.

Après avoir présenté l'alternative de Wootton, nous avons expliqué pourquoi elle la défendait. Selon elle, le système pénal est inefficace et irrationnellement obsédé par la punition, comme si c'était le seul ou le meilleur moyen de prévenir le crime. Si notre objectif est réellement de prévenir le crime, alors cela n'a aucun sens de s'enfermer dans un système *pénal*. La capacité du système pénal à dissuader les criminels et la rationalité calculatrice des individus ont été largement exagérées.

Nous avons défendu l'idée que Wootton pouvait être associée au courant continental de la défense sociale. En effet, ses critiques du système pénal, ses préconisations et ses arguments font largement écho à ceux d'Ansel, même s'il existe évidemment des nuances entre ces deux auteurs. Si Hart avait été un auteur continental, sa position aurait certainement été qualifiée, *mutatis mutandis*, d'éclectique ou de néo-classique.

Dans un dernier temps, nous avons examiné une par une les objections adressées par Hart à Wootton. Comme Hart le reconnaît lui-même, aucune de ses objections n'est décisive. L'objection logique, selon nous, n'est pas pertinente, car elle repose sur un malentendu entre Hart et Wootton à propos du concept de *mens rea* : Wootton ne soutient pas qu'il ne faut pas tenir compte de l'*état d'esprit*, mais de la *faute* de l'infracteur. L'objection politique est fragile : il n'est pas sûr que le système de Wootton soit plus répressif et liberticide qu'un système recourant massivement à l'emprisonnement. L'objection morale est compréhensible, mais il est improbable qu'un système tourné vers la prévention de la récidive inflige des punitions à ceux qui n'ont eu aucune chance raisonnable d'obéir à la loi. L'objection criminologique, selon Wootton, est naïve et les mesures de défense sociale n'excluent pas la honte ou la crainte d'avoir des comptes à rendre. Enfin, tous les arguments *ad dystopia* utilisés par Hart sont à la limite du sophisme.

À vrai dire, Hart ne cesse de donner raison à Wootton : sur la dissuasion générale, sur les archaïsmes pénaux, sur le problème des criminels souffrant de maladie mentale, etc. En outre, sa prétendue « voie moyenne » (prévoyant la suppression de l'*insanity defence*) est en réalité plus radicale que celle de Wootton : ne pas tenir compte de la maladie mentale au moment de la déclaration de culpabilité est beaucoup plus grave que ne pas en tenir compte au moment de l'établissement des faits.

Maintenant que nous avons synthétisé notre parcours, venons-en à la critique de Thorburn :

On pardonnera au lecteur qui ouvre pour la première fois *Punishment and Responsibility* de se demander pourquoi on en fait toute une histoire. Il n'y a certainement rien de vraiment radical dans les opinions de Hart. Sa vision de la justice pénale est nuancée, soigneusement organisée et articulée de manière réfléchie, mais c'est plus ou moins ce qu'on attend d'un membre de l'intelligentsia libérale bien pensante d'Oxford du milieu du siècle dernier. En effet, l'objectif principal du livre de Hart est de défendre sa vision utilitariste libérale plutôt banale de la justice pénale contre les défis plus radicaux de Barbara Wootton, Patrick Devlin et d'autres. Il reprend des arguments utilitaristes bien connus sur la justification de la peine [...] ainsi qu'une préoccupation libérale *mainstream* concernant la justice distributive dans l'allocation de la peine à des individus spécifiques [...]. Au cours de la décennie tumultueuse des années 1960, qui a vu déborder des mouvements intellectuels et politiques radicaux, les positions de H.L.A. Hart étaient invariablement modérées⁶.

Nous avons commencé par justifier notre travail en montrant que les principales interprétations de la philosophie pénale de Hart étaient insatisfaisantes. Toutefois, on pourrait nous rétorquer que, même bien comprise, la philosophie pénale de Hart n'a rien d'original, comme le soutient Thorburn.

Il est vrai qu'un réformateur ou un militant risque d'être déçu en lisant Hart. En effet, l'intérêt de son œuvre est davantage théorique que pratique. Hart a déployé dans sa philosophie pénale une approche ou une méthode qui, dans les années 1960, était inédite et dont la fécondité explique pourquoi Hart reste une référence incontournable. Cette approche a au moins trois caractéristiques.

1° L'approche de Hart est celle d'un philosophe analytique, fortement influencé par la philosophie du langage ordinaire. Cela signifie plusieurs choses : un anti-réductionnisme, un

6 M. Thorburn, « The Radical Orthodoxy of Hart's *Punishment and Responsibility* », in M.D. Dubber (éd.), *Foundational Texts In Modern Criminal Law*, Oxford : Oxford University Press, 2014, p. 279. Une fois de plus, on pourrait faire un parallèle entre Hart et Rawls. En effet, un reproche souvent adressé à Rawls en France est qu'il aurait simplement légitimé l'« orthodoxie libérale » ou justifié *a posteriori* la social-démocratie (L. Page, « La radicalité négligée de la théorie de la justice de John Rawls », *Mouvements*, vol. 3, n° 27-28, 2003, p. 158-164).

primat de la complexité sur la simplicité, un recours massif aux distinctions conceptuelles, une attention particulière à « ce que nous dirions quand... » et à « ce que nous voulons dire quand nous disons... », un effort dialectique pour dépasser les grandes oppositions doctrinales, un propos construit autour de thèses et d'arguments, une spécification et un rétrécissement des problèmes, une division du travail philosophique.

2° L'approche de Hart est à l'opposé d'une démarche positiviste au sens français usuel du terme, c'est-à-dire s'attachant exclusivement aux faits ou au droit positif. Comme l'écrit Gardner, « *Punishment and Responsibility* est une longue succession d'arguments moraux⁷ ». Hart ne pense pas que la morale s'oppose à l'argumentation, au contraire. Il dialogue constamment avec la tradition utilitariste et libérale. Pour Hart, des principes moraux se trouvent au fondement du droit pénal et certaines distinctions du droit pénal reflètent des distinctions morales. On peut reconnaître cela tout en maintenant que la question « Cette loi est-elle valide ? » est conceptuellement distincte et indépendante de la question « Cette loi est-elle bonne ou juste ? » (définition minimaliste ou déflationniste du positivisme).

3° L'approche de Hart est empiriste, au sens où elle part du droit pénal existant, mais également au sens où elle insiste sur l'importance des faits, sur la connaissance des effets de telle ou telle mesure, sur la nécessité de fournir des preuves empiriques solides, etc. Ces deux choses ne vont pas forcément de pair : on peut être un très bon juriste mais ne pas prêter attention aux sciences sociales (reproche que Hart adresse aux juges anglais) ; inversement, on peut être un excellent *social scientist* mais avoir une connaissance très limitée du droit pénal positif (reproche que Hart adresse aux sociologues américains).

L'originalité de Hart vient du mélange de ces trois aspects qu'on oppose traditionnellement à l'aide de dichotomies telles que faits/valeurs ou conceptuel/empirique. Comme il l'écrit dans un article principalement consacré à des questions de méthodologie :

L'analyse détaillée des grands concepts de la morale avec lesquels le droit est le plus étroitement lié me semble plus précieuse, à la fois comme une forme de *mental training* et comme un moyen de fournir aux étudiants une perspective plus large pour envisager le droit, que la formation à l'évaluation et à la critique de telle ou telle institution juridique à la lumière de différentes théories sociologiques ou psychologiques ou conceptions relatives au but de la

7 J. Gardner, « Introduction », in *PR*, p. xlviii.

société. Dire cela ne revient pas à nier la valeur de ces approches alternatives et, bien entendu, je suis d'accord sur le fait qu'il ne peut et ne doit pas y avoir de séparation absolue entre les enquêtes analytiques et la prise en compte de connaissances empiriques pertinentes pour la critique des institutions sociales ou juridiques. Il serait par exemple absurde de tenter d'analyser le concept de peine ou de responsabilité, ou de déterminer la signification et la pertinence des notions de rétribution, de dissuasion ou de réforme, sans prendre en considération certaines théories générales de la nature humaine et sans examiner l'affirmation selon laquelle des découvertes psychologiques ont rendu irrationnel l'usage continu de ces concepts (ou ont montré la nécessité de les modifier), si on ne veut pas qu'ils aillent à l'encontre du but social qu'ils sont censés servir⁸.

C'est avec cette même méthode que devront être abordées, selon nous, les grandes questions que Hart n'a pas traitées et sur lequel beaucoup de travail reste à faire : la question de la justification de la prison, celle de la prescription pénale ou encore celle de la justice prédictive et de la dangerosité.

8 H.L.A. Hart, « Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century : A Reply to Professor Bodenheimer », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 105, n° 7, 1957, p. 973.

Annexe : « Prolégomènes aux principes de la peine » (PR, p. 1-27)

1. Introduction

L'objectif principal de cet article est de donner un cadre permettant d'aborder les perplexités croissantes qui entourent aujourd'hui l'institution pénale et de montrer que pour rendre compte de façon moralement tolérable de cette institution, il faut la présenter comme un compromis entre des principes distincts et en partie antagonistes.

L'intérêt général pour le sujet de la peine n'a jamais été aussi grand qu'aujourd'hui et je doute que le débat public à ce propos ait jamais été aussi confus. Aussi bien l'intérêt que la confusion sont en partie dus au scepticisme relativement moderne à l'égard de deux éléments considérés comme des composants essentiels des « théories » de la peine traditionnellement opposées. D'une part, la vieille confiance benthamienne dans le fait que la crainte des sanctions menacées par le droit était un puissant moyen de dissuasion a été fragilisée par la prise de conscience grandissante du fait que le rôle joué par le calcul dans le comportement antisocial avait été exagérée. D'autre part, le doute a été semé sur la clef de voûte de la théorie « rétributiviste ». Ses partisans ne peuvent plus dire avec leur vieille confiance que les énoncés de la forme « Cet homme qui a enfreint la loi aurait pu la respecter » ont une signification univoque ou convenue ; ou alors, lorsque le scepticisme ne porte pas sur la *signification* de cette forme d'énoncé, il a ébranlé la confiance dans le fait que nous sommes généralement capables de distinguer les cas où un énoncé de cette forme est vrai de ceux où il ne l'est pas¹.

Outre l'incertitude suscitée par ces doutes fondamentaux, qui semblent remettre en question les différentes manières dont toutes les vieilles théories rivales ont rendu compte de l'efficacité et de la moralité de la peine, les déclarations publiques de ceux qui s'imaginent exposer, d'homme de bon sens à homme de bon sens, des principes orthodoxes ou de sens commun (qui ne sont pas atteints par les doutes psychologiques modernes) sont embarrassées. Ceux-ci donnent l'impression de ne pas avoir parfaitement saisi la signification des mots qu'ils emploient ou de ne pas avoir eu l'intention de les utiliser au sens littéral. Un coup d'œil

¹ Voir Barbara Wootton *Social Science and Social Pathology* (1959) pour une formulation complète et moderne de ces doutes.

aux débats parlementaires ou au *Rapport de la Commission Royale sur la Peine Capitale*² montre que beaucoup de personnes sont aujourd'hui troublées, car elles sentent que l'idée selon laquelle il n'y a qu'une seule valeur ou objectif suprême (comme la dissuasion, la rétribution ou la réforme) en fonction duquel il faut répondre à *toutes* les questions sur la justification de la peine est erronée ; pourtant, on ne peut rendre compte de façon claire, à partir de ce qui est dit en de telles occasions, de ce que sont les différents objectifs ou valeurs, ni de la façon dont ils s'articulent dans la justification de la peine³.

Personne ne s'attend à ce que les juges ou les hommes d'État qui s'occupent d'envoyer les gens à la potence ou en prison, ou qui font (ou défont) les lois le permettant, aient beaucoup de temps pour débattre philosophiquement des principes qui rendent ces choses moralement tolérables. Un tribunal n'est pas et ne doit pas être une chaire professorale. Toutefois, ce qui est dit dans les débats publics sur la peine par ceux qui sont particulièrement concernés, juges ou législateurs, est important. Peu de gens sont susceptibles d'être plus circonspects et si ce qu'ils disent semble, comme c'est souvent le cas, obscur, unilatéral et facilement réfutable en soulignant certains aspects des choses qu'ils ont négligés, il est probable que dans les manières de parler ou de réfléchir sur la peine dont nous avons hérité, il y ait une tendance persistante à simplifier excessivement plusieurs problèmes qui nécessitent d'être abordés séparément. Pour contrer cette tendance, il ne faut pas simplement admettre qu'au lieu d'un seul objectif ou valeur (la dissuasion, la rétribution, la réforme ou autre), une pluralité d'objectifs et de valeurs doivent être donnés conjointement comme réponse à *une seule* question concernant la justification de la peine. Ce qu'il faut, c'est prendre conscience du fait que différents principes (chacun d'entre eux pouvant, en un sens, être qualifié de « justification ») sont pertinents à différentes étapes pour rendre compte de la peine de façon moralement acceptable. Ce qu'il faut rechercher, ce sont des réponses à un certain nombre de questions différentes telles que : Qu'est-ce qui justifie la pratique générale de la peine ? À qui la peine peut-elle être appliquée ? Avec quelle sévérité pouvons-nous punir ? En abordant ces questions et d'autres concernant la peine, il faut garder à l'esprit que dans cette institution,

2 (1953) Cmd. 8932.

3 Lors du débat à la chambre des Lords de juillet 1956, Lord Chancellor a convenu avec Lord Denning que « la justification ultime de toute peine n'est pas qu'elle est un moyen de dissuasion, mais qu'elle est la dénonciation catégorique par la communauté d'un crime » tout en déclarant que « le nœud du problème » est de savoir si la peine capitale est un moyen de dissuasion d'une efficacité unique. Voir 198 *H.L. Deb* 576, 577, 596 (1956). Dans son article, « An Approach to the Problems of Punishment », *Philosophy* 33 (1958), Monsieur S.I. Benn observe à juste titre à propos de la position de Lord Denning que la dénonciation n'implique pas l'infliction délibérée de souffrances, ce qui est la caractéristique qu'il faut justifier (p. 328, n. 1).

comme dans la plupart des autres institutions sociales, la poursuite d'un objectif peut être restreinte par d'autres objectifs, ou nous donner l'occasion (à ne pas manquer) de poursuivre d'autres objectifs. Tant que nous n'aurons pas développé ce sens de la complexité de la peine (et ces prolégomènes ne visent qu'à cela), nous ne serons pas en mesure de juger à quel point l'ensemble de l'institution a été ébranlé par les nouvelles croyances sur l'esprit humain ou nécessite d'être adapté à celles-ci.

2. Buts justifiant et principes de distribution

Je pense qu'on peut faire une analogie intéressante entre le concept de peine et celui de propriété. Dans les deux cas, nous avons affaire à une institution sociale dont la forme la plus importante est une structure de règles *juridiques*, même s'il serait dogmatique de refuser de qualifier de peine ou de propriété les pratiques similaires gouvernées par des règles (quoique plus rudimentaires) qui existent dans des groupes comme une famille, une école, ou dans des sociétés coutumières dont les coutumes peuvent ne pas présenter certaines des caractéristiques standards ou saillantes du droit (comme la législation, les sanctions organisées, les tribunaux). Dans les deux cas, nous sommes confrontés à une institution complexe présentant différentes caractéristiques interdépendantes qui doivent être expliquées séparément ; ou alors qui doivent être justifiées séparément si la moralité de l'institution est remise en cause. Dans les deux cas, si on ne distingue pas des questions distinctes ou si on tente de répondre à toutes à l'aide d'un seul principe, on crée de la confusion. Ainsi, dans le cas de la propriété, il convient de distinguer la question de la *définition* de la propriété, la question de savoir pourquoi et dans quelles circonstances il est *bon* de maintenir cette institution, la question de savoir de quelle manière les individus peuvent *avoir le droit* d'acquérir un bien et *combien* on devrait leur autoriser à acquérir. On peut appeler ces questions celles de la *définition*, du *but général justifiant* et de la *distribution*, cette dernière question se subdivisant en deux questions : celle du *droit de propriété* et celle du *quantum*. Il est salutaire de prendre un exposé classique de l'idée de propriété, mettons le chapitre de Locke intitulé « De la propriété » dans le *Second Traité*⁴, et d'observer l'obscurité qu'on répand en utilisant une seule notion (en l'occurrence « le travail du corps (d'un homme) et l'ouvrage de ses mains ») pour répondre à toutes ces différentes questions qui s'imposent à nous lorsque nous réfléchissons à l'institution de la propriété. Dans le cas de la peine, le début de la sagesse (même si cela ne suffit certainement

4 Chapitre V.

pas) consiste à distinguer des questions similaires et à les aborder séparément.

(a) Définition

Je me contenterai ici de m'inspirer de récents travaux admirables disséminés dans les revues philosophiques anglaises⁵ et d'y ajouter seulement une mise en garde de ma part contre l'abus de définition dans les débats philosophiques sur la peine. Ainsi, comme M. Benn et le professeur Flew, je définirai le cas standard ou central de « la peine » à l'aide de cinq éléments :

- (i) Elle doit entraîner de la douleur ou d'autres conséquences normalement considérées comme désagréables.
- (ii) Elle doit être infligée pour une infraction à des règles juridiques.
- (iii) Elle doit être infligée à un infracteur, avéré ou supposé, pour son infraction.
- (iv) Elle doit être administrée intentionnellement par d'autres êtres humains que l'infracteur.
- (v) Elle doit être imposée et administrée par une autorité instituée par un système juridique contre lequel l'infraction a été commise.

C'est ce que j'appellerai le cas standard ou central de la peine et je relèguerai à la position de cas non standards ou secondaires les possibilités suivantes parmi beaucoup d'autres :

- (a) Les punitions pour des violations de règles juridiques imposées ou administrées autrement que par les autorités (les sanctions décentralisées).
- (b) Les punitions pour des violations de règles ou d'ordres non juridiques (les punitions dans une famille ou une école).
- (c) La punition pour fait d'autrui ou collective infligée au membre d'un groupe social pour des actions commises par d'autres sans son autorisation, son encouragement, son contrôle ou sa permission.
- (d) La punition de personnes (autres que celles comprises dans (c)) qui ne sont ni des infracteurs avérés ni des infracteurs supposés.

5 K. Baier, « Is Punishment Retributive ? », *Analysis* 16 (1955), p. 25 ; A. Flew, « The Justification of Punishment », *Philosophy* 29 (1954), p. 291 ; S.I. Benn, op. cit., p. 325-6.

Il est primordial d'énumérer ces cas non standards afin de prévenir l'usage de ce que j'appellerai le « stop définitionnel » dans les débats sur la peine. C'est un abus de définition particulièrement tentant lorsqu'on utilise les conditions (ii) et (iii) du cas standard pour attaquer la thèse utilitariste selon laquelle la pratique de la peine est justifiée par les conséquences bénéfiques résultant de l'obéissance aux lois qu'elle garantit. Voici l'argument-massue⁶ « rétributiviste » : si telle est la justification de la peine, alors pourquoi ne pas punir, quand c'est rentable, des innocents, choisis au hasard, ou la femme et les enfants de l'infacteur ? Et voici la mauvaise réponse : *Ceci*, par définition, ne serait pas une « peine » et c'est la justification de la peine qui est en cause⁷. Non seulement ce stop définitionnel ne saurait satisfaire le partisan de la « rétribution », mais il nous empêcherait également d'enquêter sur ce que le scepticisme moderne remet le plus en question : à savoir, la rationalité et la moralité de notre préférence pour un système pénal dans lequel des mesures douloureuses ne sont prises contre les individus que lorsqu'ils ont commis une infraction. Pourquoi préférons-nous cela à d'autres formes d'hygiène sociale que nous pourrions employer pour prévenir le comportement antisocial et que nous employons de fait dans des circonstances particulières, parfois avec réticence ? On ne peut pas se permettre d'écarter cette question par une définition si on veut rendre compte de la peine.

(b) La nature d'une infraction

Avant d'aborder toute question d'ordre justificatif, nous devons identifier une question préliminaire à laquelle il est si simple de répondre qu'il peut paraître inutile de la poser ; pourtant, il est clair que certaines curieuses « théories » de la peine gagnent leur seule plausibilité en l'ignorant, et d'autres en la confondant avec d'autres questions. Cette question est la suivante : pourquoi certains types d'action sont-ils interdits par la loi et donc considérés comme des crimes ou des infractions ? La réponse est la suivante : pour annoncer à la société que ces actions ne doivent pas être commises et pour faire en sorte qu'il y en ait moins. Tels sont les buts immédiats ordinaires de l'incrimination d'une conduite et tant que nous n'aurons pas de lois établies dans ces buts primaires, il nous manquera la notion de « crime » et donc

6 A.C. Ewing, *The Morality of Punishment* (1929) ; D.J.B. Hawkins, « Punishment and Moral Responsibility », (1944) 7 *M.L.R.* 205 ; J.D. Mabbott, « Punishment », *Mind* 48 (1939), p. 152.

7 Monsieur Benn semble avoir succombé par moments à la tentation de donner « une réponse courte aux adversaires des théories utilitaristes de la peine, à savoir que ces théories sont des théories de la *peine*, et non de toute technique impliquant des souffrances » (op. cit., p. 332). Depuis, il m'a dit qu'il ne s'appuyait plus sur le stop définitionnel.

de « criminel ». Si on ne recourt pas à l'idée simple que le droit pénal établit, dans ses règles, des modèles de conduite visant à encourager certains types de conduite et à en décourager d'autres, on ne peut pas distinguer une peine d'amende d'une taxe⁸. Il s'agit en effet d'une lourde objection aux théories du droit qui, dans un souci de simplicité ou d'uniformité, obscurcissent la distinction entre les règles de droit primaires qui établissent des modèles de comportement et les règles de droit secondaires qui spécifient ce que les autorités peuvent ou doivent faire lorsqu'elles sont enfreintes. Ces théories insistent sur le fait que toutes les règles juridiques sont « en réalité » des instructions données aux autorités d'infliger des « sanctions » dans certaines conditions, par exemple si les gens tuent⁹. Toutefois, il est nécessaire de maintenir la distinction (que ces théories obscurcissent) entre l'objectif primaire du droit qui est d'encourager ou de décourager certains types de comportement, et ses sanctions ou ses mesures correctives purement accessoires, pour donner un sens à la notion de crime ou d'infraction.

Il faut toutefois souligner qu'en identifiant de la sorte les buts immédiats du droit pénal, nous n'avons pas encore atteint l'étape de la justification. Il existe en effet de nombreuses formes de comportement indésirable qu'il serait stupide (car cela serait inefficace ou trop coûteux) de tenter d'inhiber en ayant recours au droit ; il serait préférable de laisser s'en charger les éducateurs, les syndicats, les églises, les conseillers conjugaux ou d'autres organismes non juridiques. Inversement, il existe certaines formes de conduite qui, selon nous, ne peuvent pas être efficacement inhibées sans avoir recours au droit. Mais il va de soi que le droit peut criminaliser des activités qu'il est moralement important de promouvoir et dont la suppression peut être tout à fait injustifiable. Cela dit, la confusion entre le simple but immédiat de toute législation pénale et la justification de la peine semble être l'explication la plus charitable de la thèse selon laquelle la peine est *justifiée* en tant que « dénonciation catégorique par la communauté d'un crime ». La phrase de Lord Denning d'après laquelle il s'agit là de la justification ultime de la peine¹⁰ peut échapper à la critique de M. Benn, mentionnée ci-

8 Cette distinction, généralement claire, peut devenir floue. Des taxes peuvent être imposées pour décourager les activités taxées, bien que la loi ne l'annonce pas comme elle le fait lorsqu'elle les rend criminelles. Inversement, les amendes payables pour certaines infractions pénales deviennent si faibles du fait d'une dépréciation monétaire qu'elles sont payées volontiers et les infractions sont fréquentes. On a alors l'impression qu'il s'agit de simples taxes, car on perd le sentiment que la règle est censée être prise au sérieux en tant que modèle de comportement.

9 cf. Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945), pp. 30-3, 33-4, 143-4. « La règle de droit est la norme primaire, qui stipule la sanction. » (ibid. 61).

10 Dans son témoignage devant la Commission Royale sur la Peine Capitale, Cmd. 8932. para. 53 (1953). *Supra*, p. 2, n. 3.

dessus, seulement si on la considère comme une affirmation floue de la vérité que le but, non pas de la peine, mais de la législation pénale est effectivement de dénoncer certains types de comportement comme quelque chose qui ne doit pas être accompli. Inversement, le but immédiat de la législation pénale ne peut être aucune des choses qui sont généralement mentionnées comme justifiant la peine : car tant qu'on n'aura pas réglé la question de savoir quels comportements doivent être dénoncés et découragés par le droit, on ne saura pas de quoi on doit *dissuader* les gens, qui doit être considéré comme un *criminel* que nous devons faire *payer*, sur qui nous devons nous *venger* ou qui doit être *réformé*.

Même ceux qui considèrent la loi humaine comme un simple instrument de mise en œuvre de la « morale comme telle » (elle-même conçue comme la loi de Dieu ou de la nature) et qui, à l'étape de la justification de la peine, souhaitent faire appel non pas aux conséquences socialement bénéfiques, mais simplement à la valeur intrinsèque de l'infliction de souffrances aux malfaiteurs ayant troublé l'ordre moral par leur infraction, ceux-là ne nieraient pas que le but de la législation pénale est d'ériger des types de comportement (en l'occurrence, la conformité à une loi morale préexistante) en modèles juridiques de comportement et d'assurer leur respect. Il ne fait aucun doute que dans toutes les communautés, certaines infractions morales, par exemple tuer, seront toujours érigées en crimes pour être supprimées et il est concevable que ceci soit fait non pas pour protéger les êtres humains de la mort, mais pour sauver le meurtrier potentiel du péché ; mais il serait paradoxal de considérer que la loi n'a pas du tout été conçue pour décourager le meurtre (même si on le considère comme un péché et non comme un préjudice), mais simplement pour que le meurtrier subisse sa peine.

(c) But général justifiant

Je ne remettrai pas ici en cause l'intelligibilité, la cohérence ou la pertinence de ces théories qui nient unanimement que la pratique d'un système pénal est justifiée par ses conséquences bénéfiques et qui soutiennent au contraire que la principale justification de la pratique réside dans le fait que lorsque la violation de la loi implique une culpabilité morale, l'application à l'infacteur de la douleur de la peine a une valeur intrinsèque. Une grande variété de thèses de ce genre, désignant la « rétribution », l'« expiation » ou la « réprobation » comme but justifiant, se retrouvent dans cette description générale approximative, malgré leurs

différences. Bien que je sois d'accord avec M. Benn¹¹ pour dire que toutes ces thèses éludent la question de la justification ou sont, même si elles le contestent, des formes déguisées d'utilitarisme, je partirai du principe que la rétribution, définie simplement comme l'application des douleurs de la peine à un infracteur moralement coupable, peut figurer parmi les buts justifiant concevables d'un système pénal. J'insisterai simplement sur le fait que si c'est une chose d'utiliser le mot « rétribution » *à ce stade*, quand on rend compte du principe de la peine, pour désigner le but général justifiant du système, c'en est une autre de l'utiliser pour garantir qu'à la question « À qui la peine peut-elle être appliquée ? » (la question de la distribution), la réponse soit « Uniquement à un infracteur pour son infraction ». De nombreux auteurs ne font pas la distinction entre la rétribution comme but général justifiant et la rétribution comme simple exigence que seuls ceux qui ont enfreint la loi (et l'ont enfreinte volontairement) soient punis : peut-être même Monsieur J.D. Mabbott¹² dans son essai par ailleurs très éclairant. Nous distinguerons cette dernière de la rétribution au niveau du but général en la qualifiant de « rétribution au niveau de la distribution ». Beaucoup de faux débats confus entre les utilitaristes et leurs adversaires peuvent être évités si on reconnaît qu'il est parfaitement cohérent d'affirmer *à la fois* que le but général justifiant de la pratique de la peine réside dans ses conséquences bénéfiques *et que* la poursuite de ce but général doit être limitée ou restreinte eu égard aux principes de distribution qui exigent que la peine ne soit infligée qu'à un infracteur pour une infraction. Inversement, ce n'est pas parce qu'on accepte le principe de rétribution au niveau de la distribution que le but général justifiant de la peine est la rétribution, bien que la rétribution au niveau du but général implique bien sûr la rétribution au niveau de la distribution.

Nous examinerons plus tard les principes de justice qui se trouvent au fondement de la rétribution au niveau de la distribution. Entre-temps, il est utile d'observer que le rétributiviste à l'ancienne (au niveau du but général) et le sceptique le plus moderne partent souvent du même présumé (à mon sens complètement erroné) selon lequel le principe restreignant l'application de la peine uniquement à un infracteur pour une infraction n'a de sens que si le but général justifiant de la pratique de la peine est la rétribution. Le sceptique impute par conséquent à tous les systèmes pénaux (lorsqu'ils sont restreints par le principe de rétribution au niveau de la distribution) toute l'irrationalité qu'il trouve dans l'idée de rétribution comme but général justifiant ; inversement, les partisans de cette dernière pensent que la

11 Op. cit., pp. 326-35.

12 Op. cit. *supra* p. 5, n. 6. Ce qu'il considère comme une théorie « rétributiviste » n'est pas toujours très clair.

reconnaissance de la rétribution au niveau de la distribution est une réfutation de la thèse utilitariste selon laquelle les conséquences sociales de la peine constituent son but justifiant.

La leçon la plus générale à tirer de ceci va au-delà du sujet de la peine. Elle est que, pour toute institution sociale, après avoir énoncé quel but général ou quelle valeur son maintien promeut, nous devons nous demander s'il existe des principes limitant la poursuite sans restriction de ce but ou de cette valeur et, le cas échéant, lesquels. Comme la poursuite de tout but social est toujours restreinte par une limitation, nos principales institutions sociales présentent toujours une pluralité de caractéristiques qui ne peuvent être comprises que comme un compromis entre des principes en partie divergents. Cela est vrai même pour des institutions juridiques relativement mineures comme celle du contrat. En général, un contrat est conçu pour permettre aux individus de donner effet à leur volonté de créer des structures de droits et de devoirs juridiques et donc de modifier, de telle ou telle façon, leur situation juridique. Mais il faut en même temps protéger ceux qui, de bonne foi, attribuent à une offre qu'on leur a faite la signification qu'on lui attribuerait ordinairement, l'acceptent et agissent ensuite en partant du principe qu'un contrat valide a été conclu. Il ne serait pas équitable de permettre à l'autre partie de dire que les mots qu'elle a utilisés au moment de son offre ou la façon dont on les a interprétés n'exprimaient pas sa volonté ou son intention véritable. C'est pourquoi les principes d'« estoppel » ou les doctrines du « sens objectif » d'un contrat sont introduits pour empêcher ceci et pour limiter le principe selon lequel le droit fait exécuter des contrats pour donner effet à la volonté commune des parties contractantes.

(d) Distribution

Comme dans le cas de la propriété, la distribution comporte deux aspects : (i) la responsabilité (Qui peut être puni ?) et (ii) le quantum. Dans cette section je m'intéresserai principalement au premier de ces aspects¹³.

Deux choses ressortent des discussions qui précèdent. Premièrement, même si nous savons quelle valeur la pratique de la peine doit promouvoir, il nous reste à répondre à la question de la distribution : « Qui peut être puni ? » Deuxièmement, si en réponse à cette question nous disons « Seulement un infracteur pour une infraction », si nous reconnaissons la rétribution au

13 Je m'occuperai du Quantum plus bas dans la section III (en lien avec la Mitigation) et dans la section V.

niveau de la distribution, ce principe n'implique rien du tout quant à la sévérité ou au quantum de la peine ; en particulier, il n'autorise ni n'exige, comme la rétribution au niveau du but général, des peines plus sévères que celles exigées par la dissuasion ou d'autres critères utilitaristes.

La question fondamentale à aborder, toutefois, est celle de savoir pourquoi nous attachons une telle importance morale à la rétribution au niveau de la distribution. J'examinerai ici les efforts déployés pour montrer que la restriction de la peine aux infracteurs est une simple conséquence des principes (rétributivistes ou utilitaristes) constituant le but justifiant de la peine.

L'exemple type utilisé par les philosophes pour mettre en évidence l'importance de la rétribution au niveau de la distribution est celui d'une personne totalement innocente qui n'a même pas fait non intentionnellement une chose que le droit punit si elle est faite intentionnellement. On suppose que pour éviter une catastrophe sociale, les autorités du système fabriquent des preuves sur la base desquelles cette personne est accusée, jugée, condamnée et envoyée en prison ou exécutée. Ou alors on suppose que, sans recourir à la fraude, davantage de personnes seraient dissuadées du crime si les épouses et les enfants des infracteurs étaient punis par procuration pour leurs crimes. Ce genre de chose peut être exclu par certaines formes d'utilitarisme cohérent et suffisamment complet¹⁴. Il est certain que les expédients impliquant la fraude ou les fausses accusations seront très difficiles à justifier d'un point de vue utilitariste. On peut bien sûr imaginer qu'un noir soit envoyé en prison ou exécuté à la suite d'une fausse accusation de viol afin d'éviter le lynchage général de nombreuses autres personnes ; mais un *système* qui habiliterait ouvertement les autorités à faire ce genre de choses, même s'il parvenait à prévenir des maux spécifiques comme le lynchage, éveillerait une telle appréhension et une telle insécurité que les gains tirés de l'exercice de ces pouvoirs seraient contrebalancés, dans tout calcul utilitariste, par la misère qu'ils causent. Mais le recours officiel à ce type de fraude, à une occasion particulière, en violation des règles, et l'indemnisation ultérieure des autorités responsables, pourraient sauver de nombreuses vies et donc produire, semble-t-il, une nette plus-value. Il est certain que la peine par procuration de la famille d'un infracteur peut avoir cet effet et les systèmes juridiques y ont parfois eu recours, bien qu'exceptionnellement. La *Lex Quisquis* romaine,

14 Voir J. Rawls, « Two Concepts of Rules », *Philosophical Review* 64 (1955), p. 4-13.

prévoyant le châtement des enfants des individus coupables de *majestas*¹⁵, en est un exemple. Dans des cas extrêmes, beaucoup penseraient que le recours à ces expédients est la bonne chose à faire, mais qu'il faut y recourir avec le sentiment de sacrifier un principe important. Il faut avoir conscience de choisir le moindre mal et cela serait inexplicable si le principe sacrifié à l'utilité n'était lui-même qu'une exigence d'utilité.

De même, l'importance morale de la restriction de la peine à l'infracteur ne peut pas être expliquée comme une simple conséquence du principe selon lequel le but général justifiant est la rétribution de l'immoralité comprise dans la violation de la loi. La rétribution au niveau de la distribution de la peine a une valeur tout à fait indépendante de la rétribution comme but justifiant. Cela est démontré par le fait que nous attachons de l'importance au principe restrictif selon lequel seuls les infracteurs peuvent être punis, même lorsque l'infraction peut ne pas être considérée comme immorale. En effet, même lorsque les lois elles-mêmes sont outrageusement immorales, comme dans l'Allemagne nazie, par exemple lorsqu'elles interdisent des activités (comme aider les personnes malades ou démunies d'un groupe racial donné) qui peuvent être considérées comme moralement obligatoires, l'absence du principe restreignant la peine à l'infracteur serait une iniquité *spécifique* de plus ; tandis que la reconnaissance de ce principe représenterait un certain respect résiduel pour la justice dans l'application de lois immorales.

3. Justifications, excuses et circonstances atténuantes

Ces exemples isolés de violation du principe restrictif de distribution par de fausses accusations ou des peines pour fait d'autrui ne permettent pas de comprendre les enjeux moraux de ce principe. Pour les clarifier, nous devons expliquer la place des recours aux justifications, aux excuses ou aux circonstances atténuantes qui sont effectués pour répondre à l'allégation selon laquelle quelqu'un devrait être puni. Les justifications dépendent du but général justifiant ; les excuses et les circonstances atténuantes sont d'autres aspects des principes de distribution de la peine.

(a) *Les justifications et les excuses*

¹⁵ Constitution des empereurs Arcadius et Honorius (A.D. 397).

Les juristes anglais distinguaient autrefois l'homicide « excusable » (par exemple, tuer accidentellement sans négligence) et l'homicide « justifiable » (par exemple, tuer en légitime défense ou pendant l'arrestation d'un criminel) et ces deux formes d'homicide n'avaient pas les mêmes conséquences juridiques. Pour un juriste moderne, cette distinction n'a plus aucune importance juridique : il considérerait simplement que les deux types d'homicide sont des cas où il manque un élément, négatif ou positif, nécessaire dans la définition complète de l'homicide criminel (meurtre ou *manslaughter*). Mais la distinction entre ces deux manières différentes dont une action peut ne pas constituer une infraction pénale est toujours d'une grande importance morale. Tuer en légitime défense est une exception à une règle générale rendant l'homicide punissable ; elle est admise, car la politique ou les buts qui en général justifient la répression de l'homicide (par exemple, la protection de la vie humaine) n'incluent pas de tels cas. En cas de « justification », ce qui est fait est considéré comme quelque chose que le droit ne condamne pas, voire accueille favorablement¹⁶. Mais lorsque l'homicide (par exemple accidentel) est excusé, la responsabilité pénale est exclue pour une autre raison. On déplore ce qui a été fait, mais l'état psychologique de l'agent au moment des faits exemplifiait une ou plusieurs des conditions qui sont considérées comme excluant la condamnation publique et la punition des individus. Il s'agit d'une exigence d'équité ou de justice envers les individus, indépendante du but général de la peine, qui reste une valeur, que les lois soient bonnes, moralement indifférentes ou iniques.

Parmi ces conditions exonératoires, les plus centrales sont les formes d'ignorance qui rendent l'action non intentionnelle, l'absence de contrôle musculaire qui rend l'action involontaire, la soumission à des formes graves de contrainte par des menaces et les types de trouble mental qui rendent l'agent incapable de faire des choix ou de mettre en œuvre ce qu'il a choisi de faire. Toutes ces conditions exonératoires ne sont pas reconnues par tous les systèmes juridiques pour tous les infracteurs. Presque tous les systèmes pénaux, comme nous le verrons, transigent ici avec d'autres principes ; mais la plupart d'entre elles sont reconnues dans une large mesure pour les crimes les plus graves. Les actions accomplies dans ces conditions exonératoires sont, selon la terminologie trompeuse du droit anglo-américain, accomplies sans *mens rea*¹⁷, et la plupart des gens diraient qu'elles n'étaient pas « volontaires » ou « pas entièrement volontaires ».

16 En 1811, Monsieur Purcell du comté de Cork, un septuagénaire, a été fait chevalier pour avoir tué quatre cambrioleurs avec un couteau de cuisine. Kenny, *Outlines of Criminal Law*, (5e édn., 1911), p. 103, n. 3.

17 Trompeuse, car elle suggère que la culpabilité morale est une condition nécessaire de la responsabilité pénale.

(b) Les circonstances atténuantes.

Les justifications et les excuses, bien que différentes, sont similaires en ceci qu'elles excluent toutes les deux la condamnation et la peine. De ce point de vue, elles diffèrent de l'idée de circonstances atténuantes qui présuppose que quelqu'un est condamné et passible d'une peine et que la question de la sévérité de sa peine doit être résolue. Elle relève par conséquent de cet aspect de la distribution que nous avons appelé le quantum. Il est certain que la sévérité de la peine est en partie déterminée par le but général justifiant. Un utilitariste, par exemple, exclura en principe les peines dont l'infliction cause plus de souffrance que l'infraction impunie et soutiendra que si un type de crime cause davantage de souffrance qu'un autre, alors une sanction plus importante peut être utilisée, si nécessaire, pour le réprimer. Il exclura également les degrés de sévérité inutiles au sens où ils ne garantissent pas ou ne maintiennent pas un niveau plus élevé de conformité à la loi (ou de n'importe quel résultat recherché) que des sanctions moins sévères. Mais outre les restrictions de la sévérité de la peine qui dérivent du but de la peine, des limitations spécifiques sont introduites par l'idée de circonstances atténuantes. Ces dernières, comme le principe de distribution restreignant la responsabilité pénale aux infracteurs, sont indépendantes du but général. La spécificité des circonstances atténuantes est qu'on a une bonne raison d'administrer une sanction moins sévère si la situation ou l'état mental du criminel condamné est telle qu'il était exposé à une tentation inhabituelle ou extraordinairement forte, ou sa capacité de contrôle sur ses actes était altérée ou affaiblie indépendamment de sa volonté, de sorte qu'il lui était particulièrement difficile de se conformer à la loi qu'il a enfreinte par rapport à des personnes normales dans des circonstances normales.

Les spécificités de l'idée de circonstances atténuantes, toutefois, sont souvent masquées par les diverses techniques juridiques qui nécessitent qu'on distingue ce qu'on peut appeler la mitigation « informelle » et la mitigation « formelle ». Dans le premier cas, la loi fixe une peine maximale et laisse au juge le soin, lorsqu'il choisit la peine à infliger à un infracteur donné, de donner le poids qu'il estime approprié aux circonstances atténuantes (entre autres). C'est à ce moment-là que l'avocat « plaide les circonstances atténuantes ». Cependant, il arrive que les règles de droit prévoient que la présence d'une circonstance atténuante entraîne toujours le classement de l'infraction dans une catégorie distincte assortie d'une peine

maximale moins élevée. Il s'agit d'une mitigation « formelle » dont l'exemple le plus frappant est la provocation qui, en droit anglais, n'est applicable qu'aux homicides. La provocation n'est ni une justification ni une excuse, car elle n'exclut ni la condamnation ni la peine ; mais elle « réduit » l'accusation de meurtre à celle de *manslaughter* et la peine maximale de la mort à l'emprisonnement à perpétuité. Il convient de souligner que toutes les dispositions réduisant la peine maximale ne peuvent pas être considérées comme des « circonstances atténuantes » : les dispositions très curieuses de l'article 5 du *Homicide Act* de 1957 qui (entre autres) restreignent la peine de mort à des types de meurtre autres que, par exemple, le meurtre par empoisonnement, ne reconnaissent pas, ce faisant, l'utilisation du poison comme une « circonstance atténuante ». Seule une réduction de la peine décidée eu égard aux difficultés extraordinaires du criminel à respecter la loi qu'il a enfreinte peut être considérée comme une mitigation.

Bien que les cas centraux soient suffisamment distincts, les frontières entre justifications, excuses et circonstances atténuantes ne le sont pas. Il y a de nombreuses caractéristiques de la conduite qui peuvent être et sont conçues sous plusieurs de ces angles. Ainsi, bien qu'on en entende peu parler, la contrainte morale (la contrainte par la menace d'un préjudice grave) est en droit anglais, pour certains crimes, une excuse excluant la responsabilité. Lorsqu'on la traite de cette manière, l'idée est que puisque *B* a commis un crime uniquement parce que *A* l'a menacé de violence grave ou d'un autre préjudice, l'action de *B* n'est pas le résultat d'un choix « libre » ou indépendant ; *B* est simplement un instrument de *A* qui « l'a fait faire ». Toutefois, *B* n'est pas un instrument dans le même sens que si *A* l'avait poussé contre une vitre et *B* l'avait brisée : à moins qu'il n'ait été littéralement paralysé par la peur en raison des menaces, on peut penser que *B* aurait pu refuser d'obtempérer. S'il obtempère, on peut dire que « *coactus voluit* » et considérer la situation non pas comme une situation rendant la peine intolérable, mais comme une situation nécessitant une mitigation de la peine, comme en cas de provocation sérieuse. D'un autre côté, si le crime que *A* demande à *B* de commettre est un crime mineur en comparaison du préjudice grave (par exemple la mort) menacé par *A*, il ne serait pas absurde de considérer la menace de *A* comme une justification de la conduite de *B*, bien que peu de systèmes juridiques le fassent ouvertement. Dans cette optique, la contrainte se fonde dans l'idée de « nécessité¹⁸ » qui apparaît en marge de la plupart des systèmes pénaux comme facteur disculpant.

18 i.e. lorsque la violation de la loi est considérée comme justifiée en tant que moindre mal.

Étant donné la nature des doutes sceptiques modernes sur la peine, il convient d'observer que, même en droit anglais, la maladie mentale n'est pas toujours une excuse, bien que la focalisation exclusive sur les *M'Naghten rules* relatives à la responsabilité pénale des malades mentaux encourage une telle croyance. Même avant le *Homicide Act* de 1957, une loi¹⁹ prévoyait que si une mère assassinait son enfant de moins de douze mois alors qu'elle était « mentalement déséquilibrée » en raison de l'accouchement ou de l'allaitement, elle ne devait être coupable que du *felony* d'infanticide, passible d'une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité. Ceci revient à traiter les troubles mentaux comme une cause de mitigation (formelle). De même, dans d'autres cas d'homicide, les *M'Naghten rules* relatives à certains types de folie considérés comme des excuses ne sont plus les seules ; désormais, un trouble mental « altérant substantiellement [la] responsabilité mentale²⁰ » de l'accusé est une cause de mitigation formelle qui, comme la provocation, réduit l'homicide à la catégorie de *manslaughter*.

4. La raison d'être des excuses

La reconnaissance des conditions exonératoires est une caractéristique de la distribution de la peine et est exigée par des principes de justice qui restreignent la poursuite de buts sociaux généraux au détriment des individus. L'importance morale qu'on y attache distingue la peine d'autres mesures qui poursuivent des buts similaires (par exemple, la protection de la vie, de la richesse ou des biens) à l'aide de méthodes qui, comme la peine, sont souvent déplaisantes pour les individus auxquels elles sont appliquées, par exemple la détention de personnes d'origine ou d'association hostile en temps de guerre, de fous, ou la mise en quarantaine obligatoire de personnes souffrant de maladies infectieuses. Nous avons recours à ces mesures pour éviter des dommages de nature catastrophique.

Tout système pénal, au nom d'une autre valeur sociale, transige sur la reconnaissance des conditions exonératoires et aucun système ne va aussi loin (en particulier dans les cas de maladie mentale) que beaucoup le souhaiteraient. Mais il est important (si on veut éviter une réponse superficielle mais tentante au scepticisme moderne portant sur la signification ou la vérité de l'énoncé selon lequel un criminel aurait pu respecter la loi qu'il a enfreinte) de voir

¹⁹ *Infanticide Act*, 1938.

²⁰ *Homicide Act*, 1957, s. 2.

que notre préférence morale pour un système qui reconnaît de telles excuses ne peut pas s'expliquer, pas plus que notre réticence à recourir à des procédés plus brutaux comme les fausses accusations ou la peine pour fait d'autrui, en faisant référence au but général par lequel nous justifions la pratique de la peine. Ici aussi, même lorsque les lois nous paraissent moralement iniques ou que nous ne sommes pas certains qu'elles soient morales, de sorte qu'en les enfreignant nous ne serions pas moralement coupables, punir ceux qui enfreignent la loi non intentionnellement serait une injustice de plus, tandis que refuser de les punir serait un signe de grâce.

Les rétributivistes (au niveau du but général) n'ont pas beaucoup prêté attention à la raison d'être de cet aspect de la peine ; ils sont généralement partis du principe (à tort) qu'il ne s'agissait que d'un corollaire de la rétribution au niveau du but général. Les utilitaristes, en revanche, ont fait des efforts considérables et détaillés pour montrer que la restriction de l'utilisation de la peine à ceux qui ont volontairement enfreint la loi était explicable sur des bases purement utilitaristes. Les efforts de Bentham sont les plus complets et son échec est un avertissement instructif pour nos contemporains.

L'argument de Bentham était une réponse à Blackstone qui, en exposant les principales conditions exonératoires reconnues par le droit pénal de son temps²¹, soutenait que « tous les plaidoyers et excuses qui protègent l'auteur d'une infraction de la peine prévue peuvent être réduits à cette seule considération : le manque ou le défaut de *volonté* » et que « pour qu'il y ait un crime... il faut d'abord une volonté vicieuse ». Dans son *Introduction aux principes de morale et de législation*²², dans le chapitre intitulé « Cas où il n'est pas approprié de punir », Bentham dresse une liste des principales conditions exonératoires similaire à celle de Blackstone ; il entreprend ensuite de montrer que l'infliction d'une peine à ceux qui ont fait ce que la loi interdit alors qu'ils étaient dans une de ces conditions « ne peut être qu'inefficace : elle ne peut pas prévenir le méfait ». Tout ce que l'on dit communément sur le manque ou le défaut de volonté ou l'absence de volonté « vicieuse » est, dit-il, « inutile », sauf lorsque cela a un rapport avec la raison qu'il donne lui-même de reconnaître ces excuses (à savoir l'inefficacité de la peine).

L'argument de Bentham est en fait un *non sequitur* spectaculaire. Il s'efforce de prouver que

21 *Commentaries*, livre IV, chap. II.

22 Chap. XIII, en particulier paragraphe 9, note 1.

punir le fou, l'enfant en bas âge ou ceux qui enfreignent la loi non intentionnellement ou sous la contrainte ou même par « nécessité » ne peut être qu'inefficace ; mais tout ce qu'il prouve (au mieux) est autre chose, à savoir que la *menace* de la peine sera inefficace en ce qui concerne la classe de personnes souffrant de ces conditions. Il est évident que, même si (comme le dit Bentham) la *menace* de la peine n'aurait pas pu les atteindre, il est possible que l'*infliction* d'une peine à ces personnes puisse garantir un degré de conformité à la loi de la part des personnes normales plus élevé que lorsque les conditions exonératoires sont reconnues. Si tel est le cas et si seuls des principes utilitaristes étaient en jeu, nous devrions, sans avoir le sentiment de sacrifier un principe de valeur ou de choisir le moindre mal, éliminer du droit la restriction de la peine qu'implique la reconnaissance des excuses : sauf si, bien sûr, nous étions convaincus que la terreur, l'insécurité ou la misère produite par l'application de lois aussi draconiennes serait pire qu'un niveau plus faible d'obéissance à la loi garanti par le droit reconnaissant les excuses.

Cette objection à la raison d'être que Bentham trouve aux excuses n'est pas une objection fantaisiste. Toute augmentation du nombre de conditions nécessaires pour établir la responsabilité pénale augmente les chances de tromper les tribunaux ou les jurys en prétendant qu'une condition n'est pas remplie. Lorsque la condition est un facteur psychologique, les chances de réussir sont considérables. Si on met à part les dispositions prévues pour les maladies mentales, les cas où un accusé plaide avoir tué dans son sommeil, accidentellement ou dans un état d'inconscience anormal temporaire montrent que la tromperie est certainement faisable. D'un point de vue utilitariste, ceci peut conduire à deux sortes de « pertes ». La conviction qu'une telle tromperie est faisable peut inciter des personnes qui, sans cela, ne prendraient pas le risque d'être punies, à tenter de tromper un jury de cette manière. Deuxièmement, un criminel qui réussit effectivement à tromper un jury sera laissé en liberté, alors qu'il appartient à la classe d'individus que le droit cherche à mettre hors d'état de nuire. L'évolution du droit anglo-américain depuis Bentham a donné une forme plus concrète à cette objection. Il existe désormais des infractions (connues sous le nom d'infractions de « responsabilité stricte ») pour lesquelles il n'est pas nécessaire, pour qu'une condamnation soit prononcée, de prouver que l'accusé a accompli intentionnellement ce que la loi interdit ou aurait pu éviter de l'accomplir en étant prudent : vendre de l'alcool à une personne ivre, avoir sur soi un passeport périmé, vendre du lait frelaté²³ sont des exemples

23 Voir Glanville Williams, *Criminal Law : The General Part* (2e éd., 1961), Chap. VI, pour une discussion de la critique de la « responsabilité stricte ».

d'infractions de « responsabilité stricte » pour lesquelles l'accusé ne peut pas utiliser comme moyen de défense le fait qu'il n'a pas enfreint la loi intentionnellement ou par négligence, par exemple qu'il a commis une erreur contre laquelle il n'a eu aucune chance de se prémunir. Il convient de noter deux choses à propos de ces infractions. Premièrement, la justification habituelle de cette forme de responsabilité pénale est que si la preuve de l'intention ou du manque de diligence étaient nécessaires, alors des coupables échapperaient à la justice. Deuxièmement, la « responsabilité stricte » est en général vivement réprouvée et acceptée comme une exception à la règle, avec le sentiment qu'un principe important a été sacrifié pour garantir un taux plus élevé de conformité à la loi et de condamnation des infracteurs. Ainsi, l'argument de Bentham ignore curieusement ces deux possibilités qui ont été réalisées. Premièrement, la punition effective de ceux qui agissent non intentionnellement ou d'une manière normalement excusable peut avoir une valeur d'un point de vue utilitariste grâce à ses effets sur les autres ; et deuxièmement, lorsqu'en raison de cette probabilité, la responsabilité stricte est acceptée et les excuses normales sont exclues, on le fait avec le sentiment d'avoir sacrifié un autre principe.

Sur cette question, les formes modernes élargies d'utilitarisme ne s'en sortent pas mieux que celle de Bentham, dont le principal critère d'« efficacité » de la peine était la dissuasion de l'infracteur ou des autres par l'exemple. Parfois, le principe selon lequel la peine doit être restreinte à ceux qui ont volontairement enfreint la loi n'est pas défendu comme un principe rationnel ou moralement important en soi, mais comme quelque chose de tellement ancré dans les conceptions populaires de la justice²⁴ dans certaines sociétés, y compris la nôtre, que si on ne le reconnaissait pas, cela conduirait à des troubles ou à la nullification du droit pénal, puisque les autorités ou les jurys pourraient refuser de coopérer dans un tel système. Dès lors, punir dans ces circonstances serait soit impraticable, soit créerait plus de dommages que ceux qu'un tel système pourrait compenser par une force de dissuasion supérieure. Selon ce raisonnement, un système devrait accepter les excuses de la même façon que, pour éviter un désordre ou un lynchage, on peut faire des concessions aux demandes populaires de peines plus brutales que celles qui pourraient être défendues sur d'autres bases. Deux objections peuvent être adressées à cette forme pragmatique élargie d'utilitarisme. La première est l'observation factuelle que même si un système de responsabilité stricte pour tous les crimes ou les crimes très graves serait impraticable, un système qui l'accepte en marge pour des

24 Michael et Wechsler, « A Rationale of the Law of Homicide » (1937) 37 *C.L.R.* 701, en particulier p. 752-7, et Rawls, op. cit.

infractions relativement mineures est non seulement praticable, mais il s'agit en fait du système que nous connaissons, bien que beaucoup s'y opposent ou l'acceptent avec réticence. La seconde objection est simplement que nous ne nous dissociions pas du principe selon lequel il est injuste de punir le fou incurable ou ceux qui agissent non intentionnellement, etc., en traitant ce principe comme quelque chose d'ancré dans les mœurs et auquel il faut parfois faire des concessions. Nous condamnons les systèmes juridiques s'ils ne tiennent pas compte de ce principe ; alors que nous essayons d'éduquer les gens à ne plus préférer les sanctions sauvages, même si nous pouvons, dans des cas extrêmes de menace de trouble à l'ordre public, les cautionner.

Il est donc impossible de présenter le principe excluant la peine pour ceux qui agissent dans des conditions exonératoires simplement comme un corollaire du but général (rétributiviste ou utilitariste) justifiant la pratique de la peine. Peut-on dire quoi que ce soit de positif au sujet de ce principe, sinon qu'il s'agit d'un principe restreignant la poursuite du but de la peine et auquel on attache une importance morale ?

Il est clair que, comme tous les principes de justice, il vise à ajuster les réclamations entre une multiplicité de personnes. Il intègre l'idée que chaque personne individuelle doit être protégée contre la réclamation des autres, à savoir le degré le plus élevé possible de sécurité, de bonheur ou de bien-être qui pourrait être obtenu à ses dépens en la condamnant pour une violation des règles et en la punissant. Pour cela, il faut un permis moral sous la forme d'une preuve que la personne punie a enfreint la loi par une action qui était le résultat de son libre choix, et la reconnaissance des excuses est le mieux que l'on puisse faire pour garantir le respect des modalités de ce permis. Peut-être que l'élucidation de ce principe restrictif devrait s'arrêter ici. Peut-être devrions-nous (ou devrais-je) simplement dire qu'il s'agit d'une exigence de justice et que la justice consiste simplement en un ensemble de principes à respecter quand on ajuste les réclamations concurrentes des êtres humains et qui (i) traitent tout le monde comme des personnes en attachant une importance particulière à l'action humaine volontaire et (ii) interdisent l'utilisation d'un être humain au profit d'autres personnes sauf en contrepartie de ses actions volontaires contre elles. J'avoue cependant avoir envie d'aller plus loin ; même si ce que j'ai à dire n'ajoutera peut-être rien à ces principes de justice. Il y a cependant trois points qui, même s'il s'agit de reformulations des principes déjà énoncés d'après d'autres perspectives, peuvent nous aider à identifier ce que nous considérons

aujourd'hui comme des valeurs dans la pratique de la peine et ce que nous pourrions avoir à reconsidérer à la lumière du scepticisme moderne.

(a) Nous pouvons envisager le principe selon lequel la peine doit être réservée aux infractions volontaires sous deux angles différents. Le premier est celui du reste de la société considérée comme *lésée* par l'infraction (soit parce qu'un de ses membres a été blessé, soit parce que l'autorité du droit, essentielle à l'existence de la société, a été contestée, soit pour ces deux raisons). Le principe apparaît alors comme un principe garantissant que les souffrances entraînées par la peine retomberont sur ceux qui ont volontairement nui aux autres : ceci est valorisé, non pas en tant que but de la peine, mais comme les seules modalités équitables de poursuite du but général (protection de la société, maintien du respect du droit, etc.).

(b) Le second point de vue n'est pas celui de la société lésée par le crime, mais de la société *offrant* aux individus, y compris aux criminels, la protection des lois selon des modalités équitables, parce qu'elles ne consistent pas seulement en un cadre de droits et de devoirs réciproques, mais parce qu'au sein de ce cadre, chaque individu a une chance *raisonnable* de choisir entre respecter la loi nécessaire à la protection de la société ou s'acquitter de sa peine. Du premier point de vue, la peine infligée à un criminel n'apparaît pas simplement comme quelque chose d'utile à la société (but général), mais comme quelque chose de justement subi par le criminel qui a volontairement fait du mal ; du second point de vue, elle apparaît comme un prix justement payé, car le criminel a eu préalablement une chance raisonnable d'échapper à sa dette.

(c) La peine est une tentative d'obtenir un comportement désiré qui diffère des techniques de manipulation du Meilleur des Mondes (conditionnement, propagande, etc.) ou de la simple mise hors d'état de nuire des personnes présentant des tendances antisociales, en ceci qu'elle prend un risque. Elle attend que le mal soit fait pour agir ; son fonctionnement principal consiste simplement à annoncer certains modèles de comportement, à attacher des sanctions aux écarts (pour nous en détourner) puis à laisser les individus choisir. Il s'agit d'une méthode de contrôle social qui maximise la liberté individuelle dans le cadre coercitif du droit de plusieurs manières ou peut-être en plusieurs sens. Premièrement, l'individu a le choix entre obéir ou payer. Plus les lois sont mauvaises, plus la possibilité d'exercer ce choix devient précieuse en ceci qu'elle permet aux individus de décider comment vivre. Deuxièmement, ce

système permet non seulement aux individus d'exercer ce choix, mais il accroît également la capacité des individus à identifier à l'avance des périodes durant lesquelles les peines ne leur feront pas obstacle et à planifier leurs vies en conséquence. Ce point évident est souvent éclipsé par les autres mérites de la restriction de la peine aux infractions commises volontairement, mais il mérite une attention particulière. Lorsque la peine n'est pas restreinte de cette façon, les individus risquent de voir leurs projets contrariés par des peines infligées pour ce qu'ils font non intentionnellement, par ignorance, par accident ou par erreur. Un tel système de responsabilité stricte pour toutes les infractions, s'il est logiquement possible²⁵, augmenterait considérablement le nombre de peines, mais diminuerait également la capacité de l'individu à identifier à l'avance les périodes durant lesquelles il échappera aux peines. Il en est ainsi parce nous avons très peu de raisons de croire que, pendant une période donnée, nous ne ferons pas quelque chose non intentionnellement, accidentellement, etc. ; alors que beaucoup de personnes, d'après la connaissance qu'elles ont d'elles-mêmes, peuvent dire avec une assurance justifiée que, pendant une certaine période à venir, il est peu probable qu'elles se livrent intentionnellement à une activité criminelle et peuvent planifier leurs vies de point en point avec l'assurance qu'elles seront laissées libres durant cette période. Bien entendu, l'assurance ainsi justifiée, bien qu'elle soit tirée de la connaissance de soi-même, n'équivaut pas à une certitude. L'assurance que j'ai de ne pas me livrer intentionnellement à une activité criminelle au cours des douze prochains mois et d'échapper à la peine peut s'avérer mal placée ; mais elle est à la fois plus grande et mieux justifiée que ma conviction selon laquelle je ne ferai pas non intentionnellement une des choses que notre système punit lorsqu'elles sont faites intentionnellement.

5. La réforme et l'individualisation de la peine

L'idée de circonstances atténuantes reflète la conviction que, même si le quantum ou la sévérité de la peine doit être déterminé principalement en fonction du but général, la justice exige néanmoins que ceux qui ont des difficultés particulières à respecter la loi qu'ils ont enfreinte soient punis moins sévèrement. Toutefois, on considère généralement que les principes de justice ont une incidence sur le quantum de la peine de deux autres façons au moins. La première est l'exigence quelque peu vague selon laquelle « les cas semblables doivent être traités de la même manière ». On a le sentiment qu'elle n'est pas respectée

²⁵ Certains crimes, par exemple le fait d'exiger de l'argent par des menaces, ne peuvent pas (logiquement) être commis non intentionnellement.

lorsque la raison pour laquelle on punit différemment ceux qui sont coupables du même crime n'est ni une caractéristique personnelle de l'infracteur liée à la commission du crime, ni l'effet de la peine sur lui. Si une certaine infraction est particulièrement répandue à un moment donné et un juge prononce des condamnations plus lourdes que pour les infracteurs précédents (« à titre d'avertissement »), on sacrifie la justice à la sécurité de la société, même si beaucoup considèrent ce sacrifice comme un moindre mal acceptable.

L'autre principe selon lequel différents types d'infraction de gravité différente (peu importe la manière dont on la mesure) ne doivent pas être punis avec la même sévérité est un principe qui, comme d'autres principes de distribution, peut limiter la poursuite de notre but général et n'est pas dérivable de celui-ci. De longues peines d'emprisonnement pourraient efficacement mettre fin aux infractions de stationnement, mais nous pensons qu'il est injuste de les employer ; *non pas* parce qu'il y a pour chaque crime une sanction correspondant « naturellement » à son degré d'iniquité (comme pourraient le penser certains rétributivistes au niveau du but général) ; non pas parce que nous sommes convaincus que la misère causée par de telles peines (qui en effet pourrait être légère puisqu'on aurait rarement besoin de les appliquer) serait plus grande que celle causée par les infractions impunies (comme pourrait le soutenir un utilitariste). Le principe directeur est celui d'une proportion, au sein d'un système de sanctions, entre les sanctions imposées pour différentes infractions occupant une place distincte sur une échelle de gravité de sens commun. Cette échelle elle-même, bien sûr, consiste en des jugements très larges portant à la fois sur l'iniquité morale et la nocivité relative de différents types d'infraction : elle établit des distinctions grossières comme celle entre les infractions de stationnement et l'homicide, entre le « meurtre par compassion » et le meurtre commis à des fins d'enrichissement, mais elle est incapable de mesurer précisément la malveillance d'un individu ayant commis un crime – qui en est capable ? Pourtant, le maintien d'une telle proportion peut être important : car lorsque la gradation juridique des crimes exprimée par la sévérité relative des sanctions s'écarte fortement de cette échelle grossière, on risque ou bien de dérouter la morale commune, ou bien de la bafouer et d'exposer le droit au mépris.

Les idéaux de réforme et d'individualisation de la peine (par exemple, la formation correctionnelle, la détention préventive) qui sont de plus en plus acceptés dans la pratique pénale anglaise depuis 1900 vont clairement à l'encontre du deuxième, voire de ces deux

principes de justice ou de proportion. Certains craignent, et d'autres espèrent, que l'intrusion croissante de ces idéaux aboutira à la substitution du « traitement » par des experts à la peine. Il est important, cependant, de cerner précisément le rapport entre la réforme et la peine, car ses partisans le déforment trop souvent. La « réforme » est certainement un objectif très vague ; elle englobe désormais tout renforcement, produit intentionnellement par un effort humain plutôt que par la peur de la peine, de la disposition et de la capacité de l'infracteur à respecter la loi. Les méthodes de réforme comprennent l'incitation à la repentance, la reconnaissance de la culpabilité morale, la prise de conscience de ce qu'est la société et de ses exigences, l'éducation au sens large, la formation professionnelle et le traitement psychologique. Nombreux sont ceux qui, voyant la futilité et même le caractère nocif de la plupart des peines traditionnelles, parlent comme si la réforme pouvait et devait être le but général de toute la pratique de la peine ou l'objectif dominant du droit pénal :

La *théorie corrective*, fondée sur une conception de la causalité multiple et du traitement curatif-réhabilitant, devrait clairement prédominer dans la législation et dans les pratiques judiciaires et administratives²⁶.

Évidemment, il s'agit d'un idéal possible, mais pas d'un idéal pour la peine. La seule place que la réforme peut avoir au sein du système pénal consiste à exploiter les possibilités offertes par la condamnation ou la détention obligatoire des infracteurs. Elle n'est pas un but général justifiant alternatif de la pratique de la peine, mais quelque chose dont la poursuite au sein d'un système pénal limite ou remplace complètement le recours aux principes de justice ou de proportionnalité dans la détermination du quantum de la peine. C'est sur ce point que la réforme et la peine individualisée sont allées à l'encontre de la morale coutumière.

Il est en effet paradoxal d'affirmer que la réforme devrait « prédominer » dans un système de droit pénal, comme si l'objectif principal de la répression du meurtre était de réformer le meurtrier et non de prévenir le meurtre ; et le paradoxe est encore plus grand lorsque l'infraction juridique n'est pas une infraction morale grave : par exemple, enfreindre un monopole d'État sur les transports. Si on refuse d'attribuer à la réforme cette place dans la peine, ce n'est pas seulement parce que la peine entraîne des souffrances à la différence de la réforme ; mais parce que la réforme est essentiellement une mesure corrective envisageable *ex hypothesi* seulement lorsque le droit pénal a échoué dans sa tâche primaire qui est de

²⁶ Hall et Glueck, *Cases on Criminal Law and its Enforcement* (1951) p. 14.

protéger la société du mal qu'implique la violation de la loi. La société est divisible à tout moment en deux groupes : (i) ceux qui ont effectivement enfreint une loi donnée et (ii) ceux qui ne l'ont pas encore enfreinte mais qui pourraient l'enfreindre. Faire de la réforme l'objectif dominant reviendrait à renoncer à l'espoir d'influencer le second groupe qui est (en ce qui concerne les infractions les plus graves) bien plus important numériquement. Nous devrions ainsi subordonner la prévention des premières infractions à la prévention de la récidive.

L'examen des conditions ou des croyances qui feraient apparaître cette politique comme raisonnable nous amène au sujet auquel cet article ne constitue que les prolégomènes : le doute sceptique moderne portant sur l'ensemble de l'institution pénale. Si nous étions convaincus qu'on aboutit à rien en annonçant des sanctions ou par l'exemple de leur infliction, soit parce que ceux qui ne commettent pas de crimes ne les commettraient pas de toute façon, soit parce que les sanctions annoncées ou infligées aux autres ne font pas partie des facteurs qui les incitent à respecter la loi, alors un changement radical, centré entièrement sur les infracteurs avérés, serait nécessaire. Comme nous n'en sommes pas entièrement convaincus à l'heure actuelle, nous nous trouvons face à un dilemme et à un compromis délicat. Les sanctions que nous estimons nécessaires pour maintenir au maximum la conformité à la loi peuvent transformer l'infracteur auquel elles sont appliquées en un ennemi endurci de la société ; tandis que l'utilisation de mesures réformatrices peut diminuer l'efficacité et l'exemplarité de la peine sur les autres. Actuellement, nous transigeons sur cet aspect relativement nouveau de la peine, comme nous le faisons sur ses principaux éléments. Ce qui rend ce compromis tolérable, c'est la conviction que l'influence due à la menace et à l'exemple de la peine est souvent indépendante de la sévérité de la peine, et est davantage due à la disgrâce attachée à la condamnation pour crime ou à la privation de liberté que de nombreuses mesures réformatrices actuellement utilisées impliquent de toute façon.

Bibliographie

I. Hart

1. Textes originaux cités

CL | *The Concept of Law*, 3^e édition, Oxford : Oxford University Press, 2012.

CIL | *Causation in the Law*, 2^e édition, Oxford : Oxford University Press, 1985.

EB | *Essays on Bentham : Jurisprudence and Political Theory*, Oxford : Oxford University Press, 1982.

EJP | *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford : Oxford University Press, 1983.

LLM | *Law, Liberty and Morality*, Oxford : Oxford University Press, 1963.

MCL | *The Morality of the Criminal Law : Two Lectures*, Jerusalem : Magness Press, 1964.

PR | *Punishment and Responsibility : Essays in the Philosophy of Law*, 2^e édition, Oxford : Oxford University Press, 2008.

« Discretion », *Harvard Law Review*, vol. 127, n° 2, 2013, p. 652-665.

« Answers to Eight Questions (1988) », in L.D. d'Almeida, J. Edwards, A. Dolcetti (éd.), *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law*, Oxford : Hart Publishing, 2013, p. 497-529.

« Hart Interviewed : H.L.A. Hart in Conversation with David Sugarman », *Journal of Law and Society*, vol. 32, n° 2, 2005, p. 267-293.

« Bentham's Principle of Utility and Theory of Penal Law », in J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford : Oxford University Press, 2005, p. lxxix-cxii.

« Arthur Rupert Neale Cross, 1912-1980 », *Proceedings of the British Academy*, vol. 70, 1984, p. 405-437.

« Morality and Reality », *The New York Review of Books*, vol. 25, n° 3, 1978, p. 35-38.

« Abortion Law Reform : The English Experience », *Melbourne University Law Review*, vol. 8, 1972, p. 388-411.

« Review : Barbara Wootton, *Crime and the Criminal Law* », *The Yale Law Journal*, vol. 74, n° 7, 1965, p. 1325-1331.

« Duty », in J. Gould, W.L. Kolb (éd.), *A Dictionary of the Social Sciences*, New York : Free Press, 1964, p. 213-214.

« Acts of Will and Legal Responsibility », in D. Pears (éd.), *Freedom and the Will*, Londres : Palgrave Macmillan, 1963, p. 38-47.

« Bentham », *Proceedings of the British Academy*, vol. 48, 1962, p. 297-302. Réimpression in R.S. Summers (éd.), *More Essays in Legal Philosophy : General Assessments of Legal Philosophies*, Berkeley : University of California Press, 1971, p. 18-42.

« The Use and Abuse of the Criminal Law », *The Oxford Lawyer*, vol. 4, n° 1, 1961, p. 7-12. Réimpression in A.S. Goldstein, J. Goldstein (éd.), *Crime, Law and Society*, New York : The Free Press, 1971, p. 283-289.

« Legal and Moral Obligation », in A.I. Melden (éd.), *Essays in Moral Philosophy*, Seattle : University of Washington Press, 1958, p. 82-107.

« Decision, Intention and Certainty », *Mind*, vol. 67, n° 265, 1958, p. 1-12.

« Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century : A Reply to Professor Bodenheimer », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 105, n° 7, 1957, p. 953-975.

« Should the Death Penalty Be Abolished ? », *The Listener*, n° 1403, 19 janvier 1956, p. 87-89.

« Theory and Definition in Jurisprudence », *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 29, 1955, p. 239-264.

« Are There Any Natural Rights ? », *The Philosophical Review*, vol. 64, n° 2, 1955, p. 175-191.

« Justice », *Philosophy*, vol. 28, n° 107, 1953, p. 348-352.

« The Ascription of Responsibility and Rights », *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 49, 1949, p. 171-194.

2. Traductions françaises citées ou consultées

CL, trad. fr. | *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis, 2005.

« Le positivisme et la séparation du droit et de la morale », trad. partielle C. Béal, in C. Béal (éd.), *Philosophie du droit : Norme, validité et interprétation*, Paris : J. Vrin, 2015, p. 193-227.

« Immoralité et trahison », trad. M. Carpentier, *Droit et Philosophie*, vol. 6, 2014, p. 157-163.

« La solidarité sociale et la mise en œuvre de la morale par le droit », trad. G. Bligh, M. Plouviez, *Droit et Philosophie*, vol. 6, 2014, p. 181-195.

« Existe-t-il des droits naturels ? », trad. C. Girard, *Klesis*, n° 21, 2011, p. 239-254.

« Entre l'utilité et les droits », trad. partielle J.-F. Spitz, in C. Audard (éd.), *Anthologie historique et critique de l'utilitarisme*, tome 3, Paris : P.U.F., 1999, p. 237-247.

« Responsabilité juridique et excuses légales », trad. D. Buysse, in M. Neuberg (éd.), *La responsabilité : questions philosophiques*, Paris : P.U.F., 1997, p. 65-93.

« La moralité du droit », trad. B. Gnassounou, *Droits*, vol. 19, 1994, p. 105-123.

« La démystification du droit », trad. P. Gérard, M. van de Kerchove, in P. Gérard, F. Ost, M. van de Kerchove (éd.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles : Facultés Universitaires Saint-Louis, 1987, p. 89-118.

II. Autres travaux

Alexander, P.P., *An Examination of Mr John Stuart Mill's Doctrine of Causation in Relation to Moral Freedom*, Edinburgh : William P. Nimmo, 1866.

Allen, F.A., « Criminal Justice, Legal Values and the Rehabilitative Ideal », *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 50, n° 3, p. 226-232.

American Law Institute, *Model Penal Code : Official Draft and Explanatory Notes*, Philadelphie, 1985.

Ancel, M., Radzinowicz, L. (éd.), *Introduction au droit criminel de l'Angleterre*, Paris : Les éditions de l'épargne, 1959.

Ancel, M., *La défense sociale nouvelle*, 2^e édition, Paris : Cujas, 1966.

Andenaes, J., « The General Preventive Effects of Punishment », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 114, n° 7, 1966, p. 949-983.

Anscombe, G.E.M., *L'intention*, trad. M. Maurice, C. Michon, Paris : Gallimard, 2002.

Arendt, H., *Responsabilité et jugement*, trad. J.-L. Fidel, Paris : Payot et Rivages, 2009.

Aristote, *Éthique à Nicomaque*, trad. R. Bodéüs, in *Œuvres complètes*, Paris : Flammarion, 2014.

Armstrong, K.G., « The Retributivist Hits Back », *Mind*, vol. 70, n° 280, p. 471-490.

Arneson, R.J., « The Principle of Fairness and Free-Rider Problems », *Ethics*, vol. 92, n° 4, 1982, p. 616-633.

Ashworth, A., Redmayne, M., *The Criminal Process*, 4^e édition, Oxford : Oxford University Press, 2010.

Audegean, P., *La philosophie de Beccaria : Savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Paris : Vrin, 2010.

Austin, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge : Cambridge University Press, 1995.

Austin, J.L., « Plaidoyer pour les excuses », in *Écrits philosophiques*, trad. L. Aubert, A.-L. Hacker, Paris : Éditions du Seuil, 1994.

-----, *Philosophical Papers*, Oxford : Oxford University Press, 1961.

Ayers, M.R., *The Refutation of Determinism*, Londres : Methuen et Co, 1968.

Bacon, *Novum Organum*, trad. M. Malherbe, J.-M. Pousseur, Paris : P.U.F., 1986.

Bagaric, M., *Punishment and Sentencing : A Rational Approach*, Londres : Cavendish Publishing Limited, 2001.

Bailhache, P., *Essai de logique déontique*, Paris : J. Vrin, 1991.

Baker, T., Harel, A., Kugler, T., « The Virtues of Uncertainty in Law : An Experimental Approach », *Faculty Scholarship*, n° 701, 2004.

Baranger, D., « Beccaria et le siècle de la législation », in P. Audegean *et alii* (éd.), *Le bonheur du plus grand nombre : Beccaria et les Lumières*, Lyon : ENS éditions, 2017, p. 111-126.

-----, « Mill », in P. Raynaud, S. Rials (éd.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : P.U.F., 2003, p. 454-459.

Barnett, R.E., « La restitution : un nouveau paradigme de la justice criminelle », trad. P. Gailly, in P. Gailly (éd.), *La justice restauratrice*, Bruxelles : Larcier, 2011, p. 73-88.

Barry, B., *Political Argument*, Londres : Routledge, 1965.

Bayles, M.D., *Hart's Legal Philosophy : An Examination*, Dordrecht : Springer, 1992.

Bean, P., « Barbara Wootton : Testament for a Social Scientist », *The British Journal of Criminology*, vol. 29, n° 1, p. 71-75.

Bébin, X., *Pourquoi punir ? L'approche utilitariste de la sanction pénale*, Paris : L'Harmattan, 2006.

Beccaria, C., *Des délits et des peines*, trad. A. Fontana, X. Tabet, Paris : Gallimard, 2015.

Bedau, H.A., Kelly, E., « Punishment », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2019 Edition), E.N. Zalta (éd.). URL : <https://plato.stanford.edu/entries/punishment/>

Bedau, H.A., « Bentham's Theory of Punishment : Origin and Content », *Journal of Bentham Studies*, vol. 7, n° 1, p. 1-15.

-----, « L'argument d'interférence minimale contre la peine capitale », trad. A. Autenne, *Revue Philosophique de Louvain*, tome 101, n° 1, 2003, p. 138-150.

-----, « Retribution and the Theory of Punishment », *The Journal of Philosophy*, vol. 75, n° 11, 1978, p. 601-620.

Belmont, N., « Fonction de la dérision et symbolisme du bruit dans le charivari », in J. Le Goff, J.-C. Schmitt (éd.), *Le charivari*, Paris : Mouton éditeur, 1981, p. 15-21.

Benn, S.I., « Punishment », in P. Edwards (éd.), *The Encyclopedia of Philosophy*, vol. 7, New York : Macmillan et The Free Press, 1967, p. 29-36.

-----, « An Approach to the Problems of Punishment », *Philosophy*, vol. 33, n° 127, 1958, p. 325-341.

Benn, S.I., Peters, R.S., *Social Principles and the Democratic State*, Londres : George Allen et Unwin, 1959.

Bentham, J., *De la torture*, trad. G. Coqui, Paris : Allia, 2012.

-----, *Introduction aux principes de morale et de législation*, trad. du Centre Bentham, Paris : J. Vrin, 2011.

-----, *Essai sur la pédérastie*, trad. J.-C. Bouyard, Lille : Questions de genre-GKC, 2003.

-----, *Panopticon*, in *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 4, New York : Russell & Russell, 1962, p. 164.

-----, *The Rationale of Punishment*, Londres : Robert Heward, 1830.

-----, *Traité de législation civile et pénale*, in *Œuvres de J. Bentham*, éd. E. Dumont, tome 1, Bruxelles : L. Hauman, 1829-1830.

-----, *Théorie des récompenses*, in *Œuvres de J. Bentham*, éd. E. Dumont, tome 2, Bruxelles : L. Hauman, 1829-1830.

Berlin, I., *En toutes libertés : Entretiens avec Ramin Jahanbegloo*, trad. G. Lorimy, Paris : Le Félin Poche, 2006.

-----, « La recherche de l'idéal », in *Le bois tordu de l'humanité : Romantisme, nationalisme et totalitarisme*, trad. M. Thymbres, Paris : Albin Michel, 1992, p. 15-32.

-----, « Deux conceptions de la liberté », in *Éloge de la liberté*, trad. J. Carnaud, J. Lahana, Paris : Presses Pocket, 1990, p. 167-218.

Binder, G., Smith, N.J., « Framed : Utilitarianism and Punishment of the Innocent », *Rutgers Law Journal*, vol. 32, 2000, p. 115-224.

Bligh, G., *Les bases philosophiques du positivisme juridique de H.L.A. Hart*, Paris : Institut Universitaire Varenne, 2017.

Boonin, D., *The Problem of Punishment*, Cambridge : Cambridge University Press, 2008.

Bouquiaux, L., Leclercq, B., *Logique formelle et argumentation*, 2^e édition, Bruxelles : De Boeck, 2015.

Brink, D.O., *Mill's Progressive Principles*, Oxford : Oxford University Press, 2013.

Brink, D.O., Nelkin, D.K., « Fairness and the Architecture of Responsibility », in D. Shoemaker (éd.), *Oxford Studies in Agency and Responsibility*, vol. 1, Oxford : Oxford University Press, 2013, p. 284-313.

Burke, E., « Speech on Conciliation with the Colonies », in E.J. Payne (éd.), *Select Works of Edmund Burke*, Volume 1, Indianapolis : Liberty Fund, 1999, p. 221-289.

Butin, A., *Isaiah Berlin, libéral et pluraliste*, Paris : Michel Houdiard, 2014.

Byrne, G., « Taking the Minimum Content Seriously : Hart's Liberalism and Moral Values », *The Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 63, n° 4, 2012, p. 477-494.

Camus, A., *Réflexions sur la guillotine*, Paris : Gallimard, 2008.

Canada, Commission sur la détermination de la peine, *Réformer la sentence, une approche canadienne : Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine*, Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1987.

Canada, Commission de réforme du droit du Canada, *Partie générale : responsabilité et moyens de défense*, Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1982.

Carbasse, J.-M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e édition, Paris : P.U.F., 2014.

Carpentier, M., *Normes et exception : essai sur la défaisabilité en droit*, Paris : Institut Universitaire Varenne, 2014.

Carrithers, D.W., « La philosophie pénale de Montesquieu », trad. C. Larrère, *Revue Montesquieu*, n° 1, 1997, p. 39-63.

Chérot, J.-Y., « L'analyse des concepts en droit : Sur quatre thèses de Hart et quelques questions », *Revue de la recherche juridique*, vol. 37, n° 145, 2013, p. 2273-2285.

Cholbi, M., « Compulsory Victim Restitution Is Punishment : A Reply to Boonin », *Public Reason* 2 (1), 2010, p. 85-93.

Christie, N., « Conflicts as Property », *The British Journal of Criminology*, vol. 17, n° 1, 1977, p. 1-15. Traduction française : « Les conflits : des biens usurpés ? », trad. P. Gailly, in P. Gailly (éd.), *La justice restauratrice*, Bruxelles : Larcier, 2011, p. 53-69.

Clutton-Brock, T.H., Parker, G.A., « Punishment in animal societies », *Nature*, vol. 373, 1995, p. 209-216.

Cohen, L., « Le voleur de voitures impénitent », *Cerveau et Psycho*, n° 107, février 2019, p. 27-29.

Cottingham, J., « Varieties of Retribution », *The Philosophical Quarterly*, vol. 29, n° 116, 1979, p. 238-246.

Cross, A.R.N., Ely, E., « La responsabilité pénale », in M. Ancel, L. Radzinowicz (éd.), *Introduction au droit criminel de l'Angleterre*, Paris : Éditions de l'Épargne, 1959, p. 35-83.

Crowder, G., « Pluralism, Relativism, and Liberalism », in J.L. Cherniss (éd.), *The Cambridge Companion to Isaiah Berlin*, Cambridge : Cambridge University Press, 2018, p. 229-249.

Cusson, M., *Criminologie actuelle*, Paris : P.U.F., 1998.

-----, *Pourquoi punir ?*, Paris : Dalloz, 1987.

-----, *Le contrôle social du crime*, Paris : P.U.F., 1983.

Dagger, R., « Playing Fair with Punishment », *Ethics*, vol. 103, n° 3, 1993, p. 473-488.

-----, « Restitution : Pure or Punitive ? », *Criminal Justice Ethics*, vol. 10, n° 2, 1991, p. 29-39.

Dancy, J., *Moral Reasons*, Oxford : Blackwell, 1993.

Deigh, J., Dolinko, D., « Introduction », in J. Deigh, D. Dolinko (éd.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford : Oxford University Press, 2011, p. v-viii.

De Keijser, J., « Never Mind the Pain, It's a Measure ! Justifying Measures as Part of the Dutch Bifurcated System of Sanctions », in M. Tonry (éd.), *Retributivism Has a Past : Has It a Future ?*, Oxford : Oxford University Press, 2011, p. 188-213.

Del Vecchio, G., *La justice, la vérité : essais de philosophie juridique et morale*, Paris : Dalloz, 1955.

Desportes, F., Le Gunehec, F., *Droit pénal général*, 16^e édition, Paris : Economica, 2009.

Devlin, P., « La morale et la réalité sociale contemporaine », trad. M. Carpentier, *Droit et Philosophie*, vol. 6, 2014, p. 165-180.

D'Holbach, *Système de la nature*, Paris : Étienne Ledoux, 1821.

Diamond, J., *Le monde jusqu'à hier : ce que nous apprennent les sociétés traditionnelles*, trad. J.-F. Sené, Paris : Gallimard, 2014.

Dolinko, D., « Retributivism, Consequentialism, and the Intrinsic Goodness of Punishment », *Law and Philosophy*, vol. 16, n° 5, 1997, p. 507-528.

-----, « Some Thoughts About Retributivism », *Ethics*, vol. 101, n° 3, 1991, p. 537-559.

Dubber, M.D., *An Introduction to the Model Penal Code*, 2^e édition, Oxford : Oxford University Press, 2015.

Dubreucq, J.-L., Joyal, C., Millaud, F., « Risque de violence et troubles mentaux graves », *Annales Médico Psychologiques*, vol. 163, 2005, p. 852-865.

Durkheim, E., *L'éducation morale*, 2^e édition, Paris : P.U.F., 2012.

-----, *De la division du travail social*, 2^e édition, Paris : P.U.F., 1991.

-----, « L'individualisme et les intellectuels », in E. Durkheim, *La science sociale et l'action*, Paris : P.U.F., 1970, p. 261-278.

Ellis, A., *The Philosophy of Punishment*, Imprint Academic, 2012.

Elster, J., *Le désintéressement*, Paris : Seuil, 2009.

Fauconnet, P., *La responsabilité : étude de sociologie*, Paris : F. Alcan, 1920.

Fassin, D., *Punir : une passion contemporaine*, Paris : Seuil, 2017.

Fattah, E.A., « Une revue de la littérature sur l'effet dissuasif de la peine », in Commission de réforme du droit du Canada, *La crainte du châtime : la dissuasion*, Ottawa : Approvisionnements et Services Canada, 1976, p. 1-127.

Feinberg, J., *Harmless Wrongdoing*, Oxford : Oxford University Press, 1990.

-----, « The Expressive Function of Punishment », *The Monist*, vol. 49, n° 3, 1965, p. 397-423.

Ferri, E., *La sociologie criminelle*, trad. L. Terrier, Paris : F. Alcan, 1905.

Finnis, J., « Hart's Philosophy of Punishment », in J. Finnis, *Human Rights and Common Good : Collected Essays : Volume III*, Oxford : Oxford University Press, 2011, p. 153-160.

-----, « H.L.A. Hart : A Twentieth-Century Oxford Political Philosopher », *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 54, 2009, p. 161-185.

Fletcher, G.P., *Rethinking Criminal Law*, Oxford : Oxford University Press, 2000.

Flew, A., « The Justification of Punishment », *Philosophy*, vol. 29, n° 111, 1954, p. 291-307.

Foucault, M., *Surveiller et punir : Naissance de la prison*, Paris : Gallimard, 1975.

Frankfurt, H.G., « Alternate Possibilities and Moral Responsibility », *The Journal of*

Philosophy, vol. 66, n° 23, 1969, p. 829-839.

Fuller, L.L., *La moralité du droit*, trad. J. Van Meerbeeck, Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 2017.

Gabuthy, Y., « Analyse économique du droit : présentation générale », *Économie et prévision*, vol. 202-203, 2013, p. I-VIII.

Gardner, J., « Introduction », in *PR*, p. xiii-liii.

-----, « Legal Positivism: 5½ Myths », *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, n° 1, 2001, p. 199–227.

-----, « The Gist of Excuses », *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 1, n° 2, 1998, p. 575-598.

Garland, D., « Punishment and Social Solidarity », in J. Simon, R. Sparks (éd.), *The SAGE Handbook of Punishment and Society*, Londres : Sage, 2013, p. 23-39.

Garofalo, R., *La criminologie : étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, 2^e édition, Paris : F. Alcan, 1890.

Gassin, R., Cimamonti, S., Bonfils, P., *Criminologie*, 7^e édition, Paris : Dalloz, 2011.

Girard, R., *La violence et le sacré*, Paris : Bernard Grasset, 1972.

Glover, J., *Responsibility*, Londres : Routledge et Kegan Paul, 1970.

Golash, D., *The Case against Punishment : Retribution, Crime Prevention, and the Law*, New York, Londres : New York University Press, 2005.

Goldinger, M., « Punishment, Justice, and the Separation of Issues », *The Monist*, vol. 49, n° 3, 1965, p. 458-474.

Gray, J., *Isaiah Berlin : An Interpretation of His Thought*, Princeton : Princeton University Press, 2013.

Greely, H.T., « Neuroscience and Criminal Responsibility : Proving “Can’t Help Himself” as a Narrow Bar to Criminal Liability », in M. Freeman (éd.), *Law and Neuroscience : Current Legal Issues 2010*, vol. 13, Oxford : Oxford University Press, 2011, p. 61-77.

Green, L., « Introduction », in H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 3^e édition, Oxford : Oxford University Press, 2012, p. xv-lv.

-----, « Jurisprudence for Foxes », *Transnational Legal Theory*, vol. 3, n° 2, 2012, p. 150-160.

Gregogna, J., Escourolle, R., « Démence », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 28 mars 2019. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/demence/>

Grellard, C., « Histoire des philosophies et des théologies de l'occident médiéval », *Annuaire de l'École pratique des hautes études (EPHE), Section des sciences religieuses* [En ligne], 124 | 2017. URL : <http://journals.openedition.org/asr/1625>

Gros, F., *Le principe sécurité*, Paris : Gallimard, 2012.

Gross, H., *Crime and Punishment : A Concise Moral Critique*, Oxford : Oxford University Press, 2012.

Guillarme, B., *Penser la peine*, Paris : P.U.F., 2003.

Guyau, J.-M., *Esquisse d'une morale sans obligation ni sanction*, 16^e édition, Paris : F. Alcan, 1921.

Hacker, P.M.S., « Hart's Philosophy of Law », in P.M.S. Hacker, J. Raz (éd.), *Law, Morality, and Society : Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford : Oxford University Press, 1977, p. 1-25.

Haus, J.J., *Principes généraux du droit pénal belge*, Gand : H. Hoste, 1869.

Hobbes, T., *Leviathan*, Indianapolis : Hacket Publishing Company, 1994.

Holmes, O.W., *The Common Law*, Cambridge : Belknap Press, 2009.

Honoré, T., *Responsibility and Fault*, Oxford : Hart Publishing, 1999.

Hulsman, L., Bernat de Celis, J., *Peines perdues : le système pénal en question*, Paris : Le Centurion, 1982.

Hume, D., *Enquête sur l'entendement humain*, trad. A. Leroy, revue par M. Beyssade, Paris : GF Flammarion, 2006.

Husak, D.N., « A Framework for Punishment : What Is the Insight of Hart's "Prolegomenon" ? », in C. Pulman (éd.), *Hart on Responsibility*, Basingstoke : Palgrave Macmillan, 2014, p. 91-108.

-----, *Overcriminalization : The Limits of the Criminal Law*, Oxford : Oxford University Press, 2008.

-----, « Why Punish the Deserving ? », *Noûs*, vol. 26, n° 4, 1992, p. 447-464.

Jaffro, L., « Violence et normativité dans les philosophies de la peine », in J.-F. Kervégan, M. Plouviez, P.-Y. Quiviger (éd.), *Norme et violence*, Hildeshaim : G. Olms, 2015, p. 55-68.

Jeffery, C.R., « Criminal Behavior and Learning Theory », *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 56, n° 3, 1965, p. 294-300.

Kane, R., « Introduction : The Contours of Contemporary Free Will Debates », in R. Kane

(éd.), *The Oxford Handbook of Free Will*, Oxford : Oxford University Press, 2002, p. 3-41.

Kant, E., *Critique de la raison pratique*, trad. J.-P. Fussler, Paris : GF Flammarion, 2003.

-----, *Métaphysique des mœurs I : Fondation, Introduction*, trad. A. Renaut, Paris : GF Flammarion, 1994.

-----, *Métaphysique des mœurs II : Doctrine du droit, Doctrine de la vertu*, trad. A. Renaut, Paris : GF Flammarion, 1994.

Kaufman, W.R.P., *Honor and Revenge : A Theory of Punishment*, Dordrecht : Springer, 2013.

Kaufman, A.S., « Responsibility, Moral and Legal », *Encyclopedia of Philosophy*, 1967.
URL : <https://www.encyclopedia.com/humanities/encyclopedias-almanacs-transcripts-and-maps/responsibility-moral-and-legal>

Kekes, J., *The Morality of Pluralism*, Princeton : Princeton University Press, 1993.

Kelly, E.I., *The Limits of Blame*, Cambridge : Harvard University Press, 2018.

Kelsen, H., *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, 3^e édition, Paris : Dalloz, 1962.

Kenny, A., *Freewill and Responsibility*, Londres : Routledge, 1978.

-----, *Will, Freedom and Power*, Oxford : B. Blackwell, 1975.

Kervégan, J.-F., *La raison des normes : Essai sur Kant*, Paris : Vrin, 2015.

-----, « Hart, le positivisme juridique, l'utilitarisme et la question des droits moraux », *Droit et Philosophie*, vol. 6, 2014, p. 105-122.

Kleber, G., *La sémantique du prototype : Catégories et sens lexical*, Paris : P.U.F., 1990.

Kolber, A.J., « Unintentional Punishment », *Legal Theory*, vol. 18, n° 1, 2012, p. 1-29.

Kramer, M.H., *H.L.A. Hart : The Nature of Law*, Cambridge : Polity Press, 2018.

Lacey, N., Pickard, H., « The Chimera of Proportionality : Institutionalising Limits on Punishment in Contemporary Social and Political Systems », *The Modern Law Review*, vol. 78, n° 2, 2015, p. 216-240.

Lacey, N., *In Search of Criminal Responsibility : Ideas, Interests, and Institutions*, Oxford : Oxford University Press, 2016.

-----, *A Life of H.L.A. Hart : The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford : Oxford University Press, 2004.

-----, *State Punishment : Political Principles and Community Values*, Londres : Routledge, 1988.

Lazarus, L., « The right to security – securing rights or securitising rights ? », in R. Dickinson *et alii* (éd.), *Examining Critical Perspectives on Human Rights*, Cambridge : Cambridge University Press, 2012, p. 87-106.

J.-R. Lecerf, Commission des lois du Sénat, Administration pénitentiaire, avis n°114 (2014-2015), 20 novembre 2014. URL : <https://www.senat.fr/rap/a14-114-8/a14-114-81.pdf>

Lippke, R.L., « Some Surprising Implications of Negative Retributivism », *Journal of Applied Philosophy*, vol. 31, n° 1, 2014, p. 49-62.

-----, « Mixed Theories of Punishment and Mixed Offenders : Some Unresolved Tensions », *The Southern Journal of Philosophy*, vol. 44, 2006, p. 273-295.

Locke, J., *Deuxième traité du gouvernement civil*, trad. B. Gilson, 3^e édition, Paris : J. Vrin, 1985.

Lukes, S., Prabhat, D., « Droit et moralité chez Durkheim. La thèse de la désintégration », in R. Boudon (éd.), *Durkheim fut-il durkheimien ?*, Paris : Armand Colin, 2011, p. 99-126.

Mabbott, J.D., « Professor Flew on Punishment », *Philosophy*, vol. 30, n° 114, 1955, p. 256-265.

-----, « Punishment », *Mind*, vol. 48, n° 190, 1939, p. 152-167.

MacCloskey, H.J., « The Complexity of the Concepts of Punishment », *Philosophy*, vol. 37, n° 142, 1962, p. 307-325.

MacCormick, N., *H.L.A. Hart*, Stanford : Stanford University Press, 2008.

Marmor, A., « Right-Based Justification of Punishment », *Israel Law Review*, vol. 22, n° 1, 1987, p. 97-106.

Matravers, M., Cocoru, A., « Revisiting the Hart/Wootton Debate on Responsibility », in C. Pulman (éd.), *Hart on Responsibility*, Basingstoke : Palgrave Macmillan, p. 129-153.

Matravers, M., « Punishment, Suffering, and Justice », in S. Farrall *et alii*, *Justice and Penal Policy*, Routledge, 2016, p. 27-46.

-----, « Is Twenty-first Century Punishment Post-desert ? », in M. Tonry (éd.), *Retributivism Has a Past : Has It a Future ?*, Oxford : Oxford University Press, 2011, p. 30-45.

Mayr, E., « Hart, Punishment and Excusing Conditions », in C. Pulman (éd.), *Hart on Responsibility*, Basingstoke : Palgrave Macmillan, 2014, p. 174-194.

McKenna, M., Coates, D.J., « Compatibilism », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2018 Edition), E.N. Zalta (éd.). URL : <https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/compatibilism/>

McMahan, J., *Killing in War*, Oxford : Oxford University Press, 2009.

Menninger, K., « Verdict Guilty – Now What ? », *Harpers Magazine*, août 1959, p. 60-64. Réimpression sous le titre « Therapy, Not Punishment », in R.M. Baird, S.E. Rosenbaum (éd.), *Punishment and the Death Penalty : The Current Debate*, Amherst : Prometheus Books, 1995, p. 41-49.

Merle, R., Vitu, A., *Traité de droit criminel*, 2^e édition, tome I, Paris : Éditions Cujas, 1973.

Michael, J., Wechsler, H., « A Rationale of the Law of Homicide II », *Columbia Law Review*, vol. 37, n° 8, 1937, p. 1261-1325.

Mill, J.S., *L'utilitarisme & Essai sur Bentham*, trad. C. Audard, P. Thierry, 2^e édition, Paris : P.U.F., 2009.

-----, *L'asservissement des femmes*, trad. M.-F. Cachin, Paris : Éditions Payot et Rivages, 2005.

-----, « On Punishment », in *Collected Works of John Stuart Mill*, vol. 21, Londres : Routledge, 1996, p. 75-79.

-----, *De la liberté*, trad. L. Lenglet, Paris : Gallimard, 1990.

-----, *La philosophie de Hamilton*, trad. E. Cazelles, Paris : Germer Baillière, 1869.

Ministère de la Justice, *Les chiffres-clés de la Justice 2018*. URL : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/justice-chiffres-cles-2018.pdf

Montaigne, *Les Essais*, adapté en français moderne par A. Lanly, Paris : Gallimard, 2009.

Montesquieu, *L'esprit des lois*, Paris : Lavigne, 1845.

Moore, G.E., *Ethics*, New York : Henry Holt and Company, 1912.

Moore, M.S., *Placing Blame : A Theory of the Criminal Law*, Oxford : Oxford University Press, 1997.

-----, « Choice, Character, and Excuse », *Social Philosophy et Policy*, vol. 7, n° 2, 1990, p. 29-58.

Morris, H., « Persons and Punishment », *The Monist*, vol. 52, n° 4, 1968, p. 475-501.

Morris, N., *Madness and the Criminal Law*, Chicago : University of Chicago Press, 1983.

Nadler, J., « Flouting the Law », *Texas Law Review*, vol. 83, 2005, p. 1399-1441.

Nagel, T., *Mortal Questions*, Cambridge : Cambridge University Press, 1979. Traduction française : *Questions mortelles*, trad. P. Engel, C. Engel-Tiercelin, Paris : P.U.F., 1983.

Nagin, D.S., « Deterrence in the Twenty-First Century », *Crime and Justice*, vol. 42, n° 1, 2013, p. 199-263.

National Registry of Exonerations, « Exonerations in 2017 », 14 mars 2018. URL : <http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/ExonerationsIn2017.pdf>

Nayfeld, N., « H.L.A. Hart et J. Glover : un point de vue utilitariste contre la peine de mort », *Canadian Journal of Bioethics/Revue canadienne de bioéthique*, vol. 2, n° 1, p. 47-56.

Nietzsche, F., *La Généalogie de la morale*, trad. P. Wotling, Paris : Librairie Générale Française, 2000.

Nino, C.S., « A Consensual Theory of Punishment », *Philosophy and Public Affairs*, vol. 12, n° 4, 1983, p. 289-306.

Nowell-Smith, P.H., *Ethics*, Harmondsworth : Penguin Books, 1954.

Nozick, R., *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford : Blackwell, 1974.

Oakley, A., *A Critical Woman : Barbara Wootton, Social Science and Public Policy in the Twentieth Century*, Londres : Bloomsbury Academic, 2011.

Ogien, R., Tappolet, C., *Les concepts de l'éthique : Faut-il être conséquentialiste ?*, Paris : Hermann, 2008.

Page, L., « La radicalité négligée de la théorie de la justice de John Rawls », *Mouvements*, vol. 3, n° 27-28, 2003, p. 158-164.

Pardo, M.S., Patterson, D., *Minds, Brains, and Law : The Conceptual Foundations of Law and Neuroscience*, Oxford : Oxford University Press, 2013.

Perelman, C., *Éthique et droit*, 2^e édition, Bruxelles : Éditions de l'Université de Bruxelles, 2011.

-----, « La philosophie du pluralisme et la nouvelle rhétorique », *Revue Internationale de Philosophie*, vol. 33, n° 127/128, 1979, p. 5-17.

-----, « La justification des normes », in K. Kuypers (éd.), *Les Sciences Humaines et le Problème des Valeurs*, La Haye : Martinus Nijhoff, 1971, p. 47-54.

Perry, S.R., « Risk, Harm, and Responsibility », in D.G. Owen (éd.), *The Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford : Oxford University Press, 1997, p. 321-346.

Pettit, P., Braithwaite, J., *Not Just Deserts : A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford : Oxford University Press, 1990.

Pincoffs, E.L., *The Rationale of Legal Punishment*, New York : Humanities Press, 1966.

Pironnet, Q., « Droit et dystopies », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 77, n° 2,

2016, p. 363-392.

Platon, *Protagoras*, trad. F. Ildefonse, in *Œuvres Complètes*, Paris : Flammarion, 2011.

-----, *Gorgias*, trad. M. Canto-Sperber, in *Œuvres Complètes*, Paris : Flammarion, 2011.

-----, *Criton*, trad. L. Brisson, in *Œuvres Complètes*, Paris : Flammarion, 2011.

-----, *Lois*, trad. L. Brisson, J.-F. Pradeau, in *Œuvres Complètes*, Paris : Flammarion, 2011.

Pollock, F., Maitland, F.W., *The History of English Law Before the Time of Edward I*, vol. 2, Indianapolis : Liberty Fund, 2010.

Popper, K.R., *The Poverty of Historicism*, Boston : The Beacon Press, 1957.

Posner, R.A., *Economic Analysis of Law*, 3^e édition, Boston : Little, Brown, 1986.

-----, « An Economic Theory of the Criminal Law », *Columbia Law Review*, vol. 85, n° 6, 1985, p. 1193-1231.

Pradel, J., *Droit pénal comparé*, Paris : Dalloz, 1995.

Proal, L., *Le crime et la peine*, 2^e édition, Paris : F. Alcan, 1894.

Proulx, J., Lussier, P., « La prédiction de la récidive chez les agresseurs sexuels », *Criminologie*, vol. 34, n° 1, 2001, p. 9-29.

Quinton, A.M., « On Punishment », *Analysis*, vol. 14, n° 6, 1954, p. 133-142.

Radbruch, G., « Injustice légale et droit supralégal », trad. M. Walz, *Archives de philosophie du droit*, vol. 39, 1995, p. 307-318.

Radzinowicz, L., Hood, R., *A History of English Criminal Law*, vol. 5, *The Emergence of Penal Policy*, Londres : Stevens et Sons, 1986.

Rawls, J., *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Paris : Éditions Points, 2009.

-----, « Two Concepts of Rules », *The Philosophical Review*, vol. 64, n° 1, 1955, p. 3-32.

Raz, J., « H.L.A. Hart (1907-1992) », *Utilitas*, vol. 5, n° 2, 1993, p. 145-156.

Riley, J., « Liberal Pluralism and Common Decency », in J.-W. Müller (éd.), *Isaiah Berlin's Cold War Liberalism*, Palgrave Macmillan, 2019, p. 57-91.

Roberts, P., « Criminal Law Theory and the Limits of Liberalism », in A. P. Simester, A. du Bois-Pedain, U. Neumann (éd.), *Liberal Criminal Theory : Essays for Andreas von Hirsch*, Oxford : Hart Publishing, 2014, p. 327-360.

Robinson, P.H., Darley, J.M., « Does Criminal Law Deter ? A Behavioural Science

Investigation », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n° 2, 2004, p. 173-205.

Ross, A., *On Guilt, Responsibility and Punishment*, Berkeley : University of California Press, 1975.

Ross, W.D., *The Right and the Good*, Oxford : Oxford University Press, 2002.

Rothbard, M., *L'éthique de la liberté*, trad. F. Guillaumat, P. Lemieux, Paris : Les Belles Lettres, 2011.

Roux, J.-A., *Cours de droit criminel français*, 2^e édition, tome I, Paris : Sirey, 1927.

Ryberg, J., *The Ethics of Proportionate Punishment : A Critical Investigation*, Dordrecht : Kluwer, 2004.

Ryle, G., *The Concept of Mind*, Londres : Routledge, 2009.

Saïlles, R., *L'individualisation de la peine : étude de criminalité sociale*, 3^e édition, Paris : F. Alcan, 1927.

Sandel, M.J., *Justice : What's the Right Thing to Do ?*, New York : Farrar, Straus and Giroux, 2009.

Scanlon, T.M., « Giving Desert its Due », *Philosophical Explorations*, vol. 16, n° 2, 2013, p. 101-116.

Schauer, F., *The Force of Law*, Cambridge : Harvard University Press, 2015.

Scheid, D.E., « Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 10, n° 2, 1997, p. 441-506.

Searle, J.R., *Les actes de langage : Essai de philosophie du langage*, trad. H. Pauchard, Paris : Hermann, 1972.

Sénèque, *De la colère*, trad. A. Bougery, Paris : Les Belles Lettres, 1971.

Service des études juridiques, Sénat, « L'irresponsabilité pénale des malades mentaux », Les documents de travail du Sénat, Législation comparée n° 134, 2004. URL : <https://www.senat.fr/lc/lc132/lc132.pdf>

Shue, H., *Basic Rights : Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton : Princeton University Press, 1980.

Simmel, G., *Philosophie de l'argent*, trad. S. Cornille, P. Ivernel, 2^e édition, Paris : P.U.F., 2008.

Singer, P., *Questions d'éthique pratique*, trad. M. Marcuzzi, Paris : Bayard, 1997.

Skinner, B.F., *Science et comportement humain*, trad. A. et R.-M. Gonthier-Werren, 2^e édition,

Paris : In Press, 2008.

Stephen, J.F., *A History of the Criminal Law in England*, vol. 2, Cambridge : Cambridge University Press, 2014.

Strawson, P.F., *Freedom and Resentment and Other Essays*, Londres : Routledge, 2008.

Tappolet, C., « Dilemmes moraux », in M. Canto-Sperber (éd.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Paris : P.U.F., 1996, p. 417-423.

Tarde, G., « Préface », in R. Saleilles, *L'individualisation de la peine : étude de criminalité sociale*, 3^e édition, Paris : F. Alcan, 1927, p. xi-xvi.

-----, *La philosophie pénale*, Paris : G. Masson, 1890.

Ten, C.L., *Crime, Guilt, and Punishment*, Oxford : Oxford University Press, 1987.

Théry, R., *Libéralisme pénal : Principes, contradictions, et enjeux d'une institution non idéale*, thèse soutenue le 12 décembre 2015 à l'EHESS, non publié.

Thomson, J.J., « The Trolley Problem », *The Yale Law Journal*, vol. 94, n° 6, 1985, p. 1395-1415.

Thorburn, M., « The Radical Orthodoxy of Hart's *Punishment and Responsibility* », in M.D. Dubber (éd.), *Foundational Texts In Modern Criminal Law*, Oxford : Oxford University Press, 2014, p. 279-295.

Tomkiewicz, S., « Punition et soin », *Sud/Nord*, vol. 20, n° 1, 2005, p. 175-188.

Touraut, C., *La famille à l'épreuve de la prison*, Paris : P.U.F., 2012.

Tremblay, P., Bouchard, M., Leclerc, C., « La courbe de gravité des crimes », *L'année sociologique*, vol. 56, 2006, p. 201-227.

Tremblay, P., Gravel, S., Cusson, M., « Équivalences pénales et solutions de rechange à l'emprisonnement : la métrique pénale implicite des tribunaux criminels », *Criminologie*, vol. 20, n° 2, 1987, p. 69-88.

Twining, W., *Jurist in Context : A Memoir*, Cambridge : Cambridge University Press, 2019.

Urmson, J.O., « Saints and Heroes », in A.I. Melden (éd.), *Essays in Moral Philosophy*, Seattle : University of Washington Press, 1958, p. 198-216.

Van de Kerchove, M., *Sens et non-sens de la peine : entre mythe et mystification*, Bruxelles : Facultés Universitaires Saint-Louis, 2009.

-----, *Quand dire, c'est punir : essai sur le jugement pénal*, Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis, 2005.

Van Doosselaere, D., « Du stimulus aversif à la cognition sociale. L'efficacité de la sanction selon un modèle de psychologie expérimentale », *Déviance et société*, vol. 12, n° 3, 1988, p. 269-287.

Vergara, F., *Les fondements philosophiques du libéralisme : Libéralisme et éthique*, Paris : La Découverte, 2002.

Von Hirsch, A., « Proportionality in the Philosophy of Punishment », *Crime and Justice*, vol. 16, 1992, p. 55-98.

Waldron, J., « Inhuman and Degrading Treatment : The Words Themselves », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 23, n° 2, 2010, p. 269-286.

Walker, N., *Why Punish ? Theories of punishment reassessed*, Oxford : Oxford University Press, 1991.

Warnock, G.J., *J.L. Austin*, New York : Routledge, 1989.

-----, « Actions and Events », in D. Pears (éd.), *Freedom and the Will*, Londres : Palgrave Macmillan, 1963, p. 69-79.

Wasserstrom, R.A., « H.L.A. Hart and the Doctrines of *Mens Rea* and Criminal Responsibility », *University of Chicago Law Review*, vol. 35, n° 1, 1967, p. 92-126.

Westermarck, E., *L'origine et le développement des idées morales*, trad. R. Godet, tome 1, Paris : Payot, 1928.

Williams, B., Magee, B., « The Spell of Linguistic Philosophy : Dialogue with Bernard Williams », in B. Magee, *Talking Philosophy : Dialogues with Fifteen Leading Philosophers*, Oxford : Oxford University Press, 1978, p. 110-124.

Wittgenstein, L., *Recherches philosophiques*, trad. F. Dastur et alii, Paris : Gallimard, 2004.

-----, *Le Cahier bleu et le Cahier brun*, trad. M. Goldberg, J. Sackur, Paris : Gallimard, 1996.

Wootton, B., *Crime and the Criminal Law : Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, 2^e édition, Londres : Steven & Sons, 1981.

-----, *Crime and Penal Policy : Reflections on Fifty Years' Experience*, Londres : George Allen and Unwin, 1978.

-----, *Social Science and Social Pathology*, Londres : George Allen and Unwin, 1959.

Zimring, F.E., Hawkins, G.J., « Deterrence : The Legal Threat in Crime Control », in J.G. Weis, R.D. Crutchfield (éd.), *Criminal Justice : Readings*, Pine Forge Press, 1996, p. 49-56.

III. Affaires, décisions et arrêts

R v Bailey (1800) Russ et Ry 1.

R v Prince (1875) LR 2 CCR 154.

R v Dudley and Stephens (1884) 14 QBD 273.

Allen v Whitehead (1930) 1 KB 211.

R v Steane (1947) 1 KB 997.

State v Patterson (2011) 27 A.3d 374.

Cour européenne des droits de l'homme, Affaire Tyrer c. Royaume-Uni, (Requête n° 5856/72), Arrêt, 25 avril 1978, p. 1-27.

Cour européenne des droits de l'homme, Affaire Dink c. Turquie, (Requêtes n° 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 et 7124/09), Arrêt, Strasbourg, 14 décembre 2010, p. 1-46.

Décision n° 2017-694 QPC du 2 mars 2018, M. Ousmane K. et autres.

IV. Articles de presse

Courrier International, « La grève des policiers déclenche une vague de violence », le 09 février 2017. URL : <https://www.courrierinternational.com/article/bresil-la-greve-des-policiers-declenche-une-vague-de-violence>.

La Croix, « 20 mai 1982, le faux enlèvement à Paris de l'écrivain roumain Virgil Tanase », le 1^{er} septembre 1982. URL : <https://www.la-croix.com/Debats/Ce-jour-la/20-mai-1982-faux-enlevement-Paris-lecrivain-roumain-Virgil-Tanase-2018-05-31-1200943449>.

Le Monde, « Les émeutes de Los Angeles, 20 ans après », le 29 avril 2012. URL : https://www.lemonde.fr/ameriques/article/2012/04/29/les-emeutes-de-los-angeles-20-ans-apres_1692799_3222.html.

Le Monde, « De plus en plus de Japonais âgés se font arrêter pour profiter de la prison », le 14 janvier 2019. URL : https://www.lemonde.fr/international/article/2019/01/14/au-japon-la-prison-comme-maison-de-retraite_5408603_3210.html.



H.L.A. Hart's pluralist penal philosophy

Volume 2 (English)

Nicolas Nayfeld

Under the supervision of Laurent Jaffro & Jean-François Kervégan

Warning: the following work is not an exact translation of my dissertation in French, it is a lighter version with fewer notes and without certain sections

Table of contents

Introduction.....	1
I. Four interpretations of Hart's penal philosophy.....	5
1. A mixed theory of punishment?.....	6
2. A rule-utilitarian theory?.....	11
3. A liberal-utilitarian theory?.....	12
4. A goal/constraint approach?.....	14
a) Desert-scepticism.....	15
b) An oversimplified interpretation.....	18
II. Hart's pluralist penal philosophy.....	19
1. The distinction of issues.....	20
2. Value pluralism.....	24
a) Berlin's value pluralism.....	25
b) Hart's value pluralism.....	29
c) Value pluralism and the question of distribution.....	35
3. Pluralism about forms of moral reason.....	40
a) Nagel and the "fragmentation of value".....	40
b) Hart's pluralism about forms of moral reason.....	42
c) Pluralism about forms of moral reason and the question of justification.....	48
4. The problem of value conflicts.....	50
a) Back to Aristotle.....	50
b) Hart and judicial virtues.....	52
5. Hart's anti-reductivist stance.....	55
Chapter 1: The definition of punishment.....	59
I. Hart's definition of standard punishment.....	60
1. Hart's reflections on definitions.....	61
a) The methods of definition.....	61
b) The importance of definitions.....	64
2. The origins of Hart's definition.....	65
3. Quinton's subterfuge.....	67
4. Rawls' logical argument.....	68
II. A revision of Hart's definition.....	70
1. Must punishment involve consequences normally considered unpleasant?.....	71
2. Must punishment be for an offence against legal rules?.....	72
3. Must punishment be of an actual or supposed offender for his offence?.....	74
4. Must punishment be intentionally administered by human beings other than the offender?.....	76
5. Must punishment be imposed and administered by an authority constituted by a legal system against which the offence is committed?.....	78
6. The expressivist objection.....	79
a) Feinberg's criticism.....	79
b) Hart's reply.....	80
i) Is Hart an expressivist about punishment?.....	80
ii) Hart's criticism of Stephen's expressivism.....	84
c) The part of the truth in Feinberg's thesis.....	87
III. Conceptual distinctions.....	90
1. The act of punishing versus the practice of punishing.....	90
2. The practice of legal punishment versus the penal system.....	91
3. Legal punishment versus criminal law.....	92
4. Punishment versus threats.....	93
5. Punishment versus taxes.....	94
6. Punishment versus measures.....	95
Chapter 2: The justification of punishment.....	98

I. A clarification of the question of justification.....	99
1. A normative issue.....	100
2. What does it mean to justify?.....	102
3. Punishment on trial.....	104
a) The evil of punishment.....	105
b) The drawbacks of punishment.....	108
4. The burden of justification.....	109
II. The Benthamian justification.....	110
1. From Bentham to Hart.....	110
2. Is punishment a lesser evil?.....	115
a) Cases where it is not.....	115
b) Cases where it is.....	118
c) Objections.....	119
d) The mechanisms of prevention.....	120
3. Is punishment a necessary evil?.....	121
a) Therapy.....	122
b) Rehabilitation.....	125
c) Reparation.....	127
d) Reward.....	134
4. Objections.....	137
III. The right-based justification.....	139
1. Retributivist justifications.....	140
a) Hart's criticism.....	140
b) Biblical retributivism.....	145
c) The reasons for punishing an individual.....	147
2. Expressivist justifications.....	150
a) Durkheim's expressivism.....	151
b) Non-consequentialist expressivist justifications.....	155
3. Right-based justifications.....	157
a) Hart and the mutuality of restrictions.....	157
b) From Hart to Morris.....	160
c) The right to obedience.....	162
d) The right to security.....	166
Chapter 3.1: Criminal responsibility.....	176
I. The origin of Hart's rule of responsibility.....	181
II. The meaning of Hart's rule of responsibility.....	185
1. The perpetrator of an illegal act.....	185
2. Capacities: the key to exemptions.....	187
a) Discernment.....	188
b) Self-control.....	189
3. Fair opportunity: the key to excuses.....	191
a) Ignorance.....	192
b) Physical compulsion.....	193
c) Moral compulsion or duress.....	194
d) Fair opportunity and heroism.....	196
4. Necessity: the key to justifications.....	198
a) Hart's view on justifications.....	199
b) Necessity, the mother of all justifications.....	200
5. Conclusion.....	201
III. The justification of Hart's rule of responsibility.....	203
1. Hart's criticism of the utilitarian justification.....	203
a) The punishment of the innocent.....	203
b) Strict liability and absolute liability.....	209

c) Utilitarianism and innocence.....	213
2. Hart's pluralist justification.....	214
a) Liberty.....	214
b) Justice.....	219
c) Hart's compromises.....	221
d) Hart and Strawson.....	226
IV. Determinism and Hart's rule of responsibility.....	228
1. What is determinism?.....	229
2. Compatibilism.....	231
3. Incompatibilism.....	232
Chapter 3.2: The determination of the quality and quantity of punishment.....	235
I. Hart's principles concerning the quality/quantity of punishment.....	236
1. Ordinal proportionality: maximum penalties should be proportional.....	236
2. Humanity: no one shall be subjected to inhuman or degrading punishment.....	244
3. Equality of treatment: treat like cases alike and different cases differently.....	246
4. Individualization: sentences should be individualized without exceeding the maximum penalty.....	248
II. The justification of Hart's principles concerning the quality/quantity of punishment. .	251
1. The justification of ordinal proportionality.....	251
a) Maximum penalties.....	251
b) Proportional maximum penalties.....	253
i) Bentham.....	253
ii) The criticism of Bentham.....	255
iii) Hart's arguments.....	259
2. The justification of humanity.....	263
3. The justification of equality of treatment.....	265
4. The justification of individualization.....	268
Chapter 4: The Hart/Wootton debate.....	270
I. Identifying offenders.....	272
II. Dealing with offenders.....	274
III. Wootton's arguments.....	282
IV. Hart's objections.....	286
Conclusion.....	293
Bibliography.....	308
I. Hart.....	308
II. Other references.....	309
III. Cases.....	319

All government, indeed every human benefit and enjoyment, every virtue, and every prudent act, is founded on compromise and barter. We balance inconveniences; we give and take; we remit some rights, that we may enjoy others; and we choose rather to be happy citizens, than subtle disputants¹.

¹ E. Burke, "Speech on Conciliation with the Colonies", in E.J. Payne (ed.), *Select Works of Edmund Burke*, Volume 1, Indianapolis: Liberty Fund, 1999, p. 278.

Introduction

Table

I. Four interpretations of Hart's penal philosophy.....	5
1. A mixed theory of punishment?.....	6
2. A rule-utilitarian theory?.....	11
3. A liberal-utilitarian theory?.....	12
4. A goal/constraint approach?.....	14
a) Desert-scepticism.....	15
b) An oversimplified interpretation.....	18
II. Hart's pluralist penal philosophy.....	19
1. The distinction of issues.....	20
2. Value pluralism.....	24
a) Berlin's value pluralism.....	25
b) Hart's value pluralism.....	29
c) Value pluralism and the question of distribution.....	35
3. Pluralism about forms of moral reason.....	40
a) Nagel and the "fragmentation of value".....	40
b) Hart's pluralism about forms of moral reason.....	42
c) Pluralism about forms of moral reason and the question of justification.....	48
4. The problem of value conflicts.....	50
a) Back to Aristotle.....	50
b) Hart and judicial virtues.....	52
5. Hart's anti-reductivist stance.....	55

This dissertation is about H.L.A. Hart's penal philosophy. Therefore, I can start by answering two simple questions: Who is Hart? What is penal philosophy?

Herbert Hart was born in 1907 in Harrogate, a spa town in North Yorkshire. He was the third child of Rose and Simeon Hart, a couple of Jewish furriers and dressmakers. After having attended an elite institution, the Bradford Grammar School, he studied humanities (Greek, Latin, Ancient History, Philosophy, etc.) from 1926 to 1929 at New College, Oxford, where he met his closest friend Isaiah Berlin¹. In January 1932, he was called to the Bar and practised as a barrister with great talent at the Chancery Bar until 1940, when he was recruited by MI5 and put to work on counter-espionage duties. There he met his future colleagues Gilbert Ryle and Stuart Hampshire who were also working for military intelligence during WWII. In September 1945, reluctant to pursue his intellectually frustrating career as a barrister, he took the opportunity to teach philosophy at Oxford. He had to familiarize himself with analytic philosophy, or more specifically with ordinary language philosophy, which was

¹ "He was my oldest and closest friend." (H.L.A. Hart, D. Sugarman, "Hart Interviewed: H.L.A. Hart in Conversation with David Sugarman", *Journal of Law and Society*, vol. 32, n° 2, 2005, p. 275.)

then the dominant philosophical approach and strongly influenced him². Hart was at the centre of the intellectual ferment that took place at Oxford after the War. In 1952, thanks to his dual expertise in law and philosophy, he took up the Chair of Jurisprudence. It is during this period that he published his most famous works, in particular *The Concept of Law* in 1961. In 1968, to the surprise of his colleagues, he resigned from the Chair of Jurisprudence and moved to University College to study and publish Bentham's writings. From 1973 to 1978, he was Principal of Brasenose College, Oxford. In 1978, he came back to University College for a semi-retirement. He died on 19 December 1992, aged 85.

Hart was not a criminal lawyer³. When he practised as a barrister, his work “was a wide-ranging chancery practice, encompassing conveyancing, wills, and family settlements, and, increasingly, taxation issues—particularly about death duties—arising out of these fields⁴”. However, criminal law was at the heart of his teaching almost as soon as he returned to Oxford after the War. Indeed, in 1948, he was leading with J.L. Austin a seminar on “Legal and Moral Responsibility” which examined the psychological conditions of criminal responsibility and the conditions under which an offence might be excused⁵. When he took up the Chair of Jurisprudence in 1952, he became friends with A.R.N. Cross, a criminal and evidence lawyer, and later with Nigel Walker, a criminologist. Together they organized many seminars⁶. In 1953, Hart gave a class on “Topics from the Report of the Royal Commission on Capital Punishment” (the report was published the same year); in 1956, he taught analytical criminal law theory⁷; in 1959, he gave a seminar “Why Punish?” which helped him to prepare his famous lecture “Prolegomenon to the Principles of Punishment”⁸.

Criminal law was not only at the heart of his teaching but also of his research (the two were inseparable at the time⁹). In 1949, he published his first philosophical paper, “The Ascription

2 On the strengths and weaknesses of ordinary language philosophy, see *EJP*, p. 1-6.

3 “criminal law had never formed part of his legal practice [...]” (N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 219.)

4 N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, *op. cit.*, p. 47.

5 N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, *op. cit.*, p. 144.

6 N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, *op. cit.*, p. 163-164.

7 N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, *op. cit.*, p. 168.

8 N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, *op. cit.*, p. 219.

9 “The emergence of *The Concept of Law* from a set of lectures given to students may surprise some readers, but this was very characteristic of the close links between teaching and ‘research’ and the writing of books, which has always been a prominent (and in my opinion a very valuable) feature of academic work at Oxford.” (H.L.A. Hart, Juan Ramón de Páramo, “Answers to Eight Questions (1988)”, in L.D. d’Almeida, J. Edwards, A. Dolcetti (eds.), *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law*, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2013.)

of Responsibility and Rights”, an important part of which was about criminal defences and the mental element in criminal liability¹⁰. In 1968, just before resigning his Chair, he compiled in *Punishment and Responsibility* ten essays¹¹ of penal philosophy written between 1957 and 1968. As Lacey explains, this book has been very influential:

Punishment and Responsibility is still regarded as one of the cornerstones of both penal philosophy and the burgeoning field of criminal law theory in Britain, Australia, Israel, and North America. Its idea of criminal responsibility as founded on human capacity and agency is the inspiration for or counterpoint to almost all serious scholarship in English in the field published over the last 35 years. And, along with *Law, Liberty and Morality*, *Punishment and Responsibility* is the part of Herbert's work which had the most significant impact on legal teaching and research beyond jurisprudence. Both books continue to feature as core texts in criminal law and criminal justice courses in many countries¹².

It should be noted that one of Hart's last essays (“The House of Lords on Attempting the Impossible”, 1981) was about “impossible attempts”, which proves his long-lasting interest in penal philosophy.

I have spoken of Hart's teaching and research, but it should also be remembered that most of the social issues on which he took a public stand (and thanks to which his name became known beyond the academic world) were also closely related to criminal law¹³. Indeed, Hart was for the abolition of capital punishment and the decriminalization of homosexuality and abortion.

10 H.L.A. Hart, “The Ascription of Responsibility and Rights”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 49, 1949, p. 179-181.

11 *PR* contains eight essays and one postface which itself contains two essays: one (in part reprinted) about responsibility, one (unpublished) about retributivism. It does not include “The Ascription of Responsibility and Rights”: “My reason for excluding it is simply that its main contentions no longer seem to me defensible, and that the main criticisms of it made in recent years are justified.” (*PR*, p. v.) Hart was very dissatisfied with *PR*: “I am at the end of three weeks’ terrible work correcting proofs of ten terrible essays which I published over the last ten misspent years, on Punishment and Responsibility. I wish to God I had never disturbed these sleeping dogs. They are terrible, repetitive and confused.” (Quoted in N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, op. cit., p. 282.)

12 N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, op. cit., p. 281. See also: “Forty years on, *Punishment and Responsibility* has lost none of its vitality and power. The book remains essential reading for students of jurisprudence, politics, ethics, criminology, and criminal law. It is constantly cited by scholars in these same fields. [...] There is a vast amount of subsequent work in the field—by philosophers, lawyers, and policymakers—and, directly or indirectly, it has all either developed or reacted to Hart's thinking.” (J. Gardner, preface to the second edition, *PR*, p. ix.)

13 “And he was addressing a broader audience through his lecturing and broadcasting on criminal law reform and the abolition of capital punishment.” (N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, op. cit., p. 273.)

Let us move on the second question: What is penal philosophy or “the philosophy of punishment¹⁴”? At the end of the 19th century, the French sociologist Gabriel Tarde used the expression “penal philosophy” in much the same way as 18th-century physicists used the expression “natural philosophy”: for Tarde, penal philosophy was the systematic and empirical study of the criminal phenomenon and its repression¹⁵. However, this expression has a narrower meaning today: penal philosophy is simply a branch of philosophy studying punishment, criminal law, the penal system, criminal responsibility, prison, etc.¹⁶ I would not say that penal philosophy is a branch of philosophy of law because it has very strong links with ethics.

I use the expression “Hart’s penal philosophy” rather than “Hart’s theory of punishment” because Hart himself did not like the expression “theory of punishment”. For him, the utilitarian theory and the retributive theory of punishment are not really scientific theories in the same way as the kinetic theory of gases: they are rather “moral *claims* as to what justifies the practice of punishment—claims as to why, morally, it *should* or *may* be used¹⁷” or “large-scale general attitudes to the morality of punishment¹⁸”. They cannot be tested empirically, they do not inform us about reality¹⁹. Hart sometimes uses the expression “theories of punishment” for convenience, but he generally puts it in quotation marks to indicate that this is a figure of speech²⁰.

14 Hart uses this expression in “Intention and Punishment”: “It is occasionally profitable to approach the philosophy of punishment by a more empirical route than is usually followed.” (PR, p. 113.)

15 G. Tarde, *Penal Philosophy*, trans. R. Howell, Boston: Little Brown, 1912. Today we call “criminology” what Tarde called “penal philosophy”.

16 In the introduction to *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Deigh and Dolinko explain that penal philosophy (or philosophy of criminal law) traditionally addresses three questions: What justifies the infliction of harm, as punishment, on criminals? On what basis are criminals duly held responsible for their illegal acts? What are the appropriate limits to the criminal law? But they add that it deals with other issues: prosecution for omissions, punishment of attempts, responsibility of accomplices, the place of clemency in the criminal justice system, etc. See J. Deigh, D. Dolinko, “Introduction”, in J. Deigh, D. Dolinko (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. vi.

17 PR, p. 72.

18 PR, p. 113. Hart was probably influenced by Flew. Flew criticizes the expression “theory of punishment” for the following reasons: “it conceals the essentially relational character of justification, which makes it an entirely different sort of thing from theorizing in the positive sciences: [...] it misrepresents questions of value as questions of fact or philosophy: [...] it conceals the dynamic character of fruitful ethical discussion about justification.” (A. Flew, “The Justification of Punishment”, *Philosophy*, vol. 29, n° 111, 1954, p. 297.)

19 See also: “the theory of punishment as traditionally conceived is largely made up of recommendations or prescriptions; of rhetorical statements rather than propositions which could be evaluated on the basis of fact.” (F.E. Zimring, G.J. Hawkins, “Deterrence: The Legal Threat in Crime Control”, in J.G. Weis, R.D. Crutchfield (eds.), *Criminal Justice: Readings*, Pine Forge Press, 1996, p. 49.)

20 J. Finnis, “Hart’s Philosophy of Punishment”, in J. Finnis, *Human Rights & Common Good: Collected Essays: Volume III*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 159.

In addition, the expression “Hart’s theory of punishment” suggests that Hart has his theory of punishment in the same way that Rawls has his theory of justice, that is, an intellectual construction constituting a coherent system. This is far from being the case. Hart left us elements of reflection about punishment that are scattered in various writings and not necessarily related to each other²¹.

Hart’s penal philosophy includes both analytical elements (concerning, for example, the meaning of “voluntary” action) and normative elements (concerning, for example, the justification of the death penalty). However, normative elements dominate and it is these that have been the subject of intense debates for more than half a century²². That is the reason why my thesis primarily concerns Hart’s *normative* penal philosophy.

Now that I have explained who Hart was and what penal philosophy is, I could be asked: Why am I working on an arguably outdated philosophy that is already familiar and widely commented on? *Cui bono*? Is it not more urgent to work on prison overcrowding or the decriminalization of drugs? My answer is that, although Hart’s essays on punishment and responsibility have indeed received much attention, his penal philosophy remains poorly understood. Let us see why.

I. Four interpretations of Hart’s penal philosophy

There are four main interpretations of Hart’s penal philosophy. According to the first interpretation, Hart defends a mixed theory of punishment, i.e. a middle way between utilitarianism and retributivism. According to the second and the third interpretations, Hart defends a form of utilitarianism: either a rule-utilitarianism, or a liberal-utilitarianism. According to the fourth interpretation, Hart defends a goal/constraint approach. I shall argue that none of them is convincing.

21 “Unfortunately, Hart’s discussions occur in various articles and not in one coherent treatise [...]” (M.D. Bayles, *Hart’s Legal Philosophy: An Examination*, Dordrecht: Springer, 1992, p. 229.)

22 “some of the preceding essays are concerned in part with such problems of analysis. But most of them are also concerned with problems of justification: with the credentials of principles or ‘theories of punishment’ which require liability to punishment to be restricted by reference to such psychological conditions, and with the claims of newer theories that would eliminate these restrictions either completely or in part.” (*PR*, p. 210.)

1. A mixed theory of punishment?

According to the most common interpretation of Hart's penal philosophy, Hart combines utilitarianism with retributivism. Let us begin by clarifying the opposition between retributivism and utilitarianism. This opposition is almost as old as philosophy itself. It can be found (under other names) in *Protagoras* by Plato. In this dialogue, Protagoras distinguishes between two categories of people: those who are irrational, who punish wrongdoers with no other thought in mind than that they did wrong, who retaliate unthinkingly like animals; those who are rational, who know that what is done cannot be undone, who punish for the sake of the future, i.e. to deter²³. A few centuries later, Seneca summarized this opposition with a famous motto: *nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*, "a sensible man punishes, not because a wrong has been done, but lest one be done"²⁴. Thus, a retributivist looks backwards and punishes *quia peccatum* and a utilitarian looks forward and punishes *ne peccetur*. Of course, this definition is simplistic and I will give a more sophisticated one in Chapter 2.

Why do we use the term "retributivism"? The term "retributivism" derives from the word "retribution" which itself derives from the Latin word "*retributio*": to pay back (*re+tribuo*)²⁵. A criminal is often said to have a debt to society that needs to be repaid. A criminal released from prison may say "I *paid* the *price* for the crimes I committed". As Nietzsche explains, this linguistic usage might be due to the popular belief that "every injury has its *equivalent* which can be paid in compensation, if only through the *pain* of the person who injures"²⁶.

Why do we use the term "utilitarianism"? On the one hand, it was within the utilitarian tradition, especially with Beccaria²⁷ and Bentham, that the idea of punishment as a deterrent was systematized. On the other hand, "utilitarianism" is a form of consequentialism and the idea that punishment is justified as a deterrent is consequentialist.

23 Plato, *Protagoras*, trans. C.C.W. Taylor, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 16, 324b.

24 Seneca, *On Anger*, in *Anger, Mercy, Revenge*, trans. R.A. Kaster, M.C. Nussbaum, Chicago: The University of Chicago Press, 2010, book I, 19(7), p. 32.

25 J. Cottingham, "Varieties of Retribution", *The Philosophical Quarterly*, vol. 29, n° 116, 1979, p. 238. On this point, see also J. Feinberg, *Harmless Wrongdoing*, Oxford: Oxford University Press, 1990, p. 159.

26 F. Nietzsche, *On the Genealogy of Morality*, trans. C. Diethe, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 40.

27 Beccaria is commonly regarded as one of the forerunners of utilitarianism.

Even though retributivists and utilitarians agree in substance, since both agree that the practice of punishment is justified (though for very different reasons), they have conflicted for centuries. Utilitarianism is mainly accused by retributivists of three things: 1/ justifying the punishment of the innocent or the acquittal of the guilty, 2/ justifying disproportionate (i.e. too severe or too lenient) or cruel punishments, 3/ treating convicts as means and violating their dignity. According to utilitarians, retributivism faces a dilemma: *either* retributivism is irrational, barbarian and indistinguishable from revenge *or* it is a hidden form of utilitarianism.

The expression “mixed theory of punishment” is old. It can be found, for instance, as early as 1869 in *Principes généraux du droit pénal belge* by the Belgian criminal lawyer J.J. Haus. Haus distinguishes three types of theory. 1/ “Absolute theories” based on the principle of atonement. 2/ “Relative theories” recognizing only general interest. 3/ “Mixed theories” combining the theory of utility with the theory of distributive justice²⁸.

Does Hart defend a mixed theory of punishment? At first sight, this interpretation seems convincing. Indeed, in “Prolegomenon to the Principles of Punishment”, Hart distinguishes between four things. On the one hand, the question of general justifying aim and the question of distribution. On the other hand, retribution in general aim and retribution in distribution. Retribution in general aim is the idea that “when breach of the law involves moral guilt the application to the offender of the pain of punishment is itself a thing of value²⁹”. Retribution in distribution is the idea that “only those who have broken the law—and voluntarily broken it—may be punished³⁰”. Hart argues that it is entirely possible to reject retribution in general aim and then to combine utility in general aim (the idea that “the practice of a system of punishment is justified by its beneficial consequences³¹”) with retribution in distribution. In other words, the punishment of the innocent is excluded even if it is (hypothetically) socially useful. Through division of labour, Hart reconciles utilitarianism with retributivism: utilitarianism is responsible for the justification of punishment and retributivism is responsible for the distribution of punishment³².

28 J.J. Haus, *Principes généraux du droit pénal belge*, Gand: H. Hoste, 1869, p. 18-25.

29 *PR*, p. 8.

30 *PR*, p. 9.

31 *PR*, p. 8.

32 “He proposed a deceptively simple solution which essentially consisted in a division of conceptual labour.” (N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, *op. cit.*, p. 220.)

Another argument in favour of this interpretation is that Hart constantly strives to overcome binary oppositions and to reveal the part of truth in each camp. For example, in *The Concept of Law* Hart moves beyond the controversy between jusnaturalism and juspositivism with his theory of “the minimum content of natural law”. He refuses to choose between formalism and rule-scepticism. He argues that the idea of a union of primary and secondary rules is “a mean between juristic extremes³³”, that is between imperativism and the idea that morality is the key to understanding law. In the postscript of *Punishment and Responsibility*, Hart himself writes that he attempted to tread a “middle way [...] between a purely forward-looking scheme of social hygiene and theories which treat retribution as a general justifying aim³⁴”.

However, I do not believe that this interpretation should be accepted for two reasons. First, Hart does not make any concession to retributivism. Second, the opposition between retributivism and utilitarianism is not his main concern.

Why do I say that Hart does not make any concession to retributivism? First, let us consider the question of the definition of punishment. Hart agrees that punishment is by definition inflicted *for* something you are accused of, that punishment is by definition retributive or more precisely *reactive*. But everyone admits this, even Bentham³⁵. It is not necessary to be a retributivist to admit it. This is not a philosophical *thesis*, but only a semantic fact, a property of the concept of punishment. Moreover, this is not an exclusive property of the concept of punishment: any thanks, for example, is given *for* something for which I am grateful to John or Mary.

Second, let us look at the question of the justification of punishment. For Hart, the idea that the guilty must pay for his crime confuses compensation with punishment. The idea that punishment is made so that the wicked receive the punishment they deserve confuses earthly justice with divine justice. The idea that the suffering of the guilty has an intrinsic value is pure non-sense: “Retribution here seems to rest on nothing but the implausible claim that in morality two blacks make a white: that the evil of suffering added to the evil of immorality as

³³ *CL*, p. 213.

³⁴ *PR*, p. 233.

³⁵ “It is an evil resulting to a person from the direct intention of another, *on account of* some act that has been done or omitted.” (J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, London: Robert Heward, 1830, p. 3.)

its punishment makes a moral good³⁶.”

Third, let us take up the question of criminal responsibility. Hart defends the idea that only those who could have acted otherwise may be punished. Does that make him a retributivist? Absolutely not. Hart keeps saying that this idea can be defended without resorting to retributive arguments or a retributive conception of punishment: “My concern has only been to show that the principle of responsibility [...] has a value and importance quite independent of retributive or denunciatory theories of punishment which we may very well discard³⁷.”

As Cottingham explains³⁸, Hart should not have labelled his distributive rule as “retribution in distribution” in “Prolegomenon to the Principles of Punishment”. (Moreover, this expression does not appear anywhere else.) This has contributed to the proliferation of so-called retributive theories that have no connection, not even a distant one, with the notion of “retribution”³⁹. If Hart had defined retribution in distribution as the principle that *only* offenders and *all* offenders *should* be punished (guilt “does not merely make the punishment of the offender permissible, but makes it obligatory⁴⁰”), the use of the term “retribution” might have been justifiable. However, he defines retribution in distribution as the principle that *only* offenders *may* be punished. This is a purely *negative* principle and that is the reason why Gardner holds that “[t]here is nothing even slightly retributive about Hart’s distributive rule⁴¹”.

36 *LLM*, p. 60.

37 *PR*, p. 185. See also here: “the restriction of punishment to those who have committed crimes voluntarily (i.e., not under the usual excusing conditions of mistake, accident, insanity, or the like) can be explained perfectly well without resort to retributive ‘theories’ of punishment.” (*PR*, p. 78-79, note 43.) Here: “I think there will be a place for the principle of responsibility even when retributive and denunciatory ideas of punishment are dead.” (*PR*, p. 183.) Here: “Although Blackstone’s explanation in terms of the absence of ‘a vicious will’ may imply a belief in the retributive theory of punishment, it is a mistake to think that a system of excuses only makes sense within such a theory.” (H.L.A. Hart, “Bentham’s Principle of Utility and Theory of Penal Law”, in *The Collected Works of Jeremy Bentham: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. cvii.) Here: “A central theme of these essays is that it is not only within the framework of a retributive theory of punishment that insistence on the importance of these restrictions makes sense.” (*PR*, p. 210.)

38 J. Cottingham, “Varieties of Retribution”, *art. cit.*, p. 240-241.

39 “Much darkness has been spread by Hart’s use of the term ‘retributivism’ to cover both genuine retributivism and his new limiting principle which some have dubbed ‘negative retributivism’.” (M. Thorburn, “The Radical Orthodoxy of Hart’s *Punishment and Responsibility*”, in M.D. Dubber (ed.), *Foundational Texts In Modern Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 286-287.)

40 *PR*, p. 232.

41 J. Gardner, “Introduction”, in *PR*, p. xxv. See also: “Hart’s defence of this side constraint is not in any sense retributive.” (M. Matravers, A. Cocoru, “Revisiting the Hart/Wootton Debate on Responsibility”, in C. Pulman (ed.), *Hart on Responsibility*, Basingstoke: Palgrave Macmillan, p. 138.)

Finally, let us turn to the question of the quality and quantity of punishment. Hart's main principle concerning the quality and quantity of punishment is that different kinds of offence of different gravity should not be punished with equal severity. Again, this is no concession to retributivism. Bentham defended a similar rule and Hart explicitly criticizes the retributive interpretation of the idea of proportionality (punishment must in some way match the wickedness of the offence⁴²). He defends only ordinal proportionality (and with many reservations).

Why do I say that the opposition between retributivism and utilitarianism is not Hart's main concern? Hart sometimes writes as if the debate between utilitarianism and retributivism were a false debate, as is often the case in philosophy⁴³. His main concern is rather the "preventive system" advocated by Wootton and, indirectly, what on the Continent is called "social defence". During the second half of the 19th century, Italian positivists (notably Ferri and Garofalo) advocated a complete reform of criminal law. These theorists were determinists and rejected the notion of moral responsibility: according to them, the criterion for state intervention should no longer be guilt but dangerousness (*temibilità*); the judge should no longer weigh the responsibilities but establish a prognosis on the degree of danger represented by the criminal. To protect society, according to them, it is necessary to use both "penal substitutes" upstream (such as regulating the sale of alcohol, making homes safe, installing street lamps, etc.) and indeterminate "safety measures" downstream (such as elimination, banishment, internment, rehabilitation, etc.). Although England kept its distance from the controversies generated by Italian positivism⁴⁴, many of the measures proposed by Wootton (e.g. the elimination of responsibility) are already to be found in Ferri's *Criminal Sociology*. As I will show in the last Chapter, Wootton can be considered as *the* English representative of social defence.

The reason why the "preventive system" advocated by Wootton is Hart's main concern is that it *really challenges*, unlike utilitarianism and retributivism, the rationality and morality of the

⁴² *PR*, p. 231.

⁴³ "Much confusing shadow-fighting between utilitarians and their opponents may be avoided [...]" (*PR*, p. 9.) Also: "some rather unrewarding disputes about the morality of punishment continue to flourish [...]" (*PR*, p. 230.) See also Lacey on this point: "The history of the philosophy of punishment to this point had been a long and often unedifying exchange between these two schools of thought—an exchange which could hardly be characterized as a debate, in that the opponents were speaking past each other from entirely incompatible premises." (N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, *op. cit.*, p. 220.)

⁴⁴ L. Radzinowicz, R. Hood, *A History of English Criminal Law*, vol. 5, *The Emergence of Penal Policy*, London: Stevens & Sons, 1986, p. 11-20.

penal system. Hart's "Prolegomenon" is a prolegomenon to a very specific problem: penal scepticism, i.e. the idea that the penal system is inefficient and should be replaced by a "preventive system". Penal scepticism is not only the starting point and the endpoint of the article, but also the common thread of *Punishment and Responsibility*⁴⁵. It is Hart's constant target, under various names: "Erewhon", "Brave New World", "social hygiene", "system of compulsory treatment", etc.

2. A rule-utilitarian theory?

Does Hart defend a rule-utilitarian theory of punishment⁴⁶? According to this interpretation, the principles of justice defended by Hart (those who act under excusing conditions should not be punished, those who have special difficulties to face in keeping the law should be punished less, etc.) are what Mill calls "*media axiomata*"⁴⁷, i.e. secondary principles or "direction-posts"⁴⁸ supposed to help the maximization of general utility. We should not aim at the greatest happiness for the greatest number *directly* but *through* these principles of justice. Indeed, rule-utilitarians are concerned with "rules and policies which may require particular acts which do not maximize utility, but the consistent practice of which will none the less advance utility further than fallible attempts to calculate in each particular case which of all possible acts will secure the greatest utility"⁴⁹.

"Legal Responsibility and Excuses" does indeed sometimes point in this direction. Hart argues that the acceptance of excusing conditions provides a real *satisfaction* for individuals in maximizing the effect of their choices, as if the acceptance of excusing conditions was an indirect way of maximizing the citizens' satisfactions: "the difference between a system of strict liability and our present system plays a part in their happiness"⁵⁰. However, that is not Hart's real position⁵¹. In his other arguments in favour of excusing conditions, he does not argue in terms of "satisfactions", but rather in terms of *values* that would be violated if

45 J. Finnis, "H.L.A. Hart: A Twentieth-Century Oxford Political Philosopher", *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 54, 2009, p. 180.

46 N. Walker, *Why Punish? Theories of punishment reassessed*, Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 91-95. Moore argues that Hart's position changed: after having defended a kind of rule-utilitarianism in "Legal Responsibility and Excuses", he defended a side-constraint approach in his later papers. See M.S. Moore, "Choice, Character, and Excuse", *Social Philosophy & Policy*, vol. 7, n° 2, 1990, p. 32-33.

47 J.S. Mill, *Utilitarianism and On Liberty*, Second Edition, Blackwell Publishing, 2003, p. 82.

48 J.S. Mill, *Utilitarianism and On Liberty*, *op. cit.*, p. 200.

49 *EB*, p. 102.

50 *PR*, p. 51.

51 J. Gardner, "Introduction", in *PR*, p. xxiv, note 17.

excusing conditions were no longer recognized. Moreover, Hart explicitly rejects rule-utilitarianism (“modern extended forms of Utilitarianism fare no better than Bentham’s⁵²”). First, he is not convinced by the rule-utilitarian answer to the punishing the innocent objection. On the one hand, it does not rule out punishment of the innocent. On the other hand, it “does not reproduce the real moral objection that most thinking people have to the application of the pains of punishment to the innocent⁵³”.

Second, Hart is not convinced by Lyons’ claim that Mill’s principle of liberty⁵⁴ is an indirect way of securing the best possible advance in general welfare. If it were the case, Mill would have accepted paternalistic exceptions: “That principle with its one exception is therefore, for Mill, a constraint on the pursuit of aggregate welfare at the cost of individuals and not merely an indirect way of securing it⁵⁵.”

3. A liberal-utilitarian theory?

Holmes argues in *The Common Law* that it is pointless to bother about the individual’s capacity to conform to law except where the end of punishment is retribution for wickedness. Hart criticizes this view and writes:

This is a blinding oversimplification of the complex issues surrounding the institution of punishment, and it ignores the claims of those liberal forms of utilitarianism which hold that, though it is for the protection of society that law-breakers are to be punished, no individual is to be punished who lacks the capacity to obey⁵⁶.

It seems that Hart is describing here his position and that he is referring to this position as a liberal form of utilitarianism. Some commentators also use this label⁵⁷. However, can there be a liberal form of utilitarianism?

⁵² *PR*, p. 21

⁵³ *PR*, p. 77.

⁵⁴ “the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community, against his will, is to prevent harm to others.” (J.S. Mill, *Utilitarianism and On Liberty*, *op. cit.*, p. 94.)

⁵⁵ *EB*, p. 103.

⁵⁶ *EJP*, p. 284.

⁵⁷ Lacey writes about *PR*: “Here Herbert mapped out the liberal, restricted utilitarianism which was the hallmark of his criminal law theory.” (N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, *op. cit.*, p. 190-191.) See also Thorburn: “Hart’s central purpose in the book is to defend his rather run-of-the-mill liberal utilitarian view of criminal justice [...]” (M. Thorburn, “The Radical Orthodoxy of Hart’s *Punishment and Responsibility*”, *art. cit.*, p. 279.)

To begin with, what is a liberal theory of punishment? Difficult to say⁵⁸: Hart notes that in the 19th century progressive and liberal critics of the law sought to protect the doctrine of *mens rea*, while in the 20th century they called for its abolition⁵⁹. According to Roberts, it can be defined as a “penal minimalism⁶⁰”. But if it is thus defined, the expression “liberal form of utilitarianism” is redundant, for utilitarianism is itself a penal minimalism. Indeed, Bentham holds that the *minimum* penalty, i.e. the penalty that is necessary and sufficient to outweigh the profit of the offence, should also be the *maximum* penalty⁶¹. He argues that punishment should be *frugal*, i.e. that it should not produce any “superfluous and needless pain⁶²”.

Another problem is that utilitarianism is a form of monism. The principle of utility is for utilitarians the supreme and ultimate principle of morality: “The principle of utility neither requires nor admits of any other regulator than itself⁶³.” According to Bentham, an individual is a utilitarian when his approval and disapproval of any action is “proportioned to the tendency which he conceives it to have to augment or to diminish the happiness of the community⁶⁴”. Therefore, the expression “liberal form of utilitarianism” is not only redundant but also a contradiction in terms: one cannot be at the same time utilitarian and liberal, because utilitarianism is incompatible with the subordination of the principle of utility to another principle.

Of course, it is possible to define liberal-utilitarianism as an approach combining the pursuit of general utility with the respect of individual freedoms and fundamental rights. In this sense, it is not false to say that Hart defends a liberal form of utilitarianism. However, it is simplistic and misleading. It is simplistic because the values for which Hart wants to make room are more diverse than general utility, individual freedoms and fundamental rights. It is misleading because it suggests that Hart can be considered both as a utilitarian and a liberal. Now, Hart is

58 “it is unclear just what a liberal view of punishment really is [...]. Liberalism in punishment, it is true, has no canonical formulation; instead, it has been multiply ambiguous during its career [...]” (H.A. Bedau, E. Kelly, “Punishment”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2019 Edition), E.N. Zalta (ed.). LINK: <https://plato.stanford.edu/entries/punishment/>.)

59 PR, p. 188, 193.

60 P. Roberts, “Criminal Law Theory and the Limits of Liberalism”, in A.P. Simester, A. du Bois-Pedain, U. Neumann (eds.), *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*, Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 339.

61 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, in *The Works of Jeremy Bentham*, Volume One, New York: Russell & Russell, 1962, p. 87-88.

62 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, op. cit., p. 93.

63 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, op. cit., p. 11.

64 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, op. cit., p. 2.

not a utilitarian in the proper sense, despite his sympathy and admiration for Bentham and Mill. Moreover, his liberalism is ambiguous. Hart does not fully accept Mill's principle of liberty⁶⁵. He rejects the priority of liberty as defined by Rawls⁶⁶. He thinks that Nozick's extreme theory (for which "the supreme value is freedom—the unimpeded individual will"⁶⁷) is extravagant. He criticizes Dworkin's attempt to derive liberal rights from the duty to treat all citizens with equal concern and respect⁶⁸. He hates Thatcher⁶⁹. Strangely enough, Hart could give the impression that he targets liberalism. I concede that Mill, Rawls, Nozick and Dworkin defend very different theories, but Hart regards them all as "*different forms of liberal individualism* which have issued in theories of basic human rights or liberties, in assertions of the priority of liberty over other values"⁷⁰.

4. A goal/constraint approach?

What is a goal/constraint approach (also called "negative retributivism", though this label is very confusing)? The idea is this⁷¹: the end of punishment is the reduction of crime, but this end does not justify every means. The crime reduction end must be checked by two constraints. The first constraint is that we must not intentionally punish the innocent. The second constraint is that we must not inflict disproportionate punishment. These constraints do not require us to punish the guilty or to inflict punishment that matches the wickedness of the offence. They are side-constraints on punishment, not justifications for punishment.

Some theorists present this idea slightly differently holding that the crime control end must be restricted by principles of *desert* concerning the distribution of punishment⁷². Punishments

65 "But to prevent misunderstanding I wish to enter a *caveat*; I do not propose to defend all that Mill said; for I myself think there may be grounds justifying the legal coercion of the individual other than prevention of harm to others." (LLM, p. 5.) See also this remark by Bayles: "Hart diverges from traditional liberalism in suggesting that 'there may be grounds justifying the legal coercion of the individual other than the prevention of harm to others' [...]. Some of his comments appear rather illiberal." (M.D. Bayles, *Hart's Legal Philosophy: An Examination*, op. cit., p. 218.)

66 See "Rawls on Liberty and Its Priority", in *EJP*, p. 223-247.

67 *EJP*, p. 208.

68 See "Between Utility and Rights" (in *EJP*, p. 198-222).

69 See H.L.A. Hart, "Oxford and Mrs. Thatcher", *The New York Review of Books*, vol. 32, n° 5, 1985, p. 7-9. See also H.L.A. Hart, D. Sugarman, "Hart Interviewed: H.L.A. Hart in Conversation with David Sugarman", art. cit., p. 284-285.

70 *EJP*, p. 16, my italics.

71 R.L. Lippke, "Some Surprising Implications of Negative Retributivism", *Journal of Applied Philosophy*, vol. 31, n° 1, 2014, p. 49.

72 D.E. Scheid, "Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. X, n° 2, 1997, p. 452.

should not be undeserved even if undeserved punishments (hypothetically) control crime more efficiently than deserved (or non-undeserved) punishments.

The idea of constrained maximization was popularized in philosophy by Nozick. In *Anarchy, State, and Utopia*, he addresses the punishing the innocent objection: in order to save a neighbourhood from a vengeful rampage, the authorities decide to punish an innocent man. Nozick argues that it is possible to avoid these consequences, thanks to side-constraints:

A *goal-directed* view with constraints added would be: among those acts available to you that don't violate constraint *C*, act so as to maximize goal *G*. Here, the rights of others would constrain your goal-directed behavior. [...] This view differs from one that tries to build the side constraints *C* into the goal *G*⁷³.

Side-constraints are independent of the principle of utility. Even if they are obstacles to general utility, they must not be violated. They are deontological constraints. But are they absolute? Can we violate them to avoid "catastrophic moral horror"⁷⁴? Nozick evades the question. Lippke holds that side-constraints only *presumptively* trump the crime reduction end, for in unusual circumstances they can be outweighed by crime reductions considerations⁷⁵.

In this section, I will show that Hart does not regard desert as a regulator and that his approach is more subtle than the goal/constraint approach.

a) Desert-scepticism

It is possible to draw a parallel between Rawls' desert-scepticism and Hart's desert-scepticism⁷⁶. Just as Rawls developed his theory of *social justice* away from the notion of desert, Hart developed his philosophy of *criminal justice* away from the notion of desert. It is almost absent from *Punishment and Responsibility* and Hart does not even mention it in his

⁷³ R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford: Blackwell, 1974, p. 29.

⁷⁴ R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, *op. cit.*, p. 30, note.

⁷⁵ R.L. Lippke, "Some Surprising Implications of Negative Retributivism", *art. cit.*, p. 49.

⁷⁶ "Hart, then, cannot be invoked in defense of the desert thesis, although his work (like Rawls's) was undoubtedly important in setting the tone of the post-consequentialist era." (M. Matravers, "Is Twenty-first Century Punishment Post-desert?", in M. Tonry (ed.), *Retributivism Has a Past: Has It a Future?*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 35.)

model of retributive theory.

Rawls dismisses the concept of desert for the simple reason that we deserve neither our natural assets, nor our social assets, nor our “superior character that enables us to make to effort to cultivate our abilities⁷⁷”. Why does Hart dismiss the concept of desert?

Let us look at the question of criminal responsibility. If desert is a side-constraint, it means that only those who deserve to be punished may be punished; that those who do not deserve to be punished should not be punished. But how do we know whether a person deserves or does not deserve to be punished? It could be argued that a person deserves to be punished in case of *moral culpability* (Hall's thesis⁷⁸) or in case of *culpable wrongdoing* (Moore's thesis⁷⁹). However, Hart considers that the thesis that there can be no criminal responsibility without moral culpability or culpable wrongdoing is inadmissible both descriptively and normatively⁸⁰. One should not avoid punishing those who do not deserve to be punished, but avoid inflicting unfair punishments, which is not the same thing⁸¹.

It could also be argued that Hart's rule of responsibility determines when a person deserves or does not deserve to be punished⁸². However, this argument is not convincing: to establish that a person deserves to be punished, it is not enough to establish that he has normal cognitive and volitional capacities and has had a fair opportunity to obey the law (as Hart's rule requires). This shows only that the punishment is *fair*, that the person is “justly punishable⁸³”, that “the requirements of *justice* are surely satisfied⁸⁴”, which is not the same thing. To establish that a person deserves to be punished, we need more information (including his motives⁸⁵); we potentially need to know about his entire existence (including his social

77 J. Rawls, *A Theory of Justice*, Revised Edition, Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 89.

78 *PR*, p. 36.

79 M.S. Moore, *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 168.

80 *PR*, p. 37. See also E.I. Kelly, *The Limits of Blame*, Cambridge: Harvard University Press, p. 3-5.

81 *PR*, p. 38-39. See Fletcher: “the emphasis is on the injustice of punishing someone who has not had a fair chance of avoiding liability, rather than on desert, wrongdoing or culpability as affirmative rationalia for distributing the burdens of the punitive system.” (G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 419.)

82 “But what is it to ‘deserve’ something? One comes to deserve something good or bad by behaving better or worse than one could have done. And here reference to what one could have done is reference to one's capacities or one's opportunities.” (J. Glover, *Responsibility*, London: Routledge & Kegan Paul, 1970, p. 73.)

83 *PR*, p. 193.

84 *PR*, p. 37.

85 See E.I. Kelly, *The Limits of Blame*, *op. cit.*, p. 101.

environment)⁸⁶.

Let us now consider the question of the quality and quantity of punishment. If desert is a side-constraint, it means (at a minimum) that the guilty should not be punished more severely than he deserves. For example, if a rapist deserves to be punished by five years in prison, he should not be punished by ten years in prison. However, how do we know that a rapist deserves a sentence of five years and not four years or six years? It seems totally subjective and arbitrary. Furthermore, why should desert be considered at the sentencing stage? As Hart writes, “there is, for modern minds, something obscure and difficult in the idea that we should think in choosing punishment of some right intrinsic relation which it must bear to the wickedness of the criminal’s act, rather than the effect of the punishment on society and on him⁸⁷”.

It could be argued that Hart considers desert at the sentencing stage, since he makes room for the principle of ordinal proportionality. However, this principle has nothing to do with desert⁸⁸: “the Courts often purport to be guided by a ‘tariff’ range of sentences loosely grading punishments according to the ‘gravity’ of different kinds of offence and different instances of the same offence. But this by no means coincides with grading punishment according to deserts⁸⁹.”

Hart recalls that, for Bentham, the word “desert” only serves to express our sympathy or antipathy: “It is the principle of antipathy which leads us to speak of offences as *deserving* punishment. It is the corresponding principle of sympathy which leads us to speak of certain actions as *meriting* reward. This word *merit* can only lead to passion and error⁹⁰.” Desert is, for Bentham, a mystifying pseudo-reason, an emotional reaction masquerading as a reason⁹¹. Perhaps Hart shared this view. In any event, the notion of desert is too close to his opponents (such as legal moralism and English judicial philosophy) for him to consider it. Moreover, he

86 See “the whole life view of desert” (C.L. Ten, *Crime, Guilt, and Punishment*, Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 49).

87 *PR*, p. 163.

88 “The requirement of ordinal proportionality has nothing to do with the desert thesis. It merely requires that if offender A commits an offense O with no mitigating or aggravating circumstances and receives a punishment of severity P, then offender B, who commits a similar offense in similar circumstances should also receive a punishment of severity P.” (M. Matravers, “Is Twenty-first Century Punishment Post-desert?”, *art. cit.*, p. 35.)

89 H.L.A. Hart, “Arthur Rupert Neale Cross, 1912-1980”, *Proceedings of the British Academy*, 70, 1984, p. 425.

90 Quoted by Hart in “Bentham”, in R.S. Summers (ed.), *More Essays in Legal Philosophy: General Assessments of Legal Philosophies*, Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1971, p. 38.

91 “‘desert’ and ‘retribution’ were, to Bentham, themselves mere mystifying superstitions: not reasons for punishment but emotional reactions posing as reasons.” (*EB*, p. 37-38.)

was writing at a time when this notion was unpopular and was (mistakenly) thought to be on the way out⁹².

b) An oversimplified interpretation

The fact that Hart does not consider desert as a side-constraint does not mean that he rejects the goal/constraint approach. On the contrary, the following text seems to be a defence of this approach:

we can usefully draw upon the ideas and terminology of economics. Let us consider the idea of maximising a certain variable subject to a restraint. In this case the variable will be the efficiency of the system in reducing harmful crime. Plainly, without any illogicality or inconsistency we might acknowledge this as our purpose in punishing but also wish it to be pursued only subject to certain restraints. Some of these restraints might be held absolute in the sense that no increase in the efficiency of the system would be allowed to compensate for the slightest infringement of the restraint. A veto on the use of torture might, for example, be such an absolute restraint; and it is conceivable (and perhaps desirable) that we should treat as an absolute restraint the principle of *mens rea* that no one who lacked the capacity or a fair opportunity or chance to conform to law at the time of his offence should be punished. But of course we might have a less absolute system than this, and plainly, so far as we countenance strict liability for minor offences we have a mixed system which allows certain alleged increases in efficiency to counterbalance the injustice done to individuals by infringements of the restraint imposed by the principle of *mens rea*⁹³.

In short, we should maximize the efficiency of the system in reducing harmful crime while respecting certain non-absolute restraints such as the principle of *mens rea* and the rule of ordinal proportionality. This interpretation is much better than the previous ones. Moreover, it seems to be endorsed by Hart himself. However, I believe it is unsatisfactory for the following reasons.

Firstly, it suggests that “efficiency” is the only thing to be maximized, but this is not Hart’s

92 As Barry writes in 1965: “In examining the concept of desert we are examining a concept which is already in decline and may eventually disappear.” (B. Barry, *Political Argument*, London: Routledge & Kegan Paul, 1965, p. 112.)

93 H.L.A. Hart, “Review: Barbara Wootton, *Crime and the Criminal Law*”, *The Yale Law Journal*, vol. 74, n° 7, 1965, p. 1329. See also *PR*, p. 245.

view. In *Punishment and Responsibility*, the verb “to maximize” is rarely employed, but when Hart does use it, he is not concerned with efficiency, but with *freedom*: “Criminal punishment [...] is a method of social control which maximizes individual freedom within the coercive framework of law⁹⁴ [...]”

Secondly, side-constraints are usually regarded as *deontological* constraints or at least as *threshold deontological* constraints, i.e. constraints that can be violated to avoid moral catastrophes. But this is not how Hart regards them. In his debate with Wootton, he concedes that the doctrine of *mens rea* may be sacrificed if the social cost of maintaining it is too high⁹⁵. Hart would be ready to negotiate the “constraints” for something else if it were worth the price. Regarding the principle of fairness between different offenders, he says that “we should give effect to it where it does not impede the pursuit of the main aims of punishment⁹⁶”. This is the exact opposite of a *constraint*. As Lippke puts it, Hart conceives principles of justice as providing guidance, rather than rigid constraints⁹⁷.

Thirdly, this interpretation is too simplistic. Brian Barry, one of Hart's former students, writes in *Political Argument*: “I do not wish to deny that particular problems can sometimes be helpfully simplified by regarding them as problems of maximizing subject to a constraint [...]. But this is only tolerable if it *is* kept in mind that it is an artificial simplification of the real problem⁹⁸.” What is the “real problem”? The real problem, according to Barry, is that there is a plurality of ultimate values (for instance, equity and efficiency) and that we have to find a way of combining them. In other words, the goal/constraint approach is a simplification of Hart's pluralistic approach.

II. Hart's pluralist penal philosophy

In my view, Hart's penal philosophy is based on two things: an analytic method of distinguishing issues and a pluralistic ethics⁹⁹. The whole purpose of this thesis is to show the

94 *PR*, p. 23.

95 *PR*, p. 185.

96 *PR*, p. 172.

97 R.L. Lippke, “Mixed Theories of Punishment and Mixed Offenders: Some Unresolved Tensions”, *The Southern Journal of Philosophy*, vol. XLIV, 2006, p. 281.

98 Barry, B., *Political Argument*, *op. cit.*, p. 6, note. Hart refers to this text in *PR*, p. 245.

99 I am not the only one who considers Hart to be a moral pluralist. L. Green, a connoisseur of Hart's thought, states that “Hart is obviously a value pluralist” (in “Jurisprudence for Foxes”, *Transnational Legal Theory*, 3(2), 2012, p. 156. See also his introduction to the third edition of *CL*, p. lii). P.M.S. Hacker, former doctoral

articulation between these two things. More specifically, I would like to show that Hart's answer to the question of the distribution of punishment is based on his value pluralism; and that his answer to the question of the justification of punishment is based on his pluralism about forms of moral reason.

In this part, I will proceed in five steps. In the first subpart, I will clarify Hart's analytic method of distinguishing issues. In the second and third subparts, I will present his moral pluralism, i.e. his value pluralism and pluralism about forms of moral reason, and I will show why this is the key to the understanding, not of law¹⁰⁰, but of his penal philosophy. In the fourth subpart, I will address the issue of value conflicts and how to resolve them. In the last subpart, I will explain why my interpretation is perfectly consistent with the rest of Hart's work.

1. The distinction of issues

At the beginning of "Prolegomenon to the Principles of Punishment", Hart says that "the beginning of wisdom (though by no means its end)¹⁰¹" is to distinguish four questions and confront them separately. These questions are:

1. The question of *definition*: what is punishment?
2. The question of *general justifying aim*: what justifies the general practice of punishment?
3. The question of *distribution*, which contains two questions:
 - 3.1. The question of *liability*: to whom may punishment be applied?
 - 3.2. The question of *amount*: how severely may we punish?

student of Hart, writes that Hart, unlike Bentham, is an "*ethical pluralist*" (in "Hart's Philosophy of Law", in P.M.S. Hacker, J. Raz, *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford: Oxford University Press, 1977, p. 8, note 12). J. Gardner, author of the introduction to the second edition of *PR*, explains that for Hart, punishment cannot be defended "in all of its aspects, as the instrument of just one single value" (in *PR*, p. xxii). N. Lacey, Hart's biographer, also considers Hart to be a moral pluralist because she criticizes him for not explaining how to balance the various values involved in his "mixed theory" (in *State Punishment: Political Principles and Community Values*, London: Routledge, 1988, p. 49). Twining, one of Hart's students, agrees: he says that, under Hart's influence, he became a moral pluralist and asserts that "Hart never found a satisfactory basis for his rather weak moral pluralism" (W. Twining, *Jurist in Context: A Memoir*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, p. xvi, p. 106).

100 *CL*, p. 6.

101 *PR*, p. 4.

In my study, I decided to follow this quadripartition, but I slightly modified it. The questions I will address are:

1. The question of *definition*: what is punishment?
2. The question of *justification*: is punishment justified?
3. The question of *distribution*, which contains two questions:
 - 3.1. The question of *criminal responsibility*: who may be punished under what conditions?
 - 3.2. The question of *the quality and the quantity of punishment*: what should be the nature and severity of punishment?

Hart's quadripartition calls for several remarks.

1/ Hart constantly uses this analytic method of distinguishing different questions and confronting them separately (that is the reason why Green describes Hart as an “intellectual pluralist¹⁰²”, though this expression is slightly misleading¹⁰³). It can be found in *The Concept of Law*¹⁰⁴, in *Law, Liberty and Morality*¹⁰⁵, in “Discretion¹⁰⁶” (a 1956 paper published posthumously). It is at the heart of Hart's juspositivism since, for both Hart and John Austin,

102 L. Green, “Introduction”, in *CL*, p. liv.

103 Firstly, it suggests that Hart is a methodological pluralist when in fact he defends *one* method which he thinks is the right one. In general, Hart defended the *analytic* approach against other approaches. Secondly, it suggests that Hart draws his inspiration from different traditions when in fact he (unfortunately) discusses mostly Anglo-American writers and rarely comments Continental law.

104 The first Chapter of *The Concept of Law* is entitled “Persistent Questions” in the plural (see L. Green, “Introduction”, in *CL*, p. lv). Hart explains that the question “What is law?” comprises in fact three principal recurrent issues. 1/ How does law differ from and how is it related to orders backed by threats? 2/ How does legal obligation differ from and how is it related to moral obligation? 3/ What are rules and to what extent is law an affair of rules?

105 The first lines of *Law, Liberty and Morality* are: “These lectures are concerned with one question about the relations between law and morals. I say, advisedly, ‘one question’, because in the heat of the controversy often generated when law and morals are mentioned in conjunction, it is often overlooked that there is not just one question concerning their relations but many different questions needing quite separate consideration.” (*LLM*, p. 1.) Hart then distinguishes four questions. 1/ Has the development of the law been influenced by morals? 2/ Must some reference to morality enter into an adequate definition of law? 3/ Is law open to moral criticism? 4/ Is the fact that certain conduct is by common standards immoral sufficient to justify making that conduct punishable by law?

106 The first lines of “Discretion” are: “In this field questions arise which are certainly difficult; but as I listened last time to members of the group, I felt that the main difficulty perhaps lay in determining precisely what questions we are trying to answer. I have the conviction that if we could only say clearly what the questions are, the answers to them might not appear so elusive. So I have begun with a simple list of questions about discretion [...]” (H.L.A. Hart, “Discretion”, *Harvard Law Review*, vol. 127, n° 2, 2013, p. 652.) Hart then distinguishes five questions. 1/ What is discretion? 2/ Under what conditions and why do we in fact accept discretion in a legal system? 3/ Must we accept discretion, and if so, why? 4/ What values does the use of discretion menace, and what values does it promote? 5/ What can be done to maximize the beneficial operation of the use of discretion and to minimize any harm that it does?

juspositivism is simply the idea that the question whether a rule exists is *logically distinct* from the question whether this rule is just or unjust¹⁰⁷.

2/ I use the adjective “analytic”, because Hart’s method reflects the influence of analytic philosophy on him and his adherence to it. Indeed, Hart is convinced that many philosophical difficulties are due solely to the failure to distinguish between several logically distinct problems. Thus, the starting point for any philosophical reflection must be to clearly distinguish, or even name, these different problems: this is only a beginning, but it is a good start. As he points out in the postscript of *Punishment and Responsibility*: “One principal source of trouble is obvious: it is always necessary to bear in mind, and fatally easy to forget, the number of different questions about punishment which theories of punishment ambitiously seek to answer¹⁰⁸.”

3/ The subdivision of the question of distribution in two questions, the question of liability and the question of amount, is no accident. It echoes, as Hart himself suggests, the two stages of the criminal trial in England: the stage of conviction (“Can this man be convicted of this crime?”) and the stage of sentencing (“How severely is the accused to be punished?”)¹⁰⁹. It is worth noting that in French or in German criminal law, “there is no procedural separation between the guilt phase and the sentencing phase of a trial¹¹⁰”.

However, the distinction between the question of justification and the question of distribution does not overlap with the distinction between the *legislative level* and the *judicial level* (which we owe to Ross¹¹¹ and not to Rawls). Hart drew this parallel in 1957¹¹², but explained ten years later in a note that it was misleading:

Questions for legislatures and questions for judges. This way of presenting the distinction between the question whether the laws are good enough to justify their enforcement, and the question whether they are justly applied in particular cases, may be misleading because

107 “The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry.” (J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 157.)

108 *PR*, p. 231.

109 *PR*, p. 114-115.

110 M.D. Dubber, T. Hörnle, *Criminal Law: A Comparative Approach*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 21, note.

111 W.D. Ross, *The Right and the Good*, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 61-62.

112 *PR*, p. 39.

judges, or juries under the instruction of judges, have not only had power to determine the fact of violations of the criminal laws and the sentence, but also power to create new offences¹¹³ [...].

The legislator is as much concerned with the question of justification as with the question of distribution. The question of what conditions must be met in order to be punished does not concern a particular individual and is not resolved by the judge. (This is something to keep in mind when studying the Benthamian theory of responsibility.)

4/ Hart's quadripartition was criticized for at least three reasons. First criticism, it is incomplete. Hart misses out important questions, for instance, "Who is to do the punishing¹¹⁴?" or "What sort of conduct may be punished¹¹⁵?". Hart could answer that he is not trying to answer all questions about punishment, but only to distinguish issues that are often conflated when debating about punishment and that need to be distinguished in order to end the controversy. Moreover, the two aforementioned questions are included in the question of justification. As we shall see, to justify *legal* punishment is to justify the state monopoly on law enforcement; to justify *legal* punishment is to justify the punishment of this or that sort of conduct.

Second criticism, it is obscure. Kaufman argues that the expression "general justifying aim" is very awkward and that the term "distribution" is quite inapt¹¹⁶. Admittedly, the notion of "general justifying aim" is problematic (and I explain why in Chapter 2). However, we should not give excessive importance to it: it is used only in one paper and it primarily serves to *name* the question "What justifies the general practice of punishment?". In addition, the term "distribution" is not inapt. Questions of distributive justice arise when "burdens or benefits fall to be distributed¹¹⁷" and punishment is one of these burdens.

Third criticism, it is artificial. Hart separates questions that cannot be separated. According to Goldinger, a utilitarian answer to the question of justification entails a utilitarian answer to the

113 *PR*, p. 244-245.

114 J. Gardner, "Introduction", in *PR*, p. lii.

115 H.A. Bedau, "Retribution and the Theory of Punishment", *The Journal of Philosophy*, vol. 75, n° 11, 1978, p. 607-608.

116 W.R.P. Kaufman, *Honor and Revenge: A Theory of Punishment*, Dordrecht: Springer, 2013, p. 83.

117 *CL*, p. 159.

question of distribution¹¹⁸. According to Dolinko, we cannot decide why we engage in punishment without knowing who is supposed to receive punishment¹¹⁹.

Goldinger's objection is weak. Hart's goal is precisely to demonstrate that, for a pluralist, it is possible to follow Bentham on the question of justification without following him on the question of distribution.

However, Dolinko's objection is strong. In Chapter 2, we will see that Bentham's justification, to be acceptable, presupposes a certain distribution, namely that those whom we punish had a fair opportunity to obey the law.

However, what does Hart really mean when he argues that the justification of punishment and the distribution of punishment are two distinct things? In my view, he means that *the justification of punishment and of its distribution* are two distinct things. Admittedly, punishment is justified only if certain distributive conditions are met. However, the justification of these distributive conditions is independent of the justification of punishment. It is possible to defend the utilitarian justification of punishment and, at the same time, to defend a non utilitarian justification of ordinal proportionality (for example). The beginning of "Prolegomenon to the Principles of Punishment" should be read carefully. Hart explains that not all questions should be answered by reference to a single principle and that "we are confronted by a complex institution presenting different *inter-related* features calling for separate explanation; or, if the morality of the institution is challenged, for *separate justification*¹²⁰". As we can see, Hart does not deny interdependence: what he proposes is to separate the justifications.

2. Value pluralism

Hart is a moral pluralist in at least two different senses. First, he believes that there is a plurality of irreducible values which we cannot always pursue simultaneously: they may conflict and, if so, we have to make a choice or a compromise. I will refer to this as "value

118 M. Goldinger, "Punishment, Justice, and the Separation of Issues", *The Monist*, vol. 49, n° 3, 1965, p. 458-459.

119 D. Dolinko, "Some Thoughts About Retributivism", *Ethics*, vol. 101, n° 3, 1991, p. 541.

120 *PR*, p. 4, my italics.

pluralism". Second, he believes that there is a plurality of irreducible forms of moral reasons for acting coming from different "segments of morality": "In fact 'duty', 'obligation', 'right', and 'good' come from different segments of morality, concern different types of conduct, and make different types of moral criticism or evaluation¹²¹." They may also conflict and create dilemmas. I will refer to this as "pluralism about forms of moral reason".

The contrary of value pluralism is *value monism*, i.e. the idea that there is only one ultimate value to which all others are reducible, for instance, general utility. The contrary of pluralism about forms of moral reason is *monism about forms of moral reason*, i.e. the idea that all reasons for an action other than its good or bad effects are pseudo-reasons (Bentham's restrictive doctrine of reason¹²²); or the idea that every action that we ought to do morally speaking is a "duty" or an "obligation"¹²³.

Although there is much evidence in Hart's writings of his moral pluralism, this is not a thesis that he explicitly defended at length, such as legal positivism. Rather, it is a leitmotif or an implicit presupposition that allows us to understand his penal philosophy correctly.

I will begin by presenting Hart's value pluralism. For this, I will start from Berlin's value pluralism for at least three reasons: Berlin is the best-known theorist of value pluralism; Berlin's pluralism is very close to Hart's; finally, Berlin was Hart's closest friend (therefore, mutual influences are not unlikely).

a) Berlin's value pluralism

In the last section of "Two Concepts of Liberty", Berlin opposes monism to pluralism. Monism is the "faith in a single criterion¹²⁴" or "the conviction that all the positive values in which men have believed must, in the end, be compatible, and perhaps even entail one another¹²⁵". In other words, the term "monism" refers to two beliefs: the belief in a single

121 H.L.A. Hart, "Are There Any Natural Rights?", *The Philosophical Review*, vol. 64, n° 2, 1955, p. 179, note 7.

122 H.L.A. Hart, "Bentham", in R.S. Summers (ed.), *More Essays in Legal Philosophy: General Assessments of Legal Philosophies*, Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1971, p. 42.

123 "one factor obscuring the nature of a right is the philosophical use of 'duty' and 'obligation' for all cases where there are moral reasons for saying an action ought to be done or not done." (H.L.A. Hart, "Are There Any Natural Rights?", *art. cit.*, note 7.)

124 I. Berlin, "Two Concepts of Liberty", in *The Proper Study of Mankind*, London: Vintage, 2013, p. 241.

125 I. Berlin, "Two Concepts of Liberty", *art. cit.*, p. 237-238.

criterion and the belief in the compatibility of values. The first belief denies plurality. The second one denies conflict.

Pluralism is, on the contrary, the conviction “that human goals are many, not all of them commensurable, and in perpetual rivalry with one another¹²⁶”. According to Berlin, Machiavelli is one of the fathers of anti-monism because he showed that the values of the pagan morality of *virtù* (vigorous self-assertion, republican boldness, civic patriotism, Stoic resistance to pain, etc.) are incompatible with Christian values (humility, unworldliness, submission to secular power, self-sacrifice, etc.): we cannot pursue these values simultaneously, one has to choose “and there is no over-arching criterion to determine the right choice¹²⁷”. This echoes strongly French existentialism and the idea that men are condemned to choose¹²⁸. It is difficult not to think of Sartre and his famous dilemma between looking after his mother or fighting for the liberation of France when Berlin says:

Certain human values cannot be combined, because they are incompatible with one another; so there have to be choices. Choices can be very painful. If you choose A, you are distressed to lose B. There is no avoiding choices between ultimate human values, ends in themselves. Choices can be agonizing, but unavoidable in any world we can conceive of¹²⁹.

Why does Berlin attack monism and defend pluralism? First, he states that monism is a dangerous conviction. According to him, it is responsible for many of the tragedies of history¹³⁰. If we think that there is only one value, for example general happiness, then we should not be afraid to eliminate everything that stands in the way of its realization. Similarly, if we think we know the ultimate solution that allows all values to coexist without sacrificing any of them, why not impose it by force? As Berlin confesses: “It is, I have no doubt, some such dogmatic certainty that has been responsible for the deep, serene, unshakeable conviction in the minds of some of the most merciless tyrants and persecutors in history that what they did was fully justified by its purpose¹³¹.”

126 I. Berlin, “Two Concepts of Liberty”, *art. cit.*, p. 241.

127 I. Berlin, R. Jahanbegloo, *Conversations with Isaiah Berlin*, London: Peter Halban, 1992, p. 45.

128 Berlin writes: “We are doomed to choose, and every choice may entail an irreparable loss.” (I. Berlin, “The Pursuit of the Ideal”, in *The Proper Study of Mankind*, London: Vintage, 2013, p. 11.)

129 I. Berlin, R. Jahanbegloo, *Conversations with Isaiah Berlin*, *op. cit.*, p. 143.

130 I. Berlin, “Two Concepts of Liberty”, *art. cit.*, p. 237.

131 I. Berlin, “Two Concepts of Liberty”, *art. cit.*, p. 239.

Second, monism is empirically implausible. Ordinary experience shows two things. On the one hand, it shows that the realisation of some values must involve the sacrifice of others: political equality and social justice are incompatible with unrestricted *laissez-faire*, justice can conflict with generosity, public loyalties with private loyalties, truth with happiness, etc.¹³² On the other hand, it shows that each value contains in itself conflicting elements: liberty contains rival liberties such as liberty of information and liberty of privacy, equality contains rival equalities such as equality of opportunity and equality of outcome¹³³.

Third, monism is conceptually incoherent: “some of the ultimate values by which men live cannot be reconciled or combined, not just for practical reasons, but in principle, conceptually¹³⁴.” It is by definition impossible to be at the same time wholly spontaneous and a careful planner. Full liberty is by definition incompatible with full equality.

Fourth and lastly, the importance we attach to freedom of choice would be incomprehensible or inexplicable if we did not have to choose between irreconcilable values: “if [men] had assurance that in some perfect state, realisable by men on earth, no ends pursued by them would ever be in conflict, the necessity and agony of choice would disappear, and with it the central importance of the freedom to choose¹³⁵.”

One has to distinguish two types of value: *overriding values* and *conditional values*¹³⁶. A value is overriding 1/ if it always takes precedence over any other value with which it conflicts and 2/ if it is permissible to violate it only when its violation would serve its realization¹³⁷. For instance, life is an overriding value 1/ if it always takes precedence over freedom in case of conflict and 2/ if it is permissible to take a life only when taking a life would preserve other lives. For Rawls, liberty is an overriding value because 1/ liberty (or the principle of greatest equal liberty) always takes precedence over equality (or the principle of equality of opportunity) and fraternity (or the difference principle) and 2/ liberty can be restricted only for the sake of liberty itself.

132 I. Berlin, “Two Concepts of Liberty”, *art. cit.*, p. 238-239.

133 J. Gray, *Isaiah Berlin: An Interpretation of His Thought*, Princeton: Princeton University Press, 2013, p. 79.

134 I. Berlin, R. Jahanbegloo, *Conversations with Isaiah Berlin*, *op. cit.*, p. 142.

135 I. Berlin, “Two Concepts of Liberty”, *art. cit.*, p. 239.

136 J. Kekes, *The Morality of Pluralism*, Princeton: Princeton University Press, 1993, p. 19-21.

137 As Kekes explains, overriding values differ from absolute values, because absolute values can never be violated, whereas overriding values can be violated when it is in their interest.

In contrast, a value is conditional if it can be defeated by another conflicting value. If we take the same example as before, life is a conditional value if in case of conflict with freedom (to defeat tyranny, a life must be sacrificed) or justice (to resist injustice, a life must be put at risk), freedom or justice may take precedence over life.

According to Berlin, there are no overriding values, all values are conditional. Of course, this does not mean that some values are not usually more important than others and should not in principle take precedence over them: "Priorities, never final and absolute, must be established¹³⁸."

Are values commensurable? Berlin famously argues that "human goals are many, not all of them commensurable¹³⁹". What does this mean? Two quantities are commensurable if they can be measured within the same system of measurement. For instance, a *yard* and a *foot* are commensurable since both may be measured in *inches*. Thus, when Berlin states that values are incommensurable, he means that they lack a common measure. Values cannot be "graded on one scale, so that it is a mere matter of inspection to determine the highest¹⁴⁰". For instance, truth and justice cannot be compared in terms of quantity of welfare or pleasure and this is the reason why Berlin rejects utilitarianism.

Is pluralism of form of relativism? Berlin explicitly denies this:

There are universal values. This is an empirical fact about mankind [...]. There are values that a great many human beings in the vast majority of places and situations, at almost all times, do in fact hold in common, whether consciously and explicitly or as expressed in their behaviour, gestures, actions¹⁴¹.

Berlin gives the example of courage: in all societies it is admired. We could also give the example of truthfulness: in all societies it is valued because it is essential to the proper functioning of social life. Of course, this should not make us forget that there are *also* relative values.

138 I. Berlin, "The Pursuit of the Ideal", *art. cit.*, p. 14. See also J. Kekes, *The Morality of Pluralism*, *op. cit.*, p. 21.

139 I. Berlin, "Two Concepts of Liberty", *art. cit.*, p. 241.

140 I. Berlin, "Two Concepts of Liberty", *art. cit.*, p. 241.

141 I. Berlin, R. Jahanbegloo, *Conversations with Isaiah Berlin*, *op. cit.*, p. 37.

In summary, values are irreducibly plural and may conflict with each other or with themselves. Certain values are universal, others are relative. In any case, they are conditional and incommensurable. We cannot have it all and our human condition obliges us to choose.

b) Hart's value pluralism

Berlin gave his lecture in 1958. One year earlier, Hart gave another famous lecture —“Positivism and the Separation of Law and Morals”—in which we find in embryonic form Berlin's value pluralism. Let us recall the context. In “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law”, an article written one year after World War II, the jusnaturalist German lawyer Radbruch argues that the law has to effectuate three values: justice, legal certainty and purposiveness of the law in serving the public benefit. He establishes a hierarchy between these values: justice is at the top, utility is at the bottom and legal certainty takes a middle place¹⁴². What to do in case of conflict? The answer is given by the Radbruch formula (*Radbruchsche Formel*) which contains three propositions:

- As a general rule, legal certainty takes precedence: the law has to be applied even if it is unjust or fails to benefit the people.
- When injustice reaches an “intolerable degree”, justice takes precedence over legal certainty.
- “Where there is not even an attempt at justice, where equality, the core of justice, is deliberately betrayed in the issuance of positive law, then the statute is not merely ‘flawed law’, it lacks completely the very nature of law¹⁴³.”

Hart mainly attacks the third proposition. After World War II, many informers, judges, executioners, etc., were convicted of acts that were not illegal at the time they were performed, because German courts considered “that the laws upon which they relied were invalid as contravening the fundamental principles of morality¹⁴⁴”. Hart gives the example of a woman, wishing to get rid of her husband, who denounced him to the authorities for insulting

142 G. Radbruch, “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law”, trans. B. Litschewski Paulson, S.L. Paulson, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, n° 1, 2006, p. 6.

143 G. Radbruch, “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law”, *art. cit.*, p. 7.

144 *EJP*, p. 75.

remarks about Hitler and who was convicted in 1949 for procuring the deprivation of her husband's liberty¹⁴⁵. Hart's analysis of this case deserves to be quoted at length:

Many of us might applaud the objective—that of punishing a woman for an outrageously immoral act—but this was secured only by declaring a statute established since 1934 not to have the force of law, and at least the wisdom of this course must be doubted. There were, of course, two other choices. One was to let the woman go unpunished; one can sympathize with and endorse the view that this might have been a bad thing to do. The other was to face the fact that if the woman were to be punished it must be pursuant to the introduction of a frankly retrospective law and with a full consciousness of what was sacrificed in securing her punishment in this way. Odious as retrospective criminal legislation and punishment may be, to have pursued it openly in this case would at least have had the merits of candour. It would have made plain that in punishing the woman a choice had to be made between two evils, that of leaving her unpunished and that of sacrificing a very precious principle of morality endorsed by most legal systems. Surely if we have learned anything from the history of morals it is that the thing to do with a moral quandary is not to hide it. Like nettles, the occasions when life forces us to choose the lesser of two evils must be grasped with the consciousness that they are what they are. The vice of this use of the principle that, at certain limiting points, what is utterly immoral cannot be law or lawful is that it will serve to cloak the true nature of the problems with which we are faced and will encourage the romantic optimism that all the values we cherish ultimately will fit into a single system, that no one of them has to be sacrificed or compromised to accommodate another.

All Discord Harmony not understood

All Partial Evil Universal Good

This is surely untrue, and there is an insincerity in any formulation of our problem which allows us to describe the treatment of the dilemma as if it were the disposition of the ordinary case.

This text is a profession of faith in value pluralism. Like Berlin, Hart denounces the romantic optimism that all the values¹⁴⁶ to which we are attached can be reconciled and affirms the

¹⁴⁵ *EJP*, p. 75-76.

¹⁴⁶ To my knowledge, Hart does not precisely define the term “value”. On the contrary, like Berlin, he uses this word very broadly and, I think, non-technically. He describes certain principles, such as the principle of legality, as values. He uses the words “aim”, “objective” and “value” interchangeably. Following Hart's method of definition, we could mention clear cases of value, for instance, liberty, equality or fraternity, and distinguish their leading features.

inevitability of dilemmas and the need to choose. As we can see, Hart does not totally disagree with Radbruch. In fact, he does not appear to reject the first and second propositions of the Radbruch formula. Like Radbruch, he recognizes the importance of justice, legal certainty and general utility. He recognizes that values can conflict and that some (e.g. legal certainty and non-retroactivity) may be sacrificed for the benefit of others.

For Hart value pluralism is a reality that we have to accept: “We cannot usually in social life pursue a single value or a single moral aim, untroubled by the need to compromise with others¹⁴⁷.” Our social institutions, for instance, those of law, punishment, contract, property, etc., can only be understood as a compromise between conflicting values: their maintenance fosters certain values, but the pursuit of these values is always qualified by others¹⁴⁸. In his review of *Ethics: Reinventing Right and Wrong* by Mackie, Hart argues that moral conflicts cannot always be quickly resolved by some trade-off, that morality does not have “cool consistency¹⁴⁹” and then he quotes J.L. Austin: “we cheerfully subscribe to, or have the grace to be torn between, simply disparate ideals—why *must* there be a conceivable amalgam, the Good Life for Man¹⁵⁰?”

In the text above, Hart mentions Alexander Pope as a monist, but in general the form of monism he criticizes is utilitarianism. Indeed, according to classical utilitarians there is one supreme and ultimate value: general utility. As Mill puts it: “I regard utility as the ultimate appeal on all ethical questions¹⁵¹ [...]” In *Utilitarianism*, Mill argues that justice—defined as respect for fundamental moral rights—is “only a particular kind or branch of general utility¹⁵²” and is “the appropriate name for certain social utilities which are vastly more important [...] than any others are as a class¹⁵³”. Hart disagrees with Mill’s view that there is no conflict between justice and utility and holds that there is an “unbridgeable gap¹⁵⁴” between

147 *LLM*, p. 38.

148 *PR*, p. 10, p. 33-34.

149 H.L.A. Hart, “Morality and Reality”, *The New York Review of Books*, vol. 25, n° 3, 1978, p. 38.

150 J.L. Austin, *Philosophical Papers*, Oxford: Oxford University Press, 1961, p. 151, note 1.

151 J.S. Mill, *On Liberty*, *op. cit.*, p. 10. See also this passage: “There must be some standard by which to determine the goodness or badness, absolute and comparative, of ends or objects of desire. And whatever that standard is, there can be but one; for, if there were several ultimate principles of conduct, the same conduct might be approved by one of those principles and condemned by another, and there would be needed some more general principle as umpire between them.” (J.S. Mill, *Philosophy of Scientific Method*, Mineola: Dover Publications, 2005, p. 356-357.)

152 J.S. Mill, *Utilitarianism*, *op. cit.*, p. 217.

153 J.S. Mill, *Utilitarianism*, *op. cit.*, p. 235.

154 *EJP*, p. 188.

increase in general utility and respect for individual rights: these are two *distinct* values¹⁵⁵ and the latter constrains the former. In fact, one of the most challenging issues in moral and political philosophy to which Hart devoted much time is how to combine them.

Hart shares Berlin's idea that monism is a dangerous conviction. He insists on the danger of utilitarian monism:

in an exclusively utilitarian philosophy there is something very dangerous to contemporary as well as to older conceptions of civil liberties. [...] this same philosophy put forward as a sole criterion of the morality of legal institutions has a darker side. This shows itself in its willingness to make negotiable, for the sake of general social security, protections which many would consider to be the fundamental rights of all individuals against the State [...]¹⁵⁶.

This text should not lead us to believe that, for Hart, there are absolutely inviolable rights. Like Berlin, Hart thinks that all values, including rights, are conditional: "no man has an absolute or unconditional right to do or not to do any particular thing or to be treated in any particular way¹⁵⁷ [...]." Even if both Berlin and Hart are particularly attached to liberty, neither one nor the other holds that it is an overriding value that should always take precedence over other values and that can be restricted only for the sake of liberty itself. Berlin explicitly writes it:

I do not wish to say that individual freedom is, even in the most liberal societies, the sole, or even the dominant, criterion of social action. We compel children to be educated, and we forbid public executions. These are certainly curbs to freedom. We justify them on the ground that ignorance, or a barbarian upbringing, or cruel pleasures and excitements are worse for us than the amount of restraint needed to repress them¹⁵⁸.

Hart demonstrates it in his review of *A Theory of Justice* by Rawls. As I said earlier, Rawls argues that liberty can be restricted only for the sake of liberty itself: "If liberty is less extensive, the representative citizen must find this a gain for his freedom of balance¹⁵⁹ [...]."

¹⁵⁵ *EJP*, p. 191.

¹⁵⁶ *EB*, p. 36.

¹⁵⁷ H.L.A. Hart, "Are There Any Natural Rights?", *art. cit.*, p. 176. See this statement about the right to silence: "such rights might have to be suspended as in wartime if the scale of escape of the guilty threatened the fabric of society in which alone rights can be enjoyed." (*EB*, p. 38.)

¹⁵⁸ I. Berlin, "Two Concepts of Liberty", *art. cit.*, p. 240.

¹⁵⁹ J. Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, p. 214.

He gives the example of the introduction of rules of order in debate. By introducing rules we restrict the liberty to speak when we please but we also allow everyone to speak¹⁶⁰. Hart objects that even in this simple case values other than liberty are at stake, e.g. equality and efficiency. Liberty is not restricted only for the sake of liberty but to improve the quality and the fairness of the debate:

It seems to me, however, misleading to describe even the resolution of the conflicting liberties in this very simple case as yielding a “greater” or “stronger” total system of liberty, for these phrases suggest that no values other than liberty and dimensions of it, like extent, size, or strength, are involved. Plainly what such rules of debate help to secure is not a *greater* or more extensive liberty, but a liberty to do something which is more valuable for any rational person than the activities forbidden by the rules, or, as Rawls himself says, something more “profitable”. So some criterion of the value of different liberties must be involved in the resolution of conflicts between them; yet Rawls speaks as if the system “of basic liberties” were self-contained, and conflicts within it were adjusted without appeal to any other value besides liberty and its extent¹⁶¹.

Hart argues that many restrictions of liberty, e.g. laws restraining libel or slander, restrictions on the use of cars to protect the environment, cannot be explained by the priority of liberty principle: “These restrictions on the basic liberties of speech and private property are commonly accepted as trade-offs not of liberty for liberty, but of liberty for protection from harm or loss of amenities or other elements of real utility¹⁶².” He concludes his review by saying that Rawls threw much light on the relationship between liberty and other values but did not succeed in demonstrating its priority¹⁶³.

Like Berlin, Hart does not think values are always commensurable. He gives the following example. Compulsory school education for all (which meets an ideal of equality) implies not only that the freedom of those who want to educate their children themselves be sacrificed, but also that public investment be reduced in other areas (industry, old-age pensions, medical services, etc.). Some people will defend this choice in the name of the “common good”. But, as Hart argues: “It is not clear what these phrases mean, since there seems to be no scale by which contributions of the various alternatives to the common good can be measured and the

160 J. Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, p. 178.

161 *EJP*, p. 233.

162 *EJP*, p. 239.

163 *EJP*, p. 247.

greater identified¹⁶⁴.”

Like Berlin, Hart defends the “existentialist” idea that life sometimes forces us to make agonising choices between incompatible values. It can be seen in the debate with Radbruch but also in his analysis of the punishing the innocent objection. In extreme cases we may resort to this expedient as a last resort to avoid a moral catastrophe but we should do so “with the sense of sacrificing an important principle¹⁶⁵” and being “conscious of choosing the lesser of two evils¹⁶⁶”. In fact, one of the reasons why Hart is a pluralist and not a utilitarian is that utilitarianism, unlike pluralism, leaves no room for dilemmas: “If utility is the ultimate source of moral obligations, utility may be invoked to decide between them when their demands are incompatible¹⁶⁷.” Hart considers that human beings constantly face *genuine* moral dilemmas and he does not want them to be cloaked or simplified.

As mentioned earlier, Berlin holds that there are universal values, as does Hart¹⁶⁸:

since all social moralities, whatever else they may contain, make provision in some degree or such universal values as individual freedom, safety of life, and protection from deliberately inflicted harm, there will always be much in social morality which is worth preserving even at the cost in terms of these same values which legal enforcement involves. [...] the preservation of any particular society is of value because among other things it secures for human beings some measure of these universal values. It is indeed arguable that a human society in which these values are not recognised at all in its morality is neither an empirical nor a logical possibility, and that even if it were, such a society could be of no practical value for human beings¹⁶⁹.

This text echoes Hart's theory of the minimum content of natural law. As long as certain truisms about human condition hold good—such as the desire to live, physical vulnerability, approximate equality, limited altruism, limited resources, etc.—certain rules of conduct are

164 *CL*, p. 167. See also: “other conflicts between basic liberties will be such that different resolutions of the conflict will correspond to the interests of different people who will diverge over the relative value they set on the conflicting liberties. In such cases, there will be no resolution which will be uniquely selected by reference to the common good.” (*EJP*, p. 235.)

165 *PR*, p. 12.

166 *PR*, p. 12.

167 J.S. Mill, *Utilitarianism*, *op. cit.*, p. 201.

168 In fact, Berlin borrowed this idea from Hart. Cf. J. Riley, “Liberal Pluralism and Common Decency”, in J.-W. Müller (ed.), *Isaiah Berlin's Cold War Liberalism*, Palgrave Macmillan, 2019, p. 71, note 25.

169 *LLM*, p. 70.

necessary: without them society would not be viable and there would be no future for the human species. These rules must be held to be universal and “constitute a common element in the law and conventional morality of all societies¹⁷⁰”.

However, the fact that *some* values are universal should not make us forget that not everyone shares the same values and that it often happens that we do not give the same weight to the same values. As Hart puts it:

The denunciation of restriction on liberty might be met by the claim that the sacrifice of liberty to social or economic equality or security was itself justified. Such differences of weight or emphasis placed on different moral values may prove irreconcilable. They may amount to radically different ideal conceptions of society and form the moral basis of opposed political parties¹⁷¹.

Given all this evidence, it seems difficult to deny that Hart is, like Berlin, a value pluralist. However, the best evidence is his penal philosophy.

c) Value pluralism and the question of distribution

Hart argues that the penal system, as a general rule, should look forward. However, at two points, it should also look backwards¹⁷². The first point corresponds to the conviction by a Court or to the question of criminal responsibility. Hart argues that a person may be punished only if he committed an illegal act, has certain mental and physical capacities, and had a fair chance to use these capacities to obey the law. Why? If efficiency, crime prevention, deterrence, etc., were our only concern, we could disregard this requirement. However, if like Hart we are committed to justice and liberty, we cannot ignore it:

There are values quite distinct from those of retributive punishment which the system of responsibility does maintain, and which remain of great importance even if our aims in punishing are the forward-looking aims of social protection. [...] What is needed is a reinterpretation of the notions of desert and responsibility, and fresh accounts of the importance of the principle that a voluntary act should normally be required as a condition of

170 *CL*, p. 193.

171 *CL*, p. 184.

172 *PR*, p. 160.

liability to punishment. Such a reinterpretation [...] would stress the much more nearly universal ideas of fairness or justice and of the value of individual liberty¹⁷³.

The second point corresponds to the Court's sentence or to the question of the quality and quantity of punishment. Hart argues, among other things, that different kinds of offence with different levels of gravity should not be punished with equal severity. Why? Again, if efficiency, crime prevention, deterrence, etc., were our only concern, we could disregard this requirement. But this is not our only concern: we want to be fair to those whom we punish, "even if in securing this form of fairness to those whom we punish we secure a lesser measure of conformity to law"¹⁷⁴.

In *The Concept of Law*, Hart refers to Janus—the Roman god that has two faces, with one looking forward and the other backwards—and holds that the assertion that a legal system exists can be analogized to Janus looking both towards the obedience by ordinary citizens and towards acceptance of secondary rules by officials¹⁷⁵. Likewise, the penal system can be compared to Janus looking both backwards to what has been done/could have been done, as well as forward to what may be done to prevent the repetition of the past. This dual orientation reflects our attachment to partly incompatible values and our desire to reconcile them.

Hart continually criticizes the method of deducing the distribution of punishment from its justifying aim and vice versa. Let us look at two examples. First, *if* the justifying aim of punishment is the protection of society, *then* it is illogical to set out maximum penalties: criminals should be released when they no longer pose a danger to society. Second, *if* we punish only those who could have acted otherwise, *then* it means that the justifying aim of punishment is not the protection of society but retribution for wrongdoing. According to Hart, this is an "infectious"¹⁷⁶ fallacy. We should not deduce the distribution of punishment from its justifying aim, because the justifying aim of punishment is not the only thing that matters nor worth pursuing. Conversely, we cannot logically deduce the justifying aim of punishment from the distribution of punishment, because the distribution of punishment may well represent values that constrain the pursuit of the justifying aim. Hart summarizes this point as

173 *PR*, p. 180-181. This is one of the few occurrences of the term "desert".

174 *PR*, p. 201.

175 *CL*, p. 117.

176 *PR*, p. 244.

follows:

It is in general true that we cannot infer from principles applied in deciding the severity of punishment what the aims of the system of punishment are or what sorts of conduct may justifiably be punished. For some of these principles, e.g. the exclusion of torture or cruel punishments, may represent other values with which we may wish to compromise, and our compromise with them may restrict the extent to which we pursue the main values which justify punishment. [...] in the theory of punishment, what is in the end morally tolerable is apt to be more complex than our theories initially suggest. We cannot usually in social life pursue a single value or a single moral aim, untroubled by the need to compromise with others¹⁷⁷.

Hart constantly asks himself: What is the price to be paid for what gain in terms of our values? Are we ready to pay it¹⁷⁸? We *could* adopt a purely utilitarian system designed to maximize the total aggregate general welfare. But at what cost? As I will show throughout this dissertation, pure utilitarianism may be incompatible with many principles that we value (perhaps irrationally) and implies many sacrifices of which we must be aware. Similarly, we *could* adopt a system of “social hygiene” based on danger neutralization and *ante delictum* intervention. It would probably protect society more efficiently than our current penal system. But at what cost? As Hart writes:

It is thinkable that legal control of conduct might take the form of Brave New World conditioning, so that people were never tempted to disobey the law, or of preventive or incapacitating measures, so that people were unable to disobey. In contrast with such forms of control the law of crime and tort, quite apart from sanctions, makes its primary appeal to individuals as intelligent beings who are assumed to have the capacity to control their conduct, and invites them to do so. It defers coercion and punitive measures until it is shown that this primary appeal has broken down, viz. Until a crime has been committed or some harm has been done. The latter is the price to be paid for a form of social control that invites the subject's obedience and so, by preserving the possibility of disobeying, maximizes freedom within the framework of coercive sanctions¹⁷⁹.

¹⁷⁷ *LLM*, p. 38.

¹⁷⁸ See the conclusion of *Law, Liberty and Morality*: “No doubt I have not *proved* these things not to be values worth their price in human suffering and loss of freedom; it may be enough to have shown what it is that is offered for the price.” (*LLM*, p. 83.)

¹⁷⁹ *CIL*, p. lxxix. Compare with: “Our system does not interfere till harm has been done and has been proved to have been done with the appropriate *mens rea*. But the risk that is here taken is not taken for nothing. It is the price we pay for general recognition that a man's fate should depend upon his choice and this is to foster the prime social virtue of self-restraint.” (*PR*, p. 182.)

I stated earlier that for Hart no value is overriding. His penal philosophy illustrates this very clearly. In extraordinary circumstances, Hart would be ready to sacrifice the principle that only an offender may be punished for his offence, if there is no other way to avoid a major evil: "Given enough misery to be avoided by the sacrifice of an innocent person, there may be situations in which it might be thought morally permissible to take this step¹⁸⁰." He would also be ready to sacrifice the principle that like cases should be treated alike and inflict "exemplary sentences", if it is necessary to stop a wave of violence:

Fairness between different offenders expressed in terms of different punishments is not an end in itself but a method of pursuing other aims which has indeed a moral claim on our attention; and we should give effect to it where it does not impede the pursuit of the main aims of punishment. Very often English judges have looked upon claims to equal treatment for different offenders in just this light. When a crime has become exceptionally or dangerously frequent judges have defended punishing an offender more severely than previous offenders on the ground that this step is necessary to check a major evil¹⁸¹.

Finally, Hart is ready to adjust the doctrine of *mens rea* in the name of security or law enforcement: "the principle of responsibility [...] may be sacrificed when the social cost of maintaining it is too high¹⁸² [...]." Under the influence of Wootton, he proposes that the accused person should no longer be able to adduce any form of mental abnormality as a bar to conviction¹⁸³.

The lesson to be learned is that we have to give up the dream of a *perfect* penal system that realizes all the values we are committed to and does not sacrifice or compromise one of them to accommodate another¹⁸⁴. In the section of *The Concept of Law* concerning the open texture

180 *PR*, p. 81.

181 *PR*, p. 172. See also: "In this brief outline of justice we have considered only some of its simpler applications in order to show the specific form of excellence attributed to laws which are appraised as just. Not only is this distinct from other values which laws may have or lack, but sometimes the demands of justice may conflict with other values. This may occur, when a court, in sentencing a particular offender for a crime which has become prevalent, passes a severer sentence than that passed in other similar cases, and avowedly does this 'as a warning'. There is here a sacrifice of the principle 'Treat like cases alike' to the general security or welfare of society." (*CL*, p. 165-166.)

182 *PR*, p. 185.

183 *PR*, p. 205.

184 "And because there are different and incompatible values, Hart expects the value of law to be fragmented: law may promote certain values, but there is no guarantee that it will not at the same time set back other values, and no guarantee that the gains will be comparable to, let alone outweigh, the losses." (L. Green, "Jurisprudence for Foxes", *art. cit.*, p. 156.)

of law, Hart writes:

we should not cherish, even as an ideal, the conception of a rule so detailed that the question whether it applied or not to a particular case was always settled in advance, and never involved, at the point of actual application, a fresh choice between open alternatives. Put shortly, the reason is that the necessity for such choice is thrust upon us because we are men, not gods¹⁸⁵.

The same can be said of the penal system. Because we are men, not gods, we should not cherish, even as an ideal, the idea of a penal system that would be perfectly fair, efficient and humane, that would not force us to choose. Of course, we can and we should strive for a good compromise or balance. But a *balanced* system is not a *perfect* system, unless balance is the only form of perfection achievable on earth. When Lacey summarizes in *State Punishment* her own conception of punishment, she believes she is proposing a slightly different conception than Hart's, but in truth the two conceptions are identical:

the conception of punishment which I have defended is pluralistic [...] in that it identifies punishment as pursuing and respecting a set of different values which cannot necessarily be reduced to each other, or into some overriding common currency such as general utility. But there is an important difference between my pluralist conception and that espoused by the mixed theories. In the first place, whilst maintaining the pluralist vision, I have resisted a rigid prioritisation of the values involved, or a specification of one as a side constraint on the other(s)¹⁸⁶.

Here, we may draw a parallel with *The Morality of Law* by Fuller. Fuller argues that to make law it is necessary to respect the “internal morality of law” which contains eight excellences: laws must be general; laws must be published; laws cannot be retroactive; laws must be clear; laws cannot be contradictory; laws cannot require what is impossible; laws cannot be changed too frequently; there must be congruence between official action and the law. One of the interesting points he makes is that these eight excellences cannot be realized to perfection because they may come into opposition with one another. Fuller gives the following example. In Poland, in the early days of the communist regime, officials tried to draft the laws clear enough that the workers and peasants could understand them. But it was discovered that this

¹⁸⁵ CL, p. 128.

¹⁸⁶ N. Lacey, *State Punishment: Political Principles and Community Values*, op. cit., p. 199.

kind of clarity carried a hidden cost: it rendered application of the laws more capricious and therefore less predictable because technical systematic elements are needed to make consistent applications of the law¹⁸⁷. As a result, officials returned to a more balanced view. Fuller believes that perfect legality is a utopia¹⁸⁸. The eight desiderata of the internal morality of law all have a claim on our attention and we have to find a compromise between them: “In every human pursuit we shall always encounter the problem of balance at some point as we traverse the long road that lead from the abyss of total failure to the heights of human excellence¹⁸⁹.”

In his review of *The Morality of Law*, Hart argues that Fuller's account of the antinomies of law are the best pages of the book. He agrees that “exceptions are necessary and so are many compromises and adjustments¹⁹⁰”. This is not surprising at all as it echoes clearly his own value pluralism.

3. Pluralism about forms of moral reason

As I said earlier, Hart is not only a value pluralist but also a pluralist about forms of moral reasons. In order to demonstrate this, I will not rely on Berlin's pluralism but on Nagel's pluralism.

a) Nagel and the “fragmentation of value”

In “The Fragmentation of Value” Nagel argues that there are five *types* of value which are *formally* different¹⁹¹. These types of value may conflict, just as values of the same type may.

First, there are specific obligations to other people or institutions. For instance, obligations to our parents, obligations to our friends, obligations to our company, etc. These obligations are *due* to the other people or institutions in question, and they are incurred either by voluntary action or by a special relationship such as that between a child and her parents.

187 L.L. Fuller, *The Morality of Law*, Revised Edition, New Haven: Yale University Press, 1969, p. 45.

188 L.L. Fuller, *The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 41.

189 L.L. Fuller, *The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 45-46.

190 *EJP*, p. 348.

191 T. Nagel, *Mortal Questions*, Cambridge: Cambridge University Press, 1979, p. 129-130.

Second, there are “general rights that everyone has, either to do certain things or not to be treated in certain ways¹⁹²”. These rights, by definition, do not depend on specific obligations. We have these rights because we are human beings, not because we have a special relationship with certain people or certain institutions.

Third, there is utility: “This is the consideration that takes into account the effects of what one does on everyone’s welfare—whether or not the components of that welfare are connected to special obligations or general rights¹⁹³.”

Fourth, there are perfectionist ends or values, for instance, scientific discovery, artistic creation, space exploration, etc. All these things have intrinsic value. Mathematical discoveries can be considered fundamental, even if few people will understand them, even if they will not have practical effects and they require many sacrifices.

Fifth, there is commitment to one’s own projects. The pursuit of a project, once begun, acquires great importance and becomes a value in itself competing with other values. It can be regarded as worth substantial sacrifice.

For Nagel, no type of value is overriding: “it is absurd to hold that obligations can never outweigh rights, or that utility, however large, can never outweigh obligation¹⁹⁴.” He distinguishes personal, impersonal, agent-centered and outcome-centered reasons¹⁹⁵. Commitment to one’s own projects and specific obligations are personal and agent-centered reasons. General rights are impersonal but agent-centered reasons: they do not derive from special relationships but they “mainly provide people with reasons not to do certain things to other people¹⁹⁶”; they are not concerned with what would be best overall. General utility and perfectionist ends are impersonal and outcome-centered reasons. Nagel explains that the fragmentation of value is due to our capacity to view the world from different perspectives, from the individual perspective, from the relational perspective, from the impersonal perspective, etc. As he puts it:

192 T. Nagel, *Mortal Questions*, op. cit., p. 129.

193 T. Nagel, *Mortal Questions*, op. cit., p. 129.

194 T. Nagel, *Mortal Questions*, op. cit., p. 131.

195 T. Nagel, *Mortal Questions*, op. cit., p. 132-133.

196 T. Nagel, *Mortal Questions*, op. cit., p. 133.

We appreciate the force of impersonal reasons when we detach from our personal situation and our special relations to others. Utilitarian considerations arise in this way when our detachment takes the form of adopting a general point of view that comprehends everyone's view of the world within it. Naturally the results will not always be clear. But such an outlook is obviously very different from that which appears in a person's concern for his special obligations to his family, friends, or colleagues. There he is thinking very much of his particular situation in the world. The two motives come from two different points of view, both important, but fundamentally irreducible to a common basis¹⁹⁷.

In the next section, I will argue that Hart has a very similar view, though he does not defend it as explicitly as Nagel.

b) Hart's pluralism about forms of moral reason

According to Hart, morality comprises different "segments"¹⁹⁸ (he also uses the words "branches", "areas", "dimensions", "sectors", etc.) that provide different forms of moral reason for acting. The terms "duty", "obligation", "right" and "good" come from different segments of morality: they concern different types of behaviour, they make different types of moral evaluation¹⁹⁹. As he puts it in a dictionary entry:

In much philosophical discussion the word *duty* is used in a wide sense [...] to refer to any action which a person has a moral reason for doing or not doing. Some object to this usage on the ground that "morality" comprises many different types of reason for acting and conduct which is morally desirable simply on account of its consequences or is morally admirable as a "work of supererogation" or heroism should be distinguished from duties which represent a moral *minimum* prescribed by well established rules essential for social life²⁰⁰.

The philosophers' broad use of the word "obligation" or "duty" prevents us from seeing the "variety and complexity"²⁰¹ of morality. We must resist the temptation (to which philosophers

197 T. Nagel, *Mortal Questions*, *op. cit.*, p. 133.

198 H.L.A. Hart, "Are There Any Natural Rights?", *art. cit.*, p. 179, note 7.

199 H.L.A. Hart, "Are There Any Natural Rights?", *art. cit.*, p. 179, note 7.

200 H.L.A. Hart, "Duty", in J. Gould, W.L. Kolb (eds.), *A Dictionary of the Social Sciences*, New York: Free Press, 1964, p. 214, *my italics*.

201 "the extension of these terms to the whole field of morality blinds us to its variety and complexity." (H.L.A. Hart, "Legal and Moral Obligation", in A.I. Melden (ed.), *Essays in Moral Philosophy*, Seattle: University of Washington Press, 1958, p. 83.)

succumb) to assimilate all types of moral judgment to a single type²⁰². What we need is a clear view of the different segments of morality, of the different types of moral ground for saying “You ought to...” or “You ought not to...”²⁰³. There are at least six.

First, there are moral rights²⁰⁴ (“I do not have the right to...”). For Hart, moral rights are a “branch” of morality whose function is to determine when a person’s freedom may be limited by another’s²⁰⁵. He distinguishes between special rights and general rights²⁰⁶ (or positive moral rights and natural rights, as we will see in Chapter 2). Special rights arise out of special transactions between individuals (e.g. promise) or special relationship between individuals (e.g. parenthood). General rights, such as the right to worship as I please, do not arise out of any special transaction or relationship between individuals, all men have them, they impose obligations (not to interfere) upon everyone.

In his review of *Anarchy, State, and Utopia*, Hart emphasizes that rights are not the only segment of morality. One of the shortcomings of Nozick’s theory is precisely that it rests on a form of moral monism: the “moral landscape” offered by Nozick contains only rights; moral wrongdoing has only one form: violating the rights of others; as long as the rights of others are not violated, the needs of individuals, their misery, or inequalities matter little from a moral point of view²⁰⁷. But, as Hart asks: “Why should a critic of society thus assume that there is only one form of moral wrong, namely, violation of individual rights? Why should he turn his gaze away from the consequences in terms of human happiness or misery produced by the working of a system of such rights²⁰⁸?”

Second, there are obligations (“I have an obligation to...”). Just as Hart distinguishes special rights and general rights, he distinguishes special obligations and general obligations. Special obligations, such as the obligation to keep a promise made, arise from previous voluntary actions, they are *owed to* or *due to* special persons²⁰⁹. General obligations are obligations

202 H.L.A. Hart, “Legal and Moral Obligation”, *art. cit.*, p. 100.

203 H.L.A. Hart, “Are There Any Natural Rights?”, *art. cit.*, p. 189.

204 As Hart writes, “there is much still to be done to identify the peculiar features of the dimension of morality constituted by the conception of basic moral rights and the way in which that dimension of morality relates to other values pursued through government” (*EJP*, p. 221-222).

205 H.L.A. Hart, “Are There Any Natural Rights?”, *art. cit.*, p. 177.

206 H.L.A. Hart, “Are There Any Natural Rights?”, *art. cit.*, p. 183-188.

207 *EJP*, p. 203.

208 *EJP*, p. 205.

209 H.L.A. Hart, “Are There Any Natural Rights?”, *art. cit.*, p. 179, note 7.

which all normal adults have throughout life, such as abstaining from violence, helping another when he is in need, not being cruel, etc.²¹⁰ Rawls calls the latter “natural duties”: they apply to us regardless of our voluntary actions, they have no necessary connections with social practices²¹¹. Among these general obligations, a distinction could be made between *strict* general obligations and *broad* general obligations. The former are mandatory, but with regard to the latter, their realization “is not taken [...] as a matter of course, but as an achievement deserving praise²¹²”.

Third, there are duties (“It is my duty to...”). The difference between duties and specific obligations is that the latter arise from previous voluntary actions; the difference between duties and general obligations is that the former are attached to social roles: a father’s duty is to look after his children, a doctor’s duty is to relieve suffering, etc. These duties are not universal but vary from society to society²¹³.

Fourth, there are consequences or utility (“It would be a very good thing to...”). We cannot speak of an obligation in this case:

it is at least misleading to say that we have acknowledged (or recognised) an *obligation* when in difficult circumstances, not provided for by anything that could reasonably be called a rule, we think out the consequences of alternative lines of conduct and decide what on the whole is best to do²¹⁴.

In one of his lectures on Bentham, Hart comments on a manuscript by Bentham entitled “False Methods of Reasoning on the Subject of Legislation”. In this manuscript, Bentham argues that to offer a *good reason* with respect to a law is to allege the good or evil which it tends to produce, and that to offer a *false reason* with respect to a law is to allege for or against it something else than its good or evil effects. Thus, antiquity is not a reason, a fiction is not a reason, antipathy and sympathy are not reasons, etc.²¹⁵ The formulation is even more radical in his *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*:

210 CL, p. 271.

211 J. Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, p. 98.

212 CL, p. 182.

213 H.L.A. Hart, “Legal and Moral Obligation”, *art. cit.*, p. 103-104.

214 H.L.A. Hart, “Legal and Moral Obligation”, *art. cit.*, p. 82.

215 J. Bentham, E. Dumont, *Theory of Legislation*, trans. R. Hildreth, London: Trübner, 1894, p. 66-87.

The only right ground of action, that can possibly subsist, is, after all, the consideration of utility [...]. Other principles in abundance, that is, other motives, may be the reasons why such and such an act *has* been done: that is, the reasons or causes of its being done: but it is this alone that can be the reason why it might or ought to have been done²¹⁶.

According to Hart, “Bentham’s restrictive doctrine of reason²¹⁷” explains a lot. It explains why Bentham rejected the notion of moral rights, because “it involved treating something as a reason for action which could not, according to Bentham, *ever* be a reason²¹⁸”. It also explains why conscience does not appear in Bentham’s *Tables of the Springs of Action*, because “conscience essentially involves accepting past wrongdoing as in itself a reason for remorse and making reparation²¹⁹”.

For Hart, Bentham’s restrictive doctrine of reason implies the abandonment of many concepts, such as gratitude. Indeed, I can show gratitude for past benefits only if I acknowledge past services as a reason in themselves for action towards my benefactor²²⁰. Bentham’s doctrine is also incompatible with the concept of moral right. Indeed:

the class of reasons which are logically appropriate supports for the ascription of moral rights [...] must refer to the present properties or past actions of the individuals who are said to have moral rights as in themselves sufficient grounds for treating them in a certain way independently of the beneficial consequences to society of doing so²²¹.

For example, if I say that Mary is entitled to the same salary as John, I cannot justify my assertion by saying that the company would benefit from an increase in her salary (this may be true, but that is not the point)²²². However, I can justify it by saying that Mary and John have exactly the same skills, do the same job, have the same years of service, etc. Finally, Bentham’s doctrine does not fit with the concept of an obligation, since “there is analytically involved in statements, even of legal obligation, acceptance of the idea that past action or failure to act is a reason or justification in terms of legal rules for the infliction of

216 J. Bentham, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op. cit.*, p. 11.

217 H.L.A. Hart, “Bentham”, *art. cit.*, p. 42.

218 H.L.A. Hart, “Bentham”, *art. cit.*, p. 38.

219 H.L.A. Hart, “Bentham”, *art. cit.*, p. 39.

220 H.L.A. Hart, “Bentham”, *art. cit.*, p. 41.

221 H.L.A. Hart, “Bentham”, *art. cit.*, p. 38.

222 We can see here Ryle’s idea of “category mistake”, but used in the moral field.

'sanctions'²²³.

According to Hart, Bentham's conception of what can count as a good or bad reason for action is too restrictive. Utility may be a very important reason that can override other reasons in the event of a conflict, but these other reasons do not derive from utility²²⁴.

Fifth, there is justice or fairness ("It is unfair to..."). In *The Concept of Law*, Hart writes:

There are indeed very good reasons why justice should have a most prominent place in the criticism of legal arrangements; yet it is important to see that it is a distinct segment of morality, and that laws and the administration of laws may have or lack excellences of different kinds. Very little reflection on some common types of moral judgment is enough to show this special character of justice. A man guilty of gross cruelty to his child would often be judged to have done something morally wrong, bad, or even wicked or to have disregarded his moral obligation or duty to his child. But it would be strange to criticize his conduct as unjust. This is not because the word "unjust" is too weak in condemnatory force, but because the point of moral criticism in terms of justice or injustice is usually different from, and more specific than, the other types of general moral criticism which are appropriate in this particular case and are expressed by words like "wrong", "bad", or "wicked"²²⁵.

The main characteristic of this segment of morality is that it is concerned with classes of individuals and the distribution of burdens and benefits among them²²⁶. For instance, it is unfair to forbid Black people (class) to take the bus (benefit).

Sixth, there are moral virtues ("It would be virtuous (brave, courageous) to..."). Again, this segment of morality is characterized by Hart in *The Concept of Law*:

Many moral virtues are qualities consisting in the ability and disposition to carry forward

223 H.L.A. Hart, "Bentham", *art. cit.*, p. 40.

224 H.L.A. Hart, "Bentham", *art. cit.*, p. 42. Here, we can compare Hart's and Dancy's views. In *Moral Reasons*, Dancy attacks consequentialism, which he defines as follows: "Consequentialism stands as a restriction on the sorts of reasons there can be, and typically it is said to allow only the agent-neutral." (J. Dancy, *Moral Reasons*, Oxford: Blackwell, 1993, p. 166.) Here we recognize what Hart calls Bentham's restrictive doctrine of reason for action. Dancy argues that there are *at least* three types of moral reason: consequentialist reasons, options and constraints. Here we recognize the distinction made by Hart in the small dictionary entry quoted above.

225 *CL*, p. 157-158.

226 *CL*, p. 158.

beyond the limited extent which duty demands, the kind of concern for others' interests or sacrifice of personal interest which it does demand. Benevolence and charity are examples of this. Other moral virtues like temperance, patience, bravery, or conscientiousness are in a sense ancillary: they are qualities of character shown in exceptional devotion to duty or in the pursuit of substantive moral ideals in the face of special temptation or danger²²⁷.

Thus, moral virtues, for Hart, are close to broad general obligations. However, they are different because they are qualities of character.

Three remarks. 1/ We could draw another parallel between Hart and Fuller, since Fuller, as Hart points out, tries to break up monolithic conceptions of morality and show that morality comprises different "dimensions of assessment"²²⁸.

2/ Just as values can conflict, segments of morality or forms of moral reason can conflict. Let us suppose that I promised someone to do something, but that if I keep my promise, it will cause a moral catastrophe. I face a dilemma: there is a form of moral reason to keep my promise (because I have an obligation to keep it) and another not to keep it (because keeping it would cause a lot of harm). As Hart puts it:

There is no contradiction or other impropriety in saying "I have an obligation to do X, someone has a right to ask me to, but I now see I ought not to do it". It will in painful situations sometimes be the lesser of two moral evils to disregard what really are people's rights and not perform our obligations to them. This seems to me particularly obvious from the case of promises: I may promise to do something and thereby incur an obligation just because that is one way in which obligations (to be distinguished from other forms of moral reasons for acting) are created; reflection may show that it would in the circumstances be wrong to keep this promise because of the suffering it might cause, and we can express this by saying "*I ought not to do it though I have an obligation to him to do it*" just because the italicized expressions are not synonyms but come from different dimensions of morality. The attempt to explain this situation by saying that our real obligation here is to avoid the suffering and that there is only a *prima facie* obligation to keep the promise seems to me to confuse two quite different kinds of moral reason, and in practice such a terminology obscures the precise character of what is at stake when "for some greater good" we infringe people's rights or do

227 *CL*, p. 182-183.

228 *EJP*, p. 345.

not perform our obligations to them²²⁹.

3/ Hart's analysis could be modified or completed and Hart himself admits it: "Various classifications of moral obligations and duties may be made²³⁰." However, my aim is not to give a perfect description of the different segments of morality. My aim is rather to demonstrate that Hart is a pluralist about forms of moral reasons before explaining how his pluralism about forms of moral reason is linked to his penal philosophy.

c) Pluralism about forms of moral reason and the question of justification

The link between Hart's pluralism about forms of moral reason and his penal philosophy is not as obvious as the link between his value pluralism and his penal philosophy. In fact, Hart's pluralism about forms of moral reason is doubly linked to the question of justification.

1/ I have just explained that different forms of moral reason can conflict and I have given the example of promise. Hart takes exactly the same example to show that different forms of moral reason can, conversely, reinforce each other:

In suggesting that we distinguish one type of moral judgment from another, I do not in the least wish to deny that the conduct they require may often be identical. It is often the case that one and the same particular action is required by different moral principles. If I promise to look after and protect a neighbour's child I have an obligation to do this which arises from my promise; but I may also think it inconsistent with my moral principles to permit unnecessary suffering of this as of any other child though I should not naturally phrase my recognition of this latter principle in terms of recognizing an obligation²³¹.

Likewise, in "Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill", Hart explains that there are different types of moral justification for the creation of a legal right. For instance, general

229 H.L.A. Hart, "Are There Any Natural Rights?", *art. cit.*, p. 186.

230 *CL*, p. 171.

231 H.L.A. Hart, "Legal and Moral Obligation", *art. cit.*, p. 100-101. See also here about political obligation: "Of course to say that there is such a moral obligation upon those who have benefited by the submission of other members of society to restrictive rules to obey these rules in their turn does not entail either that this is the only kind of moral reason for obedience [...]" (H.L.A. Hart, "Are There Any Natural Rights?", *art. cit.*, p. 185-186.)

utility and the existence of antecedent moral rights are different justifications. In some cases, these justifications can conflict. But in other cases, “both justifications could be offered for the creation of the same legal right²³²”.

Can we say, by analogy, that different types of justification could be given for the punishment of certain types of conduct? In my view, Hart offers (or, at least, leaves room for) two justifications of punishment based on two different segments of morality: an *explicit* justification based on general utility and a sketched justification based on moral rights. I call the first one the “Benthamian justification” and the second one the “right-based justification²³³”. According to the Benthamian justification, punishment of certain offences is justified because it is necessary to prevent a greater evil. There are two formulations of the right-based justification. According to the first formulation, punishment of free riders (“malefactors who, though they are afforded the protection of the rules, yet selfishly break them²³⁴”) is justified because cooperators have a moral right to their submission to the rules. According to the second formulation, the punishment of offences against persons and property is justified because men have a moral right to security. All these justifications have one thing in common: they consider punishment to be a means to an end: a means of prevention, a means of obtaining obedience or a means of ensuring security. However, they differ in the way they justify the use of this means. If we use Nagel's distinction, the Benthamian justification is impersonal and outcome-centered, whereas the right-based justification is agent-centered. Thus, the assumption that there must be one and only one justification of punishment should be rejected.

2/ For Hart, the reasons one can use to justify punishment *in general* (i.e. the practice) are different from the reasons one can use to justify the punishment of an individual *in particular*. If a child asks his mother why a man was put in jail yesterday, the mother will probably answer “Because he did something very bad” (or something similar). But if the child then asks why we put men in jail when they did something very bad, the mother will probably answer “In order to give them a lesson” (or something similar)²³⁵. The answer to the first question is backward-looking, the answer to the second question is forward-looking. Hart does not deny that the commission of an offence, i.e. a past event, is in itself a good reason to

232 *EB*, p. 94.

233 A. Marmor, “Right-Based Justification of Punishment”, *Israel Law Review*, vol. 22, n° 1, 1987, p. 97-106.

234 *CL*, p. 201.

235 J. Rawls, “Two Concepts of Rules”, *The Philosophical Review*, vol. 64, n°1, 1955, p. 5.

punish the offender. It is even, in principle, a *sine qua non* reason:

For the judge, in punishing, takes the rule as his *guide* and the breach of the rule as his *reason* and *justification* for punishing the offender. He does not look upon the rule as a statement that he and others are likely to punish deviations, though a spectator might look upon the rule in just this way. The predictive aspect of the rule (though real enough) is irrelevant to his purposes, whereas its status as a guide and justification is essential²³⁶.

He rather denies 1/ that the reason why we are justified in punishing men when they did something very bad is that they did something very bad; 2/ that the commission of an offence, though a *good* reason to punish an individual, is an *overriding* reason. In certain circumstances, we may decide not to punish an individual, though punishing him would have been justified because he did indeed commit an offence. The different segments of morality often conflict: the segment of obligations (the offender had an obligation to obey the law, therefore we are justified in punishing him) can conflict with the segment of general utility (to punish the offender would be both for him and for society a bad thing to do).

4. The problem of value conflicts

In the previous sections, I said that values or forms of moral reasons often conflict. The question remains as to how to solve these conflicts and what to do in case of conflict. Once again, I will start by presenting Berlin's and Nagel's views on these issues. I will then show that Hart's solution is similar.

a) Back to Aristotle

Berlin answers that there is no clear answer to this question. One can possibly give some advice that will seem, according to him, extremely boring. First, it is our duty to take into account all relevant factors²³⁷. Second, we have to be very careful before we sacrifice an important value for the benefit of another, for this sacrifice may be unnecessary or its

²³⁶ CL, p. 11.

²³⁷ "All we can ask for is that none of the relevant factors be ignored, that the purposes we seek to realise should be seen as elements in a total form of life, which can be enhanced or damaged by decisions." (I. Berlin, "The Pursuit of the Ideal", *art. cit.*, p. 15.)

consequences may be worse than anticipated²³⁸. Third, we can make compromises. Fourth, we can establish priorities. However, these compromises do not follow a fixed pattern ("rules, values, principles must yield to each other in varying degrees in specific situations²³⁹"). These priorities are "never final and absolute²⁴⁰". We cannot say in advance or *in abstracto* how value conflicts must be solved, how compromises must be reached: "The concrete situation is almost everything²⁴¹."

Nagel's view is very close. He warns us against two pitfalls: exclusionary overrationalization and romantic defeatism²⁴². Exclusionary overrationalization consists in establishing a system of priorities among types of value:

One might try to order them. For example: never infringe general rights, and undertake only those special obligations that cannot lead to the infringement of anyone's rights; maximize utility within the range of action left free by the constraints of rights and obligations; where utility would be equally served by various policies, determine the choice by reference to perfectionist ends; and finally, where this leaves anything unsettled, decide on grounds of personal commitment or even simple preference²⁴³.

For Nagel, this ordering is absurd because of its absoluteness. It is absurd to hold that special obligations can *never* outweigh general rights or that general utility can *never* outweigh general rights and special obligations, for in certain circumstances it may be the right thing to do.

Romantic defeatism is to consider that all decisions under conflict are arbitrary, that conflicts have no solution. Nagel criticizes romantic defeatism because he contends that it is possible to take correct decisions in case of conflict of values even though we do not have a system of priorities among them.

What enables us to take correct decisions is, again, Aristotle's practical wisdom, the practical disposition known as judgment:

238 I. Berlin, "The Pursuit of the Ideal", *art. cit.*, p. 14-15.

239 I. Berlin, "The Pursuit of the Ideal", *art. cit.*, p. 15.

240 I. Berlin, "The Pursuit of the Ideal", *art. cit.*, p. 14.

241 I. Berlin, "The Pursuit of the Ideal", *art. cit.*, p. 15.

242 T. Nagel, *Mortal Questions*, *op. cit.*, p. 137.

243 T. Nagel, *Mortal Questions*, *op. cit.*, p. 131.

our capacity to resolve conflicts in particular cases may extend beyond our capacity to enunciate general principles that explain those resolutions. Perhaps we are working with general principles unconsciously, and can discover them by codifying our decisions and particular intuitions. But this is not necessary either for the operation or for the development of judgment²⁴⁴.

b) Hart and judicial virtues

Lacey criticizes Hart for not telling us how to find a compromise when values conflict; for not telling us when an injustice can be outweighed by a gain in security or freedom²⁴⁵. A similar criticism is found in Bagaric: Hart explains that in some “extreme cases” certain principles of justice may be violated, but he does not tell us when such extremes are reached²⁴⁶.

Actually, if we search hard enough, we find some answers to this problem, notably in Hart's posthumous paper on discretion and in *The Concept of Law*.

For Hart, one cannot settle value conflicts in advance; one cannot, before being confronted with a particular case, say *a priori* what value must be sacrificed, what compromise must be made²⁴⁷; one cannot avoid “the leap”, i.e. the moment when one will have to make a choice between several possibilities without being guided by a higher principle:

I have myself concentrated attention in this admittedly introductory paper on the “leap” necessarily involved in the exercise of discretion after we have done all we can to secure the optimum conditions for its exercise. This is important because phrases often used to describe the exercise of discretion, such as “intuition” [and] “recognition of an implicit guiding purpose,” may encourage the illusion that we never reach the point where we have to reconcile conflicting values or choose between them without some more ultimate principle to guide us. I think the suggestion that we never reach the “leap” is just as wrong as a description of discretion as a mere arbitrary choice would be. It seems to me clear that just because there is a

244 T. Nagel, *Mortal Questions*, *op. cit.*, p. 135.

245 N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, *op. cit.*, p. 282-283.

246 M. Bagaric, *Punishment and Sentencing: A Rational Approach*, London, Sydney: Cavendish Publishing Limited, 2001, p. 49.

247 “we are unable to consider before particular cases arise precisely what sacrifice or compromise of interests or values we wish to make in order to reduce the risk of harm.” (H.L.A. Hart, “Discretion”, *art. cit.*, p. 663.)

point at which we can no longer be guided by principles and at the best can only ask for the confirmation of our judgment by persons who have submitted themselves to a similar discipline before deciding, that we have in discretion the sphere where arguments in favour of one decision or another may be rational without being conclusive. [...] What would most merit examination in this field, I think, is the study of what standards we appeal to when looking back upon a range of discretionary decisions we say typically such things as, "That was a satisfactory compromise between different values." Do we here appeal to the judgment of a plurality of impartial spectators, or are there more determinate principles at work²⁴⁸?

Nor, according to Hart, can it be demonstrated that the decision taken is the right one: "No doubt because a plurality of such principles is always possible it cannot be *demonstrated* that a decision is uniquely correct²⁴⁹ [...]." Indeed, as we saw earlier, individuals do not necessarily give the same weight to the same values. In his posthumous paper on discretion, Hart takes the example of a person who organizes a dinner party and wonders whether he should give priority to the comfort of the guests or the beauty of the table. He writes:

There is not [...] a clear right or wrong. Of the hostess' situation we should say honest and sensible persons may take different views, and though there are arguments weighing in favour of one or other course, these are not conclusive though they have weight²⁵⁰.

In a passage devoted to judicial reasoning, hard cases, and the choice the judge must make when the rule is not explicit, Hart says:

Yet however it may be in moral argument, in the law it seems difficult to substantiate the claim that a judge confronted with a set of conflicting considerations must always assume that there is a single uniquely correct resolution of the conflict and attempt to demonstrate that he has discovered it²⁵¹.

There is no doubt that Hart believes that what applies to law, in this case, also applies to morals²⁵². However, even if there is no right or wrong solution, we can make our decision

248 H.L.A. Hart, "Discretion", *art. cit.*, p. 665.

249 *CL*, p. 205.

250 H.L.A. Hart, "Discretion", *art. cit.*, p. 659.

251 *EJP*, p. 108.

252 "philosophers may dispute the claim that as a matter of logical coherence anyone who attempts to answer a question of value [...] must, in order to give sense to such questions, assume that there is a single objective right answer in all such cases." (*EJP*, p. 140.)

acceptable or understandable. How? By deploying certain “judicial virtues” (the term “virtues” is important because it again echoes Aristotle): “impartiality and neutrality in surveying the alternatives; consideration for the interest of all who will be affected; and a concern to deploy some acceptable general principle as a reasoned basis for decision²⁵³.”

The same can be said differently. If the decision is challenged, it can be defended in two ways. Firstly, it can be justified by explaining how it was taken: all important data were carefully examined; each scenario was considered; experienced people were consulted; similar cases were taken into consideration. As Hart writes:

To defend the choice along these lines is to appeal primarily to the manner in which the choice has been reached and the honest attempt to give effect to such controlling principles or values as applied to the case and to strike impartially some compromise between them where they conflicted. This is to say that for choices of this kind we have a fairly definite idea of what are the optimum conditions for reaching a sound decision though we do not have a clear idea of what the right or wrong choice is²⁵⁴.

Secondly, the decision can be vindicated by results: it was a reasonable choice, since everyone is now satisfied.

As we can see, Hart seeks to avoid, as usual, two extremes: arbitrary choice and mechanical decision²⁵⁵. He does not give us a miracle solution for resolving value conflicts (because it is impossible in advance and because there is no good solution), but rather tells us in what state of mind we should approach them, what virtues should be deployed. Our model must be the judge showing moral judgment: “To a judge striking the balance among these claims, with all the discretion and perplexities involved, his task seems as plain an example of the exercise of moral judgment as could be²⁵⁶ [...]”

We could regret that Hart did not give us a more accurate answer. However, it is important for Hart that we face up to our responsibilities rather than shirk them, that we are aware of the need to choose and that the autonomy of the individual is respected: we can “[impose] only

253 *CL*, p. 205.

254 H.L.A. Hart, “Discretion”, *art. cit.*, p. 660.

255 *CL*, trad. fr., p. 222.

256 *EJP*, p. 70.

limits on our choice and not the choice itself²⁵⁷". In *The Concept of Law*, Hart writes that the vice of formalism "consists in an attitude to verbally formulated rules which both seeks to disguise and to minimize the need for such choice, once the general rule has been laid down²⁵⁸". In my view, theories that ambitiously attempt to resolve conflicts before they arise have a similar flaw.

5. Hart's anti-reductivist stance

Before concluding this Chapter and announcing the plan of my dissertation, I would like to show that my contention that Hart is a moral pluralist is consistent with the rest of his work. Indeed, Hart constantly criticizes monism in all its forms.

A first example of this is found in his theory of legal rules²⁵⁹. In *The Concept of Law*, Hart attacks the thesis that all varieties of legal rules, including those conferring powers, can be reduced "to a single form alleged to convey the quintessence of law²⁶⁰". For instance, Austin holds that legal rules are orders backed by threats and Kelsen holds that they are conditional orders to officials to apply sanctions. Hart opposes these views and contends that there are at least two irreducible types of legal rule in modern legal systems: power-conferring rules and duty-imposing rules. For Hart, we have to free ourselves from the "prejudice that all [rules] *must* be reducible to a simple type²⁶¹", from "the itch for uniformity²⁶²", from "[t]his oversimplifying 'reductionist' drive, so often found to be a snare in many other branches of philosophy²⁶³".

Second example, his theory of decriminalization. According to Mill, someone can live as he wishes as long as he does not harm others. We have no right to restrict his freedom simply because he harms himself, or because that would make him happier, or because his conduct is immoral, etc.: "the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community, against his will, is to prevent harm to others²⁶⁴." In his

257 *EJP*, p. 87.

258 *CL*, p. 129.

259 L. Green, "Jurisprudence for Foxes", *art. cit.*, p. 152.

260 *CL*, p. 38.

261 *CL*, p. 32.

262 *CL*, p. 32.

263 H.L.A. Hart, "Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 105, n° 7, 1957, p. 959.

264 J.S. Mill, *On Liberty*, *op. cit.*, p. 94.

debate with Lord Devlin, Hart says explicitly that his own view is *not* that of Mill. Though prevention of harm to others is indeed a valid ground for the use of compulsion, it is not the only one. For instance, Hart does not condemn physical paternalism or soft paternalism. He rejects monistic approaches seeking for a single criterion:

Mill's formulation of the liberal point of view may well be too simple. The grounds for interfering with human liberty are more various than the single criterion of "harm to others" suggests: cruelty to animals or organizing prostitution for gain do not, as Mill himself saw, fall easily under the description of harm to others. Conversely, even where there is harm to others in the most literal sense, there may well be other principles limiting the extent to which harmful activities should be repressed by law. *So there are multiple criteria, not a single criterion, determining when human liberty may be restricted*²⁶⁵.

The third and last example is his theory of causation. The starting point of Hart & Honoré's analysis is that "there is not a single concept of causation but a group or family of concepts"²⁶⁶. They identify three irreducible types of causal relations. 1/ Interfering with the natural course of events (e.g. the forest is burning because someone threw a cigarette in so). 2/ Inducing someone to do something (e.g. I gave my wallet to the thief because he ordered me to do it). 3/ Providing someone with an opportunity to do something (e.g. a thief stole my television because I left the doors of my house unlocked).

Everywhere we find what Raz calls Hart's "anti-reductivist stance"²⁶⁷. Everywhere we find this primacy of "complexity" over "simplicity" which is characteristic of ordinary language philosophy²⁶⁸. This last point is worth emphasizing. Hart's penal philosophy, as well as the analytical method of distinguishing problems and the moral pluralism on which it is based, derives from this desire not to simplify anything, to "do justice to the complexity of the facts"²⁶⁹. Indeed, Hart writes that his "Prolegomenon" aims only to develop our "sense of the

265 H.L.A. Hart, "Immorality and Treason", *The Listener*, 62 (30 July 1959), p. 162-163. Reimpressed in R.M. Dworkin (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1977, p. 85, my italics.

266 *CIL*, p. 28.

267 J. Raz, "H.L.A. Hart (1907-1992)", *Utilitas*, vol. 5, n° 2, 1993, p. 147.

268 "No other variety of linguistic philosophy was as radical as Wittgenstein on the subject of proof. But there was that strain which they all shared with him of recovering the complexity of ordinary experience. The idea of clarity, here, is connecting with substituting complexity for obscurity. Philosophy is allowed to be complex because life is complex. And one of the great accusations against previous philosophers is that although they've been dark, difficult and solemn, what they've actually done is vastly to over-simplify." (B. Williams, B. Magee, "The Spell of Linguistic Philosophy: Dialogue with Bernard Williams", in B. Magee, *Talking Philosophy: Dialogues with Fifteen Leading Philosophers*, Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 118.)

269 H.L.A. Hart, "Theory and Definition in Jurisprudence", *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 29,

complexity of punishment²⁷⁰”, that punishment is “complex institution²⁷¹” presenting different inter-related features calling for separate justification²⁷².

Here is the outline of my dissertation. In Chapter 1, I address the question of definition. My starting point is Hart's definition of punishment in “Prolegomenon to the Principles of Punishment”. After having contextualized this definition, I explain why definitions—and more generally logical arguments—are unhelpful to dispel our perplexities about punishment. In a second step, I rework Hart's definition to propose a more inclusive one. I scrutinize Feinberg's famous objection that Hart's definition does not account for the expressive character of punishment. Finally, I make some important distinctions for the rest of the discussion: punishment/practice of punishment, punishment/penal system, punishment/criminal law, punishment/measure, etc.

In Chapter 2, I move on to the question of justification. After having clarified this issue, I set out Bentham's justification of punishment because Hart accepts it and I try to verify whether the demanding conditions it lays down are met. In a later stage, I explain why Hart rules out the retributive justification and the expressivist justification. Finally, I present the right-based justification implicit in “Are There Any Natural Rights?” and *Essays on Bentham* and I connect it to pluralism about forms of moral reason.

In Chapters 3.1 and 3.2, I try to solve the question of distribution. In Chapter 3.1, concerning criminal responsibility, I proceed in four stages. Firstly, I look for the origin of Hart's rule of responsibility and I explain why it owes much to ordinary language philosophy (J.L. Austin and Ryle). Secondly, I clarify the meaning of each component of Hart's rule of responsibility. Thirdly, I examine Hart's pluralistic justification of this rule: I show why it is not based on the principle of utility but on two values, freedom and justice. Fourthly, I study the relationship between Hart's rule of responsibility and determinism.

1955, p. 261.

270 *PR*, p. 3.

271 *PR*, p. 4.

272 In the same vein, he argues in *Law, Liberty and Morality* that “in the theory of punishment, what is in the end morally tolerable is apt to be more complex than our theories initially suggest” (*LLM*, p. 38). Finally, in “Intention and Punishment”, he says that we should attend more closely to positive law “to avoid the dangers of over-simplification” (*PR*, p. 114).

In Chapter 3.2, concerning the quality and the quantity of punishment, I follow a similar path. I clarify the meaning of the principles defended by Hart regarding the quantity and the quality of punishment, namely ordinal proportionality, humanity, equality of treatment and individualization of punishment. I stress that some principles apply at the legislative level, others at the judicial level. In a second step, I examine Hart's pluralistic justification of these principles and his opposition to utilitarian monism.

In Chapter 4, the last Chapter, I focus on the Hart/Wootton debate. I explain why this debate is not only about the doctrine of *mens rea*, but more generally about the merits of the penal system: why not replace it with an entirely forward-looking preventive system? I present Wootton's alternative and her defence of it. Finally, I examine Hart's ambiguous objections and the significant concessions he makes to Wootton.

I will end this introduction with a pastiche. It is with some sense of audacity that I venture to address an Anglo-American audience on the theme of Hart's penal philosophy. You may well think that justice could not possibly be done to so huge a subject, and that if it is to be done at all, it is for a British or an American and not for a French student to do it. I confess I have no very convincing answer to this objection except to say that there are important aspects of even very large mountains which cannot be seen by those who live on them but can be caught easily by a single glance from afar²⁷³.

273 *EJP*, p. 123.

Chapter 1: The definition of punishment

Table

I. Hart's definition of standard punishment.....	60
1. Hart's reflections on definitions.....	61
a) The methods of definition.....	61
b) The importance of definitions.....	64
2. The origins of Hart's definition.....	65
3. Quinton's subterfuge.....	67
4. Rawls' logical argument.....	68
II. A revision of Hart's definition.....	70
1. Must punishment involve consequences normally considered unpleasant?.....	71
2. Must punishment be for an offence against legal rules?.....	72
3. Must punishment be of an actual or supposed offender for his offence?.....	74
4. Must punishment be intentionally administered by human beings other than the offender?.....	76
5. Must punishment be imposed and administered by an authority constituted by a legal system against which the offence is committed?.....	78
6. The expressivist objection.....	79
a) Feinberg's criticism.....	79
b) Hart's reply.....	80
i) Is Hart an expressivist about punishment?.....	80
ii) Hart's criticism of Stephen's expressivism.....	84
c) The part of the truth in Feinberg's thesis.....	87
III. Conceptual distinctions.....	90
1. The act of punishing versus the practice of punishing.....	90
2. The practice of legal punishment versus the penal system.....	91
3. Legal punishment versus criminal law.....	92
4. Punishment versus threats.....	93
5. Punishment versus taxes.....	94
6. Punishment versus measures.....	95

This Chapter will be devoted to the definition of punishment. It will be based mainly on the definition of standard punishment given by Hart in his “Prolegomenon to the Principles of Punishment”. It is essential to start there and, above all, not to fail at this preliminary stage. Indeed, the question of justification cannot be correctly answered if we do not know precisely what punishment is and what it is not. There is a logical priority of the question of definition over the question of justification¹. Does this challenge Hart's method of distinguishing problems and addressing them separately? Not really, since the definition of punishment alone does not allow us to solve the normative question of its justification (nor that of its distribution): it only “prepares the ground”. In other words, once we know precisely what

¹ “a clear understanding [...] is, I think, an important preliminary to any useful moral criticism of law.” (*CL*, p. 240.) See also: “But careful analysis is a necessary precondition of any rationally persuasive discussion of the value questions.” (N. MacCormick, *H.L.A. Hart*, Stanford: Stanford University Press, 2008, p. 172.)

punishment is and what distinguishes it from related practices or notions, we can ask ourselves if it is justified, we can put forward one or more justifications.

Another reason why it is very important to define punishment rigorously is that the Hart/Wootton debate ultimately focuses on whether the penal system, whose main mission is to *punish*, is preferable to a preventive system, whose mission is to *take preventive measures*. What is the difference between a punishment and a measure? Is this distinction clear?

In this Chapter, I will proceed in three steps. Firstly, I will examine the origins of Hart's definition of standard punishment and the place of logical arguments in the debates on punishment in the 1950s. In a second step, I will rework Hart's definition point by point to propose a more inclusive definition of punishment; I will devote a long subpart to Feinberg's objection that Hart's definition does not account for the "expressive" nature of punishment. In the final step, I will make several crucial conceptual distinctions that are not sufficiently explained by Hart.

I. Hart's definition of standard punishment

Hart's definition of punishment presents itself as a list of the cardinal features of standard punishment²:

- 1/ It must involve consequences normally considered unpleasant (such as pain).
- 2/ It must be for an offence against legal rules.
- 3/ It must be of an actual or supposed offender for his offence.
- 4/ It must be intentionally administered by human beings other than the offender.
- 5/ It must be imposed and administered by an authority constituted by a legal system against which the offence is committed.

Hart specifies that all these features, more precisely features n°2, n°3 and n°5 are not always present. Certain non-standard punishments, e.g. punishment in schools, are not inflicted for an offence against legal rules. Certain non-standard punishments, e.g. collective punishment, are not (only) inflicted upon an actual or supposed offender for his offence. Certain non-standard

² *PR*, p. 5.

punishments, e.g. decentralized sanctions (“the resort to war or forceful retaliation by a state which claims that its rights under international law have been violated by another³”), are not imposed and administered by an authority constituted by a legal system against which the offence is committed.

It should be noted that “punishment” can mean two things: either the act of punishing or the result of that act⁴. (This also applies to other words, for example, “humiliation”, which means both the act of humiliating and the result of that act.) It is clear that, in his definition, Hart is more interested in the act than the result. He defines *the standard act of punishing*.

Hart's definition is disconcerting. To better understand it, I will summarize Hart's reflections on definitions and explore its origins.

1. Hart's reflections on definitions

Hart was very interested in definitions, especially between his return to Oxford and the publication of *The Concept of Law*⁵. Here are his two main theses on this topic: 1/ the usual methods of definition used by philosophers are inadequate; 2/ philosophers overestimate the importance of definitions.

a) The methods of definition

Hart criticizes two methods of definition: the logician's method, i.e. in terms of individually necessary and jointly sufficient conditions; Aristotle's method, i.e. *per genus et differentiam*. (These two methods are maybe two “modes of presentation” of the same method.)

The criticism of the method of definition in terms of individually necessary and jointly sufficient conditions is a commonplace of ordinary language philosophy. I do not need to dwell on it. Hart read Wittgenstein with enthusiasm and explicitly refers⁶ to the famous §66 of the *Philosophical Investigations* introducing the notion of “family resemblance”. He also read

3 CL, p. 233.

4 J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, London: Robert Heward, 1830, p. 2, note.

5 See, for instance, the title of his inaugural lecture, “Definition and Theory in Jurisprudence”, in *EJP*, p. 21-48.

6 CL, p. 280.

Waismann and borrowed from him the notion of “open texture”. His original contribution to this criticism can be found in “The Ascription of Responsibility and Rights”. Hart holds that most of legal concepts cannot be defined in terms of necessary and sufficient conditions because they are “defeasible”, i.e. there are always exceptions (which are expressed by the word “unless” and cannot all be anticipated) that may defeat their application⁷.

Hart's criticism of the method of definition *per genus and differentiam* is influenced by Bentham. For Bentham, this method is often inadequate because the *definiendum* cannot always be subsumed under a superior *genus*⁸. Hart adds that definitions *per genus et differentiam* are not always illuminating:

But it is not always available nor, when it is available, always illuminating. Its success depends on conditions which are often not satisfied. Chief among these is that there should be a wider family of things or genus, about the character of which we are clear, and within which the definition locates what it defines; for plainly a definition which tells us that something is a member of a family cannot help us if we have only vague or confused ideas as to the character of the family. It is this requirement that in the case of law renders this form of definition useless, for here there is no familiar well-understood general category of which law is a member⁹.

Hart defends several alternative methods¹⁰. The one exemplified in his definition of punishment is (what can be called) the paradigm method¹¹. The paradigm method consists in highlighting the leading features of the paradigm (central case, clear case, case where everyone would agree, etc.) of the *definiendum*¹². Some of these features are necessary (“the most obvious and uninteresting ones¹³”), some are not. In borderline cases, only some non-

7 H.L.A. Hart, “The Ascription of Responsibility and Rights”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 49, 1949, p. 174-175.

8 *EJP*, p. 31, note 11.

9 *CL*, p. 15.

10 I will not talk here about the method of paraphrase he borrows from Bentham.

11 H.L.A. Hart, “Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 105, n° 7, 1957, p. 968. Kramer speaks of the “central-instance method” (M.H. Kramer, *H.L.A. Hart: The Nature of Law*, Cambridge: Polity Press, 2018, p. 8).

12 H.L.A. Hart, “Discretion”, *Harvard Law Review*, vol. 127, n° 2, 2013, p. 653.

13 H.L.A. Hart, “Theory and Definition in Jurisprudence”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 29, 1955, p. 251. This does not contradict his thesis on defeasibility. For a valid contract to exist, some conditions must be met (at least two parties, an offer by one, etc.). However, “these conditions, although necessary, are not always sufficient and he has still to learn what can defeat a claim that there is a valid contract, even though all these conditions are satisfied” (H.L.A. Hart, “The Ascription of Responsibility and Rights”, *art. cit.*, p. 175).

necessary cardinal features of the paradigm are present (and that is why we are reluctant to put them in the same category). Let us take the example of the expression “legal system”. The main features of the paradigm of a legal system, i.e. a municipal legal system of an advanced modern society, are¹⁴:

- 1/ Courts.
- 2/ Rules conferring jurisdiction on Courts and providing for the appointment and conditions of tenure of judicial office.
- 3/ Rules of procedure for Courts.
- 4/ Rules of Evidence for Courts.
- 5/ Substantive civil laws.
- 6/ Substantive criminal law.
- 7/ A Legislature.
- 8/ Constitutional rules providing criteria valid for the system for the identification of the rules of the system (sources of law).
- 9/ Sanctions.
- 10/ Possibility of argument.
- 11/ Universality of scope.
- 12/ The criminal laws must contain certain minimum vetoes against the use of personal violence.
- 13/ The criminal or civil laws or both must provide for a minimum form of property or possession.

Among these features, rules are a necessary condition which is present both in the standard case and in borderline cases¹⁵. (It must be emphasized that Hart does not exclude the existence of necessary conditions and in this respect, he is less radical than Wittgenstein¹⁶.) On the contrary, sanctions, possibility of argument and universality of scope are not necessary conditions. For instance, international law does not have centrally organized sanctions¹⁷.

14 H.L.A. Hart, “Theory and Definition in Jurisprudence”, *art. cit.*, p. 252.

15 H.L.A. Hart, “Theory and Definition in Jurisprudence”, *art. cit.*, p. 252.

16 This view is compatible with the idea that legal concepts are defeasible. Indeed, for the existence of a valid contract, there must be two parties, an offer by one, acceptance by the other, etc. But “these conditions, although necessary, are not always sufficient and [the student] has still to learn what can defeat a claim that there is a valid contract, even though all these conditions are satisfied” (H.L.A. Hart, “The Ascription of Responsibility and Rights”, *art. cit.*, p. 175).

17 *CL*, p. 216-220.

b) The importance of definitions

The reason why Hart spends so little time on the definition of punishment and just borrows more or less Flew's definition is that he believes that definitions are unable to dispel philosophical perplexities¹⁸. What he says about the notion of the State applies perfectly to the notion of punishment:

An example of this situation is, I think, discussion of what the State is; there is little disagreement that the State is in fact an organization of persons living on a territory under a certain type of legal system: the real dispute is more as to what form the State should take consistent with these primary features and what we want the State to [do] for us. In these cases I agree that the fundamental questions get misrepresented when posed as mere questions of definition¹⁹.

This does not mean that definitions are useless. On the contrary, they have a threefold interest. Firstly, like people who know how to navigate a city but are unable to draw a map of it, we know how to use our concepts but are unable to cite the rules that govern their use. Thus, definitions can be used as a map. Indeed, when you know how to define a word, you can *explain* why in some cases it can be applied and in other cases it cannot²⁰.

Secondly, they may give us some knowledge of the *definiendum* itself. When I say to a child that an elephant is a quadruped distinguished from others by its possession of a thick skin, tusks, and trunk, I give him elementary information about elephants²¹. Let us imagine that we ask a man who is observing a battle with binoculars if he is interested in the battle or the image in the binoculars. This man will answer that he is interested in both, that he adjusts the image to better see the battle. Similarly, conceptual analysis allows us to refine our knowledge of what we are talking about:

It seems to me that similarly in pursuing analytical inquiries we seek to sharpen our awareness of what we talk about when we use our language. There is no clarification of concepts which

18 *CL*, p. 5.

19 H.L.A. Hart, "Discretion", *art. cit.*, p. 654.

20 *CL*, 14. Hart takes this image from Ryle, who uses it in *The Concept of Mind*, London: Routledge, 2009, p. lx.

21 *CL*, p. 14.

can fail to increase our understanding of the world to which we apply them. The successful analysis or definition of complex or perplexing terms or forms of expression have certainly some of the essential elements of the discovery of fact, for in elucidating any concept we inevitably draw attention to differences and similarities between the type of phenomenon to which we apply the concept and other phenomena²².

Thus, the definition of punishment gives us elementary information about punishment, which reveals in part why it is objectionable.

Thirdly, as explained at the beginning of this Chapter, before embarking on a justification process, it is important to explain what you are trying to justify. The significance of the justification will be very limited if what you mean by “punishment” has nothing to do with what is commonly understood by that term.

2. The origins of Hart's definition

To elaborate his own definition of punishment, Hart drew inspiration, as he himself acknowledges, from “The Justification of Punishment” by Flew. In this paper, Flew is also interested in standard punishment. For him, at least five elements are part of the meaning of “punishment” in the primary sense²³.

Firstly, a standard case punishment “must be an evil, an unpleasantness to the victim”. Flew continues a long tradition when he says that punishment is an evil. Indeed, Hobbes defines punishment in his *Leviathan* as “an evil inflicted by public authority²⁴” and Bentham holds in his *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* that “all punishment in itself is evil²⁵”. It is worth noting that Hart does not retain in its definition the idea that punishment is an evil. There are two possible explanations. The first one is that this element is not neutral

22 H.L.A. Hart, “Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer”, *art. cit.*, p. 967. This idea comes from J.L. Austin, who is quoted in *The Concept of Law*: “When we examine what we should say when, what words we should use in what situations, we are looking again not *merely* at words (or ‘meanings’, whatever they may be) but also at realities we use the words to talk about: we are using a sharpened awareness of words to sharpen our perception of, though not as the final arbiter of, the phenomena.” (J.L. Austin, *Philosophical Papers*, Oxford: Oxford University Press, 1961, p. 130.)

23 A. Flew, “The Justification of Punishment”, *Philosophy*, vol. 29, n° 111, 1954, p. 293-295.

24 T. Hobbes, *Leviathan*, Indianapolis: Hacket Publishing Company, 1994, XXVIII, p. 203.

25 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, in *The Works of Jeremy Bentham*, Volume One, New York: Russell & Russell, 1962, p. 83.

and may not be accepted by some retributivists, since they may consider that a deserved punishment is not an evil even if it is unpleasant²⁶. The second one is that Hart, in general, reserves the term “evil” to describe the function of punishment from a retributive point of view, namely “the return of suffering for moral evil done²⁷” or “paying back moral evil done²⁸”.

Secondly, a standard case punishment “must (at least be supposed to) be for an offence”. Hart slightly specifies this element. In his view, a standard case punishment is not inflicted for any type of offence, but for an offence *against legal rules*. Here Hart could be criticized since a punishment inflicted upon a schoolboy for an offence against non-legal rules is no less standard than a punishment inflicted upon a thief for his theft, quite the opposite²⁹.

Thirdly, a standard case punishment “must (at least be supposed to) be of the offender”. Flew is aware that there are cases of miscarriage of justice. Those convicted are sometimes innocent though the authorities supposed they were guilty. Hart specifies this element again and holds that standard punishment must be of an actual or supposed offender *for his offence*. Indeed, an offender can be punished for an offence he did not commit; a rapist can be punished for a murder committed by someone else, although this is *not* a standard punishment.

Fourthly, a standard case punishment “must be the work of personal agencies”. When you get sick after eating too much, when you fall from a tree after recklessly climbing it, these inconveniences are not punishments (even if sometimes they are so called in the second degree). It is hard to know whether Hart simply wishes to reformulate this idea when he holds that punishment must be intentionally administered by human beings other than the offender. Maybe he means that the unpleasant consequences of punishment are intended as such, for in a note preceding his definition, he says (referring to Benn) that “the *deliberate* imposition of suffering [...] is the feature needing justification³⁰”.

26 D. Boonin, *The Problem of Punishment*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 6. See also: “The word ‘evil’ is misleading because it carries too much moral flavour.” (J.D. Mabbott, “Professor Flew on Punishment”, *Philosophy*, vol. 30, n° 114, 1955, p. 257.)

27 *PR*, p. 235.

28 *PR*, p. 190.

29 J. Gardner, “Introduction”, in *PR*, p. 1.

30 *PR*, p. 2, note 3, my italics.

Fifthly, a standard case punishment “has to (be at least supposed to) be imposed by virtue of some special authority, conferred through or by the institutions against the laws or rules of which the offence has been committed”. The punisher can be a parent, a judge, a referee, etc. Hart narrows this element. He argues that a standard case punishment is not inflicted by any kind of authority, but by an authority *constituted by a legal system*. Again, he can be criticized since a punishment inflicted upon a child by his parents is no less standard than a punishment inflicted upon a thief by a judge.

The examples of non-standard punishment given by Flew are close to those given by Hart: collective punishment, punishment of scapegoats, punishment by an unauthorized busybody, punishment under retrospective or immoral laws, etc. Furthermore, the reasons why Flew is interested in standard punishment are also close to those of Hart. Flew considers that “punishment” is a *vague* term “because in several directions there is no sharp line drawn at which we must stop using it³¹”; an *open-textured* term “because many questions of its applicability could arise over which even full knowledge of current correct usage might leave us at a loss³²”; and a term *involving several logically independent criteria* because “the word may be applied, and correctly, where one criterion is definitely not satisfied³³”.

Thus, the main differences between Hart's definition and Flew's definition are due to the fact that for Hart, but not for Flew, the paradigm of punishment is *legal* punishment.

3. Quinton's subterfuge

Hart is almost as famous for his definition of punishment as for his criticism of Quinton's argument based on what Quinton believes is the definition of punishment. Quinton tries to defend utilitarianism against the objection that is tirelessly addressed to it, namely the punishing the innocent objection. For Quinton, utilitarianism does not have this implication or more precisely cannot logically have this implication because it is logically impossible to punish the innocent. Just as the concept of *knowledge* excludes knowing something false, the concept of *punishment* excludes punishing the innocent: “The infliction of suffering on a

31 A. Flew, “The Justification of Punishment”, *art. cit.*, p. 291.

32 A. Flew, “The Justification of Punishment”, *art. cit.*, p. 291.

33 A. Flew, “The Justification of Punishment”, *art. cit.*, p. 292.

person is only properly described as punishment if that person is guilty³⁴.” Of course, just as you can *believe* something false, you can *lock up* or *execute* the innocent, but you cannot *punish* him.

Flew describes this argument as a “definitional joker³⁵” and Hart, who again was probably influenced by Flew, describes it as a “definitional stop³⁶”. It has three defects. Firstly, it is false that it is logically impossible to punish the innocent. If the law so provides, a criminal's entire family can be punished and it is not strange to say that his children and his wife were *punished* for his offence though they were innocent. However, this is a non-standard case of punishment.

Secondly, even if it were true, this argument only postpones the problem instead of solving it. Those who accuse utilitarianism of justifying the punishment of the innocent could reply: “You are not showing that utilitarianism does not have this implication, whatever its name. If you prefer, utilitarianism justifies the *telishment* of the innocent, which is just as much problematic³⁷.”

Thirdly, if we say from the outset that it is logically impossible to punish an innocent, we lose an opportunity to ask ourselves why we are attached to a system that refuses strict liability, vicarious or collective punishment. Why is this so important? As Hart writes about Wootton (and this is one of the reasons he congratulates her): “she has forced her opponents (in some cases apparently for the first time) to ask themselves precisely why they value the doctrine of *mens rea* in a system of criminal law, and precisely why strict liability is odious³⁸.”

4. Rawls' logical argument

34 A.M. Quinton, “On Punishment”, *Analysis*, vol. 14, n° 6, 1954, p. 137. In fact, Quinton's thesis is a little more subtle than that. He concedes that we can say “They punished him for something he did not do”. His point is rather that it is absurd to say *in the first person* and *in the present tense* “I am punishing you for something you have not done”.

35 A. Flew, “The Justification of Punishment”, *art. cit.*, p. 292.

36 *PR*, p. 5.

37 Bentham also criticized this kind of argument: “This, however, is but a question of words. Take any lot of evil you will, such as it is, it is, whatsoever be its name. Say that it *is punishment*, the reason for avoiding to produce it, if unavoidable, will not be stronger; say that it is *not punishment*, the reason for avoiding to produce it, if avoidable, will not be the weaker.” (J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, *op. cit.*, p. 282.)

38 H.L.A. Hart, “Review: Barbara Wootton, *Crime and the Criminal Law*”, *The Yale Law Journal*, vol. 74, n° 7, 1965, p. 1325.

A thesis very close to Quinton's is that of the young Rawls, as he himself admits³⁹. Indeed, Rawls also tries to rescue utilitarianism by showing that the punishment of the innocent is logically excluded, though he does not fall into the trap of the definitional stop⁴⁰. As he puts it at the end of "Two Concepts of Rules": "The point I have been making is rather a logical point⁴¹."

Rawls distinguishes between two conceptions of rules: the *summary conception* and the *practice conception*. I will focus here on the practice conception. Rules corresponding to this conception *define* a practice that would not exist without them. They are *constitutive rules* like the rules of chess⁴². In order to play chess, it is necessary to respect the rules of the game and, without these rules, it would be impossible to checkmate, it would be impossible to describe a move *as* a checkmate.

Rawls' argument is often misunderstood because it is overshadowed by the first part of "Two Concepts of Rules". Rawls contends that the rules of the penal institution (which should be chosen in accordance with the principle of utility), especially the rule that punishment may be applied only to an offender for his offence, are constitutive rules; therefore, it is necessary to follow these rules in order to punish: "If one wants to do an action which a certain practice specifies then there is no way to do it except to follow the rules which define it⁴³." Just as a football player cannot logically score a goal by throwing the ball into the goal with his hands (the point will not count), a judge cannot logically punish an innocent even if he thinks that it is a necessary evil (his decision will be null and void). As Rawls puts it:

One fails to see that a general discretion to decide particular cases on utilitarian grounds is incompatible with the concept of a practice; and that what discretion one does have is itself defined by the practice (e.g., a judge may have discretion to determine the penalty within certain limits). The traditional objections to utilitarianism which I have discussed presuppose the attribution to judges [...] of a plenitude of moral authority to decide particular cases on

39 "While this paper was being revised, Quinton's appeared [...]. There are several respects in which my remarks are similar to his." (J. Rawls, "Two Concepts of Rules", *The Philosophical Review*, vol. 64, n°1, 1955, p. 4, note 4.)

40 "The real question, however, is whether the utilitarian, in justifying punishment, hasn't used arguments which commit him to accepting the infliction of suffering on innocent persons if it is for the good of society (whether or not one calls this punishment)." (J. Rawls, "Two Concepts of Rules", *art. cit.*, p. 9.)

41 J. Rawls, "Two Concepts of Rules", *art. cit.*, p. 32.

42 J. Searle, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge: Cambridge University Press, 1969, p. 33-42.

43 J. Rawls, "Two Concepts of Rules", *art. cit.*, p. 26.

utilitarian grounds. But once one fits utilitarianism together with the notion of a practice, and notes that punishment and promising are practices, then one sees that this attribution is logically precluded⁴⁴.

While for Quinton the punishment of the innocent is excluded by the rules constitutive of the concept of punishment, for Rawls the punishment of the innocent is excluded by the rules constitutive of the penal institution. In both cases, the punishment of the innocent is excluded *a priori*. One can say in advance that innocents will not be punished (except by mistake): the rules of language or the rules of the penal institution preclude it.

While Rawls' argument is more sophisticated and powerful than Quinton's, it is no less problematic. Hart very quickly mentions one problem with this argument⁴⁵. During a football game, a player can easily score a point by cheating with the referee's complicity. Similarly, during a trial, a judge may very well convict an innocent by violating criminal procedure with the complicity of the authorities. The rules of the penal institution indeed exclude the punishment of the innocent, just as the rules of chess exclude that the bishop jump over another piece. However, these are only rules; it is always possible to circumvent them, especially when you are in charge of applying them.

Thus, it is wrong to equate Hart's position with that of Rawls, because they are totally different. Hart proposes a moral examination of the punishing the innocent issue, while Rawls proposes a logical solution to this issue. More than the definitional stop, what Hart rejects is the *logical stop*: answering the punishing the innocent objection by arguing that it is logically precluded.

II. A revision of Hart's definition

Hart's definition is not very convincing as a definition of standard punishment but is more convincing as a definition of standard *legal* punishment, i.e. the standard act of legally punishing. However, we can try to find a more ambitious definition of legal punishment that includes both standard and non-standard cases. As seen above, Hart himself admits that some features of the *definiendum* may be individually necessary. What are the necessary features of

⁴⁴ J. Rawls, "Two Concepts of Rules", *art. cit.*, p. 30.

⁴⁵ *PR*, p. 12.

legal punishment? Hart's examples of non-standard punishments show that conditions n°2, n°3 and n°5 are not necessary. Does this mean that conditions n°1 and n°4 are necessary? Are they the only ones?

1. Must punishment involve consequences normally considered unpleasant?

At first glance, yes. You cannot be punished by being given a holiday or invited to the restaurant (unless you hate holidays or restaurants). However, can we say that the death penalty has consequences normally considered unpleasant? Is this the appropriate term? If you are dead, you no longer feel anything, neither pleasant nor unpleasant. Moreover, the execution may in some cases be painless. (Hart makes a similar remark when he says that it would be strange to criticize as "unjust" the conduct of a man guilty of gross cruelty to his child⁴⁶.)

This problem can be solved by saying that punishment must involve consequences normally considered *aversive*. Under normal circumstances, people do not want to be executed, deprived of liberty, fined, etc., because they care about their life, their liberty, their property, etc. We generally *avoid* these consequences. The idea of being executed, deprived of liberty or fined does not normally inspire enthusiasm, quite the opposite⁴⁷. If the human species were very different, if human beings would rather be locked up than be free, it would be impossible to punish them by imprisoning them⁴⁸. As behaviourists argue, punishment is an *aversive stimulus*⁴⁹. That is the reason why the legislator has to know human aversions (or at least the aversions of the population living on his territory) to enact penalties⁵⁰. Even a retributivist

46 *CL*, p. 158.

47 "'Disliked' would be a better word than 'evil' or 'unpleasant'. For even 'unpleasant' has its dangers. Most punishments nowadays are not afflictions of suffering, either physical or mental. They are the deprivations of a good." (J.D. Mabbott, "Professor Flew on Punishment", *art. cit.*, p. 257.)

48 "True, sometimes people do not find punishment unpleasant, but it makes no sense to punish by imposing conditions people desire, for example, giving them vacations or cakes." (M.D. Bayles, *Hart's Legal Philosophy: An Examination*, Dordrecht: Springer, 1992, p. 261.)

49 "Society through its legal system attaches aversive consequences to criminal behavior." (C.R. Jeffery, "Criminal Behavior and Learning Theory", *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 56, n° 3, 1965, p. 295.)

50 See Kant: "But that lawgiving which does not include the incentive of duty in the law and so admits an incentive other than the Idea of duty itself is *juridical*. It is clear that in the latter case this incentive that is something other than the Idea of duty must be drawn from *sensibly dependent* determining grounds of choice, inclinations and aversions, and among these, from aversions; for it is a lawgiving, which constrains, not an allurements, which invites." (I. Kant, *The Metaphysics of Morals*, trans. M. Gregor, Cambridge: Cambridge University Press, 1991, p. 46.)

judge could admit that when he punishes the guilty, he presents an aversive stimulus, even if he does not necessarily consider his action “under this description⁵¹”.

One could object that prison does not always involve consequences considered aversive. For instance, the number of crimes committed by senior citizens in Japan has constantly been increasing for 20 years: they commit crimes in order to be imprisoned because they perceive prison as a retirement home preferable to poverty and loneliness⁵². However, Japanese seniors who are imprisoned in accordance with their wishes are *punished* for their offence because prison involves consequences *normally* considered aversive. That some people want to go to jail does not disprove that in general we do not want to go there.

Some philosophers define punishment differently and hold that it must harm the person who is punished. As Boonin puts it: “punishment *harms* the person who is punished, where harming someone means making her worse off in some way, which includes inflicting something bad on her or depriving her of something good⁵³.” According to Bentham, punishment can harm the person who is punished in four ways⁵⁴: by affecting his person (e.g. the death penalty), his property (e.g. fines), his reputation (e.g. shaming punishments) or his condition (e.g. loss of rights).

Is this definition superior? The two definitions are closely related. The things people normally have an aversion to are those that affect their life, their property, their reputation or their condition. However, there may be things that are *not harmful but aversive* and things that are *not aversive but harmful*. Now, there can be punishment in the first case, but not in the second. For instance, it is conceivable to punish drug addicts by depriving them of drugs (though depriving them of drugs is helpful and can save them), but it is not conceivable to punish drug addicts by drugging them (though drugging them is harmful and can kill them). Thus, Hart's revised condition seems to be more inclusive.

2. Must punishment be for an offence against legal rules?

51 G.E.M. Anscombe, *Intention*, Second Edition, Cambridge: Harvard University Press, 1957.

52 BBC, “Why some Japanese pensioners want to go to jail”, 31 January 2019, <https://www.bbc.com/news/stories-47033704>.

53 D. Boonin, *The Problem of Punishment*, *op. cit.*, p. 7.

54 J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, *op. cit.*, p. 17.

Within the rule of law, legal punishment must be for an offence against legal rules. The punishing authority cannot punish someone for an immoral or sacrilegious act if this act is not also prohibited by law. However, in an absolute monarchy, someone may be imprisoned simply because he did something the king disliked though his act is not prohibited by law. We can give the example of the famous “*lettres de cachet*” before the French Revolution⁵⁵.

Nonetheless, Hart's second condition contains some truth. Punishment must be inflicted for something which is the subject of an accusation whether it happened or not. Let me explain this idea step by step.

1/ Punishment must be inflicted *for* or *on account of* something. Punishment is essentially reactive. This does not mean that Paul's murder is the *cause* of his punishment, but that Paul's murder is the *motive* of his punishment. It is impossible to punish without motive. If you lock up someone without reason (“I just wanted to, that's all”), you do not punish him, but you are sadistic⁵⁶.

Furthermore, the motive of punishment must be backward-looking. Backward-looking motives differ from motives-in-general or forward-looking motives⁵⁷. If a person who has not done anything wrong yet is locked up preventively because he is considered dangerous, you do not punish him, it is rather a “safety measure”.

Of course, when I say that it is impossible to punish without backward-looking motive, I do not mean that other motives cannot accompany this motive. A judge can punish an offender for love of justice (motive-in-general) and to prevent his reoffending (forward-looking motive). Punishment can be overdetermined.

2/ The past thing for which someone is punished must be *the subject of an accusation or charged*. If I clean a beach from its garbage, I cannot be punished for that thing, unless it is prohibited or the punisher sees it as something wrong that should not have been done. Just

55 See also: “Compare these with the decisions in a primitive society of an absolute monarch, who ruled largely by promulgated laws, but also by arbitrary decree, and who very often indicated what was an offence by punishing those who earned his displeasure.” (H.J. MacCloskey, “The Complexity of the Concepts of Punishment”, *Philosophy*, vol. 37, n° 142, 1962, p. 321-322.)

56 And that is the piece of truth in Quinton's thesis: “If a man says to another ‘I am going to punish you’ and is asked ‘what for’, he cannot reply ‘nothing at all’ [...]” (A.M. Quinton, “On Punishment”, *art. cit.*, p. 137.)

57 G.E.M. Anscombe, *Intention*, *op. cit.*, §13, p. 20-21.

because I think I have nothing to blame myself for does not mean I will not be punished: the punisher just has to find something to charge me with to punish me.

3/ The past thing charged for which someone is punished did not necessarily happen. There are three possibilities: 1/ the thing charged happened, 2/ the thing charged did not happen, but we are convinced that it happened (for example, John punishes Mary because he thinks she lied, but it turns out afterwards that she did not lie), 3/ the thing charged did not happen, but we pretend it happened (like in a rigged trial). I develop this point below.

3. Must punishment be of an actual or supposed offender for his offence?

Again, within the rule of law, punishment must be (*in theory*) of an actual or supposed offender for his offence. Hart writes “of an actual or supposed offender” because some people may be wrongfully convicted even when the standard of proof is very high (“beyond a reasonable doubt”)⁵⁸.

However, outside the rule of law (and sometimes even within the rule of law), this condition is not always respected. Several cases must be distinguished.

1/ First scenario, the offender is not punished and one or more innocent people are intentionally punished for his offence (vicarious liability). This can take place either *with resort to fraud* or *without resort to any fraud*⁵⁹. It takes place with resort to fraud for instance in a show trial. It takes place without resort to fraud for instance in the Code of Hammurabi which provides that if a builder has built a house and the house he built has fallen and caused the death of the owner's son, one shall put to death the builder's son⁶⁰. But we do not need to

⁵⁸ As Bentham puts it: “But in very particular, and those always very deplorable cases, it may by accident happen otherwise. It may happen that punishment shall have been inflicted, where, according to the intention of the law itself, it ought not to have been inflicted: that is, where the sufferer is innocent of the offence. At the time of the sentence passed he appeared guilty: but since then, accident has brought his innocence to light. This being the case, so much of the destined punishment as he has suffered already, there is no help for. The business is then to free him from as much as is yet to come.” (J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op. cit.*, p. 95.)

⁵⁹ *PR*, p. 11-12.

⁶⁰ E. Westermarck, *The Origin and Development of the Moral Ideas*, vol. I, Second Edition, London: Macmillan, 1924, p. 44. It could be objected that in this case the father is *also* punished because he is deprived of his son and that it is rather a collective punishment.

go that far: “an innkeeper is liable to punishment if his servants, without his knowledge and against his orders, sell liquor on his premises after hours⁶¹.”

2/ Second scenario, the offender is not punished for *his* offence but is intentionally punished for someone else's offence (vicarious liability, again). This scenario is illustrated in *Inspecteur Lavardin* by Claude Chabrol. At the end of the film, detective Lavardin decides to charge an individual guilty of statutory rape, drug trafficking and money laundering with the murder of a Catholic writer, even though he knows that the real perpetrator of the murder is a 13-year-old girl (who stabbed the Catholic writer while he was trying to rape her).

3/ Third scenario, the offender and one or more innocent people are intentionally punished for his offence (collective liability). History and anthropology give us many examples of family punishment, in particular in case of treason by the father of the family⁶². Hart gives the example of the Roman *Lex Quisquis*⁶³.

It should also be noted that the being who is punished is not necessarily a human being: it can be an animal or an object. For instance, Plato explains in the *Laws* that if an animal or a soulless object kills someone and if this animal or this soulless object is found guilty, then it must be killed or destroyed and banned from the territory to purify the family⁶⁴. We could also give the example of animal trials in Europe during the Middle Ages.

Thus, punishment must have a “point of application”, but this “point of application” is not necessarily a guilty human being. From a conceptual point of view, any being, human or non-human, guilty or innocent, can be punished. As Fauconnet puts it:

No single characteristic is universally required for a “being” to be able on occasion to play the role of sanctionee, i.e., for him to be judged and treated in some situation as a responsible subject. In terms of our present conceptions, the majority of “beings”, *whatever may happen*, will never become “responsible”. They lack life, or personality, or intelligence and morality —

61 *PR*, p. 221.

62 E. Westermarck, *The Origin and Development of the Moral Ideas*, *op. cit.*, p. 45-47. See also P. Fauconnet, *Responsibility: A Study in Sociology*, trans. W. Jeffrey, University of Cincinnati College of Law, 1978, Part One.

63 *PR*, p. 12.

64 Plato, *The Laws of Plato*, trans. T.L. Pangle, Chicago: The University of Chicago Press, 1988, Book IX, 873e-874a, p. 269.

the conditions *sine qua non*, in our view, for penal capacity. On the other hand, however, when we include in a single view widely-different human societies, this capacity is completely common to all, without exception⁶⁵.

4. Must punishment be intentionally administered by human beings other than the offender?

In fact, this condition contains three conditions. Firstly, punishment must be administered by human beings. Secondly, the punisher and the individual who is punished cannot be the same person. Thirdly, punishment must be administered intentionally.

1/ Punishment is not necessarily inflicted by human beings. There are punishments in the animal kingdom. For instance, some social primates can punish females who refuse to mate or try to mate with subordinate males⁶⁶.

However, there are no *legal* punishments in the animal kingdom, since there is no *legal system* in the animal kingdom. The only difficult case is that of divine punishment. If you believe that God can punish some people at the last judgment, then legal punishment must be administered not by human beings but by human or non-human *persons*.

2/ It is false that the punisher and the individual who is punished cannot be the same person. We can give the example of flagellants during the Middle Ages who practised public self-flagellation in order to atone for their sins.

However, are there any cases of *legal* self-punishment? We can imagine “participatory trials” in which the accused would be encouraged to acknowledge his wrongs and would decide for himself whether he should be punished and, if so, what should be his punishment⁶⁷. Nevertheless, even if the accused considered that he deserves to go to jail, he would not be able to do this alone.

3/ Is it possible to punish someone unintentionally? Let us imagine that the king made a

65 P. Fauconnet, *Responsibility: A Study in Sociology*, *op. cit.*, p. I-57.

66 T.H. Clutton-Brock, G.A. Parker, “Punishment in animal societies”, *Nature*, 373, 1995, p. 209-216.

67 On this theme, see N. Christie, “Conflicts as Property”, *The British Journal of Criminology*, vol. 17, n° 1, 1977, p. 1-15.

spelling mistake in his “*lettre de cachet*” and instead of imprisoning a political enemy, he imprisoned a political ally. A few months later, he realizes his spelling mistake and acknowledges that he punished by mistake, i.e. unintentionally, a political ally.

However, it is not possible to inflict punishment without intending the aversive consequences it involves. As Hart argues, “the *deliberate* imposition of suffering [...] is the feature needing justification⁶⁸”. A dentist can say to his patient “You are going to have an unpleasant time but if I could make it pleasant, I would do it” but a judge cannot say to the accused “Your stay in prison is going to be harsh but if I could make it fantastic, I would do it”. The aversive consequences of punishment are not undesired side-effects. This is what Bentham means when he says that punishment is “an evil resulting from the *direct* intention of another” and that it is “not punishment, if it be obliquely intentional on the part of the person from agency it results⁶⁹”. Indeed, as Hart points out, Bentham distinguishes between “direct intention” and “oblique intention”:

Perhaps the most famous and controversial part of Bentham's discussion of intention is his inclusion as an “indirect” or “oblique” form of intention, the case where a man foresees a certain consequence of his act as either certain or probable but does not aim at it or desire it either as an end in itself or as a means to an end, as he does when his intention is direct⁷⁰.

It should be noted that not all aversive consequences of punishment are intended. Indeed, punishment often causes many collateral damages. For example, when a father is imprisoned, his family can be extremely weakened; when a prisoner comes out of prison, his social reintegration is very complicated, he becomes a kind of second-class citizen⁷¹. Such collateral damages, by definition, are not intended⁷². The aversive consequences intended are, in general, those specified by the criminal law, for example deprivation of liberty if the law provides for prison in the case of violent robbery, or those pronounced by the judge.

68 *PR*, p. 2, note 3, my italics.

69 J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, *op. cit.*, p. 2.

70 H.L.A. Hart, “Bentham's Principle of Utility and Theory of Penal Law”, in *The Collected Works of Jeremy Bentham: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. cii-ciii.

71 E.I. Kelly, *The Limits of Blame*, Cambridge: Harvard University Press, 2018, p. 7.

72 See A.J. Kolber, “Unintentional Punishment”, *Legal Theory*, vol. 18, n° 1, 2012, p. 1-29.

5. Must punishment be imposed and administered by an authority constituted by a legal system against which the offence is committed?

It is false that punishment must be imposed and administered by legal authorities. Punishment is not necessarily imposed by *legal* authorities since parents can punish children and teachers can punish schoolboys. Moreover, punishment is not necessarily imposed by *authorities*, since a wife can punish her husband (and conversely) for his infidelity (revenge is a sub-type of punishment).

Nonetheless, *legal* punishment must indeed be imposed and administered by legal authorities. As Durkheim explains in *The Division of Labour in Society*, both moral sanctions and penal sanctions are repressive, but the former “are administered in a diffuse way by everybody without distinction” while the latter “are applied only through the mediation of a definite body – they are organized⁷³”. But in what does this organization consist? According to Durkheim, it consists in the establishment of a court:

The only organization met with everywhere that punishment proper existed is thus reduced to the establishment of a court of law. In whatever way this was constituted, whether it comprised the people as a whole or only an elite, whether or not it followed a regular procedure both in investigating the case and in applying the punishment, by the mere fact that the offence, instead of being judged by an individual, was submitted for consideration to a properly constituted body and that the reaction of society was expressed through the intermediary of a well-defined organism, it ceased to be diffuse: it was organized. The organization might have been more complete, but henceforth it existed⁷⁴.

To summarize, every legal punishment, whether standard or non-standard, comprises at least five elements:

- An agent: legal authorities.
- An act: the presentation of an aversive stimulus.

73 E. Durkheim, *The Division of Labour in Society*, Second Edition, trans. W.D. Halls, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2013, p. 55.

74 E. Durkheim, *The Division of Labour in Society*, *op. cit.*, p. 74.

- An intention: the aversive consequences are intended.
- A backward-looking motive: a past thing charged with.
- A patient: a being.

6. The expressivist objection

In this section, I would like to address one objection which was made to Hart's definition and that could be made to my revision of it. It is the objection that Hart's definition is incomplete because it does not account for the reprobative character of punishment, that a sixth component (for instance "It must express the community's condemnation") should be added to it. To begin with, I shall present more precisely the objection as it appears in a well-known 1965 article by Feinberg, "The Expressive Function of Punishment".

a) Feinberg's criticism

At the very beginning of "The Expressive Function of Punishment", Feinberg draws a distinction between what he calls "punishment in the emphatic sense" and "mere penalty". A prison sentence for rape is an example of punishment in the emphatic sense. A fine for illegal parking is an example of a mere penalty. What is the difference between these two?

Punishment is a conventional device for the expression of attitudes of resentment and indignation, and of judgments of disapproval and reprobation, either on the part of the punishing authority himself or of those "in whose name" the punishment is inflicted. Punishment, in short, has a *symbolic significance* largely missing from other kinds of penalties⁷⁵.

According to Feinberg, the expression of the community's condemnation is an *essential* component in legal punishment (as opposed to mere penalty), a *necessary* component to an adequate definition of punishment⁷⁶. The community's condemnation (or denunciation) is a blend of *cognition* and *emotion*, of disapproval (or reprobation) and indignation (or resentment):

75 J. Feinberg, "The Expressive Function of Punishment", *The Monist*, vol. 49, n° 3, 1965, p. 400.

76 J. Feinberg, "The Expressive Function of Punishment", *art. cit.*, p. 401 and p. 419.

At its best, in civilized and democratic countries, punishment surely expresses the community's strong disapproval of what the criminal did. Indeed it can be said that punishment expresses the judgment (as distinct from any emotion) of the community that what the criminal did was wrong. I think it is fair to say of our community, however, that punishment generally expresses more than judgments of disapproval; it is also a symbolic way of getting back at the criminal, of expressing a kind of vindictive resentment⁷⁷.

Feinberg explains that one has to distinguish between the hard treatment aspect of punishment and the denunciation aspect of punishment, although they are never separate in reality and the denunciation aspect of punishment is in itself normally unpleasant. When we send a criminal to prison, he is deprived of his liberty (hard treatment aspect) and *at the same time* the community expresses its disapproval and its indignation (denunciation aspect). Nonetheless, these aspects could be separate: one could imagine a ritualistic condemnation in which the community would express its indignation, place blame, demand an apology, etc., and which would not be accompanied by any *further* hard treatment⁷⁸.

According to Feinberg, his expressive definition of punishment can clarify some controversies, for instance over strict liability. Indeed, the reason why strict liability to imprisonment shocks us more than strict liability to fine is that the first one "has taken on the symbolism of public reprobation⁷⁹" but not the second one. The imprisonment of those who could not have acted otherwise expresses the community's disapproval and indignation and, thereby, is unfair.

b) Hart's reply

There are in Hart's writings passages that might remind us of what Feinberg says, but also one strong objection against Feinberg's position. Let us examine them in turn.

i) Is Hart an expressivist about punishment?

1/ In the notes added in 1968 at the end of *Punishment and Responsibility*, Hart explains that

77 J. Feinberg, "The Expressive Function of Punishment", *art. cit.*, p. 402-403.

78 J. Feinberg, "The Expressive Function of Punishment", *art. cit.*, p. 400 and p. 420-421.

79 J. Feinberg, "The Expressive Function of Punishment", *art. cit.*, p. 400 and p. 415.

his definition of punishment was criticized because it does not mention the fact that “punishment is a conventional device for the expression of attitudes of resentment and indignation, and of judgments of disapproval and of reprobation⁸⁰”. This is word for word Feinberg’s definition, although it is cut in half for unknown reasons. Hart also explains that one has to distinguish between the thesis that the community’s condemnation is a defining feature of legal punishment (Feinberg’s thesis) and the thesis that punishment is justified because it expresses the community’s condemnation (J.F. Stephen’s and Lord Denning’s thesis)⁸¹. Just as Hart distinguishes “retribution in general justifying aim” and “retribution in distribution”, one could distinguish between “denunciation in definition” and “denunciation in general justifying aim”.

The problem with these notes is that Hart only mentions the objection and does not say if he agrees with it. He does not modify his view in the light of Feinberg’s criticism, as he sometimes does.

2/ At the end of “Prolegomenon to the Principles of Punishment”, Hart explains that the deterrent effect of punishment is not due to the severity of punishment, but to “the disgrace attached to conviction for crime or to the deprivation of freedom⁸²”. This affirmation echoes Feinberg’s more dramatic affirmation that “the reckless motorist who is sent to prison for six months is thereby inevitably subject to shame and ignominy—the very walls of his cell condemn him and his record becomes a stigma⁸³”. However, Hart’s statement is about conviction for crime or the deprivation of freedom; it is not about legal punishment in general; it says that conviction for crime or the deprivation of freedom are disgraceful; it does not say that they have an expressive function.

3/ In *The Concept of Law*, Hart writes that “where rules exist, deviations from them are not merely grounds for a prediction that hostile reactions will follow or that a court will apply sanctions to those who break them, but are also a reason or justification for such reaction and for applying the sanctions⁸⁴”. At first reading, one could think that for Hart punishment is a form of hostile reaction. Now a hostile reaction is a reaction *expressing* or *manifesting* enmity,

80 *PR*, p. 239.

81 *PR*, p. 263.

82 *PR*, p. 27.

83 J. Feinberg, “The Expressive Function of Punishment”, *art. cit.*, p. 402.

84 *CL*, p. 84.

aggression or angry opposition⁸⁵.

But it is more complicated than that. In all the passages of *The Concept of Law* where “hostile reactions” and “punishment” (or “sanction”) appear together, Hart separates them⁸⁶: an offence can be followed by hostile reactions *or* by a punishment (if it is a criminal offence). These are two different things, although they may accumulate. The distinction between hostile reactions and punishment strongly echoes Durkheim's distinction between moral sanctions and penal sanctions. As we saw, both are repressive, but the former are administered in a diffuse way by everybody, whereas the latter are organized, that is administered only through the mediation of a definite body.

In other passages of *The Concept of Law*, Hart holds that when someone *accepts* a rule, he is disposed to *criticize* deviations from it. A critical reflective attitude is the mark of the acceptance of a rule:

What is necessary is that there should be a critical reflective attitude to certain patterns of behaviour as a common standard, and that this should display itself in criticism (including self-criticism), demands for conformity, and in acknowledgements that such criticism and demands are justified, all of which find their characteristic expression in the normative terminology of “ought”, “must”, and “should”, “right” and “wrong”⁸⁷.

Does this critical reflective attitude display itself in punishment? As can be seen in the text, it characteristically displays itself in the normative language (“You ought to”, “It is wrong to”, “You should not”, etc.). Punishment is rather a *consequence* of criticism than a form of criticism: John is punished *because* he is accused of something. Criticism is *inferred* from the sanction.

4/ In his summary of his meeting with Kelsen in Berkeley in 1961, Hart writes:

anyone who, like myself, would wish to bring into the definition of crime or delict the idea

⁸⁵ Harrap's Chambers Compact Dictionary of Contemporary English.

⁸⁶ See here: “deviations from certain types of behaviour will probably meet with hostile reaction, and in the case of legal rules be punished by officials.” (*CL*, p. 10.) Or here: “it gives this very feature a central place by defining obligation in terms of the likelihood that threatened punishment or hostile reaction will follow deviation from certain lines of conduct.” (*CL*, p. 88.)

⁸⁷ *CL*, p. 57.

that the behaviour to which sanctions are attached is unlike behaviour which is simply taxed and differs from it because it is in some way condemned, must be careful to state how in the case of any given law the presence of this factor of condemnation is ascertained⁸⁸.

What is the context of this passage? It appears in a section in which Hart criticizes Kelsen's definition of delict as "the behaviour upon which according to law a sanction becomes applicable⁸⁹". According to Hart this definition is defective because it fails to distinguish taxes and fines. Indeed, a fine is "a punishment for an activity officially condemned⁹⁰" whereas a tax is not.

In this passage Hart does not address the question of the definition of punishment but the question of the definition of delict (of crime). The text quoted above is to be read in conjunction with the section of "Prolegomenon to the Principles of Punishment" concerning the nature of an offence which *follows* the section concerning the definition of punishment. There, Hart holds that certain kinds of action are forbidden by law and made offences in order to "announce to society that these actions are not to be done⁹¹"; that criminal law sets up standards of behaviour; and that "the aim *not of punishment, but of criminal legislation* is indeed to denounce certain types of conduct as something not to be practised⁹²".

Thus, Hart may defend an expressive theory of *criminal law*, but it does not prove that he defends an expressive theory of *punishment*.

5/ To my knowledge, there is only one passage in Hart's writings which is very close to Feinberg's position. It is located in "Changing Conceptions of Responsibility", an article criticizing Wootton's proposal to eliminate *mens rea*:

The second feature distinguishing punishment from treatment is that unlike a medical inspection followed by detention in hospital, conviction by a court followed by a sentence of imprisonment is a public act expressing the odium, if not the hostility, of society for those who break the law. As long as these features attach to conviction and a sentence of imprisonment, the moral objection to their use on those who could not have helped doing what they did will

88 *EJP*, p. 301.

89 *EJP*, p. 296.

90 *EJP*, p. 299.

91 *PR*, p. 6.

92 *PR*, p. 8, my italics.

remain⁹³.

We must read this text very carefully. Hart is not speaking about punishment in general, but about prison. Moreover, Hart explains that certain public *speech acts*, namely convicting and sentencing (which is a typical *performative*, “I hereby sentence you to life imprisonment”), express the odium of society. Thus, this text is no evidence that Hart defends “denunciation in definition”.

ii) Hart's criticism of Stephen's expressivism

Hart does not directly criticize Feinberg. However, he frequently criticizes two other expressivist theories of punishment, J.F. Stephen's theory and Lord Denning's theory. Now one objection he makes to them applies to Feinberg.

In his classical *History of the Criminal Law in England*, Stephen writes:

In short, the infliction of punishment by law gives definite expression and a solemn ratification and justification to the hatred which is excited by the commission of the offence [...]. The criminal law thus proceeds upon the principle that it is morally right to hate criminals, and it confirms and justifies that sentiment by inflicting upon criminals punishments which express it⁹⁴.

Thus, punishment is for Stephen the most emphatic form in which “deliberate anger” or “righteous disapprobation⁹⁵” are expressed. Hart argues that this thesis is “sociologically very naive⁹⁶” or “may seem to hover in the air above the *terra firma* of contemporary social reality⁹⁷”. Maybe it was true in mid-Victorian England, but it is no longer the case in our

93 *PR*, p. 208. There is almost word by word the same passage in Hart's review of *Crime and the Criminal Law* by Barbara Wootton: “At present one of the features distinguishing punishment from treatment is that unlike a medical inspection followed by detention in hospital, conviction by a court followed by a sentence of imprisonment is a public act expressing the odium of society for those who break the law, or at least for their conduct in doing so. As long as this odium attaches to conviction and sentence a moral objection to their use on those who could not have helped doing as they did will always remain.” (H.L.A. Hart, “Review: Barbara Wootton, *Crime and the Criminal Law*”, *art. cit.*, p. 1330.)

94 J.F. Stephen, *A History of the Criminal Law in England*, vol. 2, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 81.

95 J.F. Stephen, *A History of the Criminal Law in England*, *op. cit.*, p. 82.

96 *PR*, p. 171.

97 *LLM*, p. 63.

democratic and pluralistic societies. Let us explain this point.

So that punishment expresses society's condemnation (that is a mix of disapproval and indignation), it is necessary that society condemns the criminal's act to the same extent. But it is almost never the case. Most often society's condemnation is nowhere to be found.

First of all, the vast majority of the population totally ignores in most of the cases that someone committed a crime, was arrested, tried and sentenced. It is only when a crime is widely publicized (a terrorist attack for instance) that the majority of the population is aware of it. In this case, it is possible to speak of a "national emotion". Our democracies are not villages where every villager knew when a crime was committed and was outraged by it⁹⁸.

Let us suppose that the majority of the population knows that a crime was committed. It is possible that society does not condemn it. For example, in France, euthanasia is an offence that carries a maximum penalty of 12 years. However, an overwhelming majority supports the legalization of euthanasia and/or assisted suicide. Hence, a conviction for euthanasia cannot express French society's condemnation. Society may also be divided. In a profoundly racist society an incitement to hatred will be condemned by one part of society and applauded by the other. As Hart summarizes:

there are necessarily many actions (quite apart from the cases of "strict liability") that if voluntarily done are criminally punishable, although our moral code may be either silent as to their moral quality, or divided. Very many offences are created by legislation designed to give effect to a particular economic scheme (e.g. a state monopoly of road or rail transport), the utility or moral character of which may be genuinely in dispute. An offender against such legislation can hardly be said to be morally guilty or to have intentionally committed a moral wrong, still less "a sin" proscribed by law⁹⁹ [...].

Let us suppose that the majority of the population knows that a crime was committed *and* condemns it. It is possible that people do not condemn it to the same extent. Many sociological studies showed that women (as opposed to men), victims (as opposed to non-

⁹⁸ "What is striking in nearly all the Scandinavian cases is the greyness, the dullness, and the lack of any important audience. Courts are not central elements in the daily life of our citizens, but peripheral [...]." (N. Christie, "Conflicts as Property", *The British Journal of Criminology*, vol. 17, n° 1, 1977, p. 3.)

⁹⁹ *PR*, p. 37.

victims), white, rich and educated people (as opposed to black, poor and uneducated people) tend to judge crimes more severely¹⁰⁰.

So in summary: people rarely know that a crime was committed; when they know, they do not necessarily condemn it or may be divided; when they know *and* condemn it, it not necessarily to the same extent. Hence, it is simply false to say that punishment, *by definition*, expresses society's condemnation.

It may be answered that punishment does not express *society's* condemnation, but *the authorities'* condemnation. However, this thesis is no less problematic than the previous one for similar reasons.

Firstly, judges are not aware of all the cases dealt with by their colleagues. On the contrary the criminal justice system is often described as a huge and cold bureaucratic machine characterized by a strong division of labour¹⁰¹.

Secondly, the fact that judges punish offences does not necessarily mean that judges condemn them. In fact the probability that a *citizen* condemns a crime is higher than the probability that a *judge* condemns a crime. Just as the sight of blood does not make surgeons uneasy after years of practice, the commission of a crime does not outrage judges after years of practice. For judges doing justice is part of a routine. To do justice is to do their job¹⁰².

Thirdly, judges can be divided. Like society, the punishing authority is not a seamless web. Judges have different political orientations and different moral views¹⁰³.

Hence, I do not think that judges would be more ready than citizens to say that punishment expresses *their* condemnation. I could be criticized for reducing society or the punishing authority to the sum of its members, a bit like Bentham¹⁰⁴. However, the Hartian argument is

100 M. Cusson, *Criminologie actuelle*, Paris: P. U. F., 1998, p. 20.

101 L. Hulsman, J. Bernat de Celis, *Peines perdues: le système pénal en question*, Paris: le Centurion, 1982.

102 "for the most part, the business of the criminal courts is dull, commonplace, ordinary and after a while downright tedious." (Bottom & McClean, *Defendants in the Criminal Process*, quoted by N. Christie, "Conflicts as Property", *art. cit.*, p. 2.)

103 Canada, Commission sur la détermination de la peine, *Réformer la sentence, une approche canadienne: Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine*, Ottawa: Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1987, p. 81-84.

104 "The community is a fictitious *body*, composed of the individual persons who are considered as constituting

not based on any particular social ontology: it assumes only that for punishment to express the disapproval and indignation of society or the punishing authority, this disapproval and this indignation must be found within one or the other. A song cannot express the melancholy of the singer if the singer is not melancholic (although the song may *be melancholic*, which is not the same thing).

In my view, Feinberg's definition (and expressive definitions more generally) is a hidden normative definition. In other words, it is influenced by a certain conception of what punishment should be, namely a public reprimand sending a message of disapproval to the convicted person.

c) The part of the truth in Feinberg's thesis

Despite its flaws, there is some truth in Feinberg's thesis: a sociological truth and a conceptual truth.

1/ The sociological truth is that certain punishments are generally infamous or ignominious. Hart's affirmations (quoted previously) that the influence of punishment is due to the disgrace attached to conviction for crime and that conviction by a court followed by a sentence of imprisonment expresses the odium of society should be seen in this light. According to the *OED* "infamy" means "bad reputation; scandalous repute; public shame or disgrace". The most obvious example of an infamous punishment is imprisonment. The reason why it is feared (unlike fines) by business leaders is that it can ruin their reputation.

However, imprisonment is not always infamous: it is not infamous for a gang leader; it cannot be infamous if you do not have a reputation to protect. Moreover, certain punishments are not in general infamous. Even though you can be ashamed of being fined, fines do not threaten your reputation. As Bentham puts it: "in the instance of pecuniary punishments, no other infamy is produced than what is necessarily attached to the offence¹⁰⁵."

as it were its *members*. The interest of the community then is, what? – the sum of the interests of the several members who compose it. It is vain to talk of the interest of the community, without understanding what is the interest of the individual." (J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op. cit.*, p. 2.)

105 J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, *op. cit.*, p. 255.

However, as Kant points out, the monopoly of criminal law enforcement by the judiciary makes the imposition of any penalty humiliating because of the unilateral nature of coercion:

In every punishment there is something that (rightly) offends the accused's feeling of honour, since it involves coercion that is unilateral only, so that his dignity as a citizen is suspended, at least in this particular case; for he is subjected to an external duty to which he, for his own part, may offer no resistance¹⁰⁶.

Instead of distinguishing between “punishments in the emphatic sense” and “mere penalties”, Feinberg should have distinguished between infamous punishments and non-infamous punishments. Moreover, he explicitly refers to this distinction in a note: “The traditional common law distinction is between ‘infamous’ and ‘noninfamous’ crimes and punishments¹⁰⁷.” The *definition* of punishment should not be confused with the *typology* of punishments. There are not two *meanings* (an emphatic one and a non-emphatic one) of the word “punishment” but there are many *types* of punishment.

Finally, we can agree with Feinberg that some punishments have a conventional meaning: for example, sending someone to prison means at the very least that he has done something serious, something reprehensible. This point will be very important for the justification of the principle of proportionality (see Chapter 3.2). In my view, it would be useful to distinguish between *expressivism* in the strict sense and *conventionalism*, the former being the idea that punishment has an expressive function, the latter being the idea that certain punishments have, by virtue of certain social conventions, a specific meaning.

2/ The conceptual truth is that it is necessary to *accuse* a person of something in order to punish him (or to accuse a relative of something in the event of collective or vicarious punishment). It makes no sense to say “I am punishing you but I am not accusing you of anything”. If there is nothing you can accuse a person of, you can harm him, you can lock him up, you can deprive him of many goods, etc., but you cannot logically describe the hard treatment you inflict upon him as a punishment, though you could speak of a “therapeutic treatment”, of a “quarantine”, of a “safety measure”, etc. Even in a show trial, it is necessary to accuse the innocent of something, for otherwise the elimination of the innocent could not

106 I. Kant, *The Metaphysics of Morals*, *op. cit.*, p. 168-169, note.

107 J. Feinberg, “The Expressive Function of Punishment”, *art. cit.*, note 3.

pass for a punishment. As Hart points out in a note concerning the etymology of the word “responsibility”: “a person who fails to rebut a charge is liable to punishment or blame for what he has done, and a person who is liable to punishment or blame has had a charge to rebut and failed to rebut it.” (*PR*, p. 265.)

When you accuse someone, you imply that he did what he should not have done (or did not do what he should have done). As J.L. Austin puts it:

In general, the situation is one where someone is *accused* of having done something, or (if that will keep it any cleaner) where someone is *said* to have done something which is bad, wrong, inept, unwelcome, or in some other of the numerous possible ways untoward. Thereupon he, or someone on his behalf, will try to defend his conduct or to get him out of it¹⁰⁸.

In order to accuse someone, it is not necessary that he did something immoral or serious. You can accuse me of having walked on the grass, you can accuse me of driving without insurance or without a seatbelt, though these behaviours are not immoral and are not regarded as such.

In order to accuse someone, it is not necessary (unfortunately) to believe in your accusations. Moreover, a police officer can accuse a driver of driving without headlights even if, in his personal capacity, he does not care. He is simply doing his job, namely applying the rules of the road. To accuse someone of something does not mean that you resent him or that you think ill of him.

From a psychological point of view, the accusation on which punishment is based is sometimes more painful than punishment itself. Just as punishment, it is perceived as aversive. If I am accused of something I did not do or of something I could not have avoided or of something I regard as right, I will certainly dislike it. As Husak points out: “No reasonable person likes to be stigmatized. In fact, condemnation may be the primary feature of punishment that requires justification. Sometimes individuals reluctantly accept deprivations while going to extreme lengths not to admit they have done anything that merits censure¹⁰⁹.”

108 J.L. Austin, *Philosophical Papers*, *op. cit.*, p. 123-124.

109 D.N. Husak, “A Framework for Punishment: What Is the Insight of Hart’s ‘Prolegomenon’?”, in C. Pulman (ed.), *Hart on Responsibility*, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2014, p. 97.

Once we understand that punishment presupposes an accusation, we understand why defences, excuses and justifications are so important in criminal law and useless in the event of “safety measures”. They enable us to fight accusations and, thereby, to save our honour and our reputation¹¹⁰. We also understand why strict liability is strange: it allows to accuse someone of something without giving him the opportunity to explain; it “robs” him of his right of reply.

Although there is some truth in Feinberg's thesis, we need to modify neither Hart's definition nor my more inclusive definition, for the idea that punishment presupposes an accusation is already contained in them. Indeed, Hart says that punishment must be *for an offence against legal rules* and I say in my revision of Hart's definition that punishment must be *for something which is the subject of an accusation*.

III. Conceptual distinctions

Now that I have clarified and reworked Hart's definition, I will make a number of conceptual distinctions. This task will be facilitated by the conceptual analysis I have just completed.

1. The act of punishing versus the practice of punishing

I have already pointed out the ambiguity between punishment as the act of punishing and punishment as the result of this act. Another ambiguity is the one between punishment as the act of punishing and punishment as the practice of this act within a social group. What is the difference between these two things?

The act of punishing can be performed although the practice of punishing does not exist. For example, we can imagine a father punishing his son when it is taboo in their community to use punishment (because only gods have the right to punish). However, the practice of punishing exists within a community if and only if the act of punishing is regularly performed within that community. The idea of regularity or habit is analytically comprised in the notion of practice. Practices are similar to what Hart calls “group habits” in *The Concept of Law*: it is a practice to take off one's hat in church or stand up when “God Save the Queen” is played

110 H.L.A. Hart, “The Ascription of Responsibility and Rights”, *art. cit.*, p. 174, p. 190.

because, in certain kind of circumstances, most people generally do these things; there is convergence in behaviour between members of the social group¹¹¹.

The practice of punishment exists at different levels. It exists at the private level: punishing children for their lies is a widespread practice. It also exists at the legal level: punishing thieves for their thefts is also a widespread practice. What is the difference between the private practice of punishing and the legal practice of punishing? As Durkheim says, the legal practice of punishing is organized: it consists of regular acts of punishing performed by legal authorities.

What interests Hart is primarily the practice of legal punishment. Is this practice justified? If so, how should it be regulated? Of course, questioning the practice is much more radical than questioning an act that is part of this practice.

2. The practice of legal punishment versus the penal system

Another important distinction is the distinction between the practice of legal punishment and the penal system (or criminal justice system). What is the penal system? “A criminal justice system is a set of legal and social institutions for enforcing the criminal law in accordance with a defined set of procedural rules and limitations¹¹².” In other words, the penal system is a coherent set of institutions (police, courts, prisons, etc.) whose main *mission* is to enforce the criminal law, i.e. to punish offenders for their criminal offences, regardless of the function of the practice of legal punishment (deterrence, retribution, incapacitation, education, etc.).

The practice of legal punishment may well exist independently of the penal system: it may be part of another system, for example, the preventive system advocated by Wootton. It is a mistake to reduce the Hart/Wootton debate to a debate on the doctrine of *mens rea*. It is also a debate on alternatives to the penal system (which should not be confused with alternatives to legal punishment). As Hart writes:

Many would refuse to describe a system which thus dispenses with *mens rea* as one of

¹¹¹ CL, p. 9.

¹¹² R.S. Frase, R.R. Weidner, “Criminal Justice System”, in J. Dressler (ed.), *Encyclopedia of Crime & Justice*, Second Edition, New York: Macmillan Reference USA, 2002, p. 371-391.

criminal punishment. Lady Wootton gladly embraces this conclusion and indeed laments the fact that at present “even the most progressive of lawyers” are obsessed with the idea that the sentence of the criminal court is a punishment. What she offers in the place of a system of punishment is in fact a system of purely forward-looking social hygiene in which our only concern when we have an offender to deal with is with the future and the rational aim of prevention of further crime¹¹³.

Thus, we should distinguish between several types of criticism: wishing to abolish or reform the penal system is not the same as wishing to abolish or reform the practice of legal punishment.

3. Legal punishment versus criminal law

It is also important to distinguish between legal punishment and the criminal law. At the beginning of *The Concept of Law* Hart offers a brief characterization of the criminal law:

The criminal law is something which we either obey or disobey and what its rules require is spoken of as a “duty”. If we disobey we are said to “break” the law and what we have done is legally “wrong”, a “breach of duty”, or an “offence”. The social function which a criminal statute performs is that of setting up and defining certain kinds of conduct as something to be avoided or done by those to whom it applies, irrespective of their wishes. The punishment or “sanction” which is attached by the law to breaches or violations of the criminal law is (whatever other purpose punishment may serve) intended to provide one motive for abstaining from these activities. In all these respects there is at least a strong analogy between the criminal law and its sanctions and the general orders backed by threats of our model¹¹⁴.

As Hart explains, although Austin's imperative theory of law is flawed as a theory of *law*, it is admissible as a theory of *criminal law*: the criminal law is, if we simplify, a set of general orders backed by threats. We may conceive a law without sanctions (e.g. contract law), but it is difficult to conceive a criminal law without sanctions. It is a contradiction in terms, like an alcoholic beverage without alcohol. Moreover, we may conceive a criminal law without a ban on Holocaust denial, but it is difficult to conceive a criminal law without a ban on injury to persons. It is a natural necessity: “If there were not these rules what point could there be for

113 H.L.A. Hart, “Review: Barbara Wootton, *Crime and the Criminal Law*”, *art. cit.*, p. 1328.

114 *CL*, p. 27.

beings such as ourselves in having rules of *any* other kind¹¹⁵?”

The criminal law is radically different, for example, from contract law:

Legal rules defining the ways in which valid contracts or wills or marriages are made do not require persons to act in certain ways whether they wish to or not. Such laws do not impose duties or obligations. Instead, they provide individuals with *facilities* for realizing their wishes, by conferring legal powers upon them to create, by certain specified procedures and subject to certain conditions, structures of rights and duties within the coercive framework of the law¹¹⁶.

The criminal law is a branch of legislation. Unlike the penal system, it does not deal with the imposition and administration of punishments. It criminalises certain types of behaviour, prescribes (maximum, minimum, mandatory, etc.) penalties, determines the conditions of criminal liability, etc. In many countries, most of the criminal law is contained in the penal code.

4. Punishment versus threats

The distinction between punishment (or the act of punishing) and threats is a very important one¹¹⁷. It is essential to understand it in order to understand a famous objection Hart addressed to Bentham.

You are threatening someone when for instance you tell him “If you drive with a blood-alcohol level of over 0,8 mg/ml, you incur a £1,000 fine”. You are punishing someone when for instance you impose a £1,000 fine on him. When we threat someone, we inform him of our intention to harm him¹¹⁸. When we punish someone, we harm him.

It is possible to punish someone without having threatened him that if he committed a given act, he would be punished. We could give the example of retroactive punishment. Conversely,

115 *CL*, p. 194.

116 *CL*, p. 27-28.

117 “The distinction between the efficacy of (1) the *threat* of punishment and (2) the *actual* punishment should be remembered [...]” (*PR*, p. 78, note 43.)

118 See Austin’s definition of command which is criticized by Hart: “If you express or intimate a wish that I shall do or forbear of from some act, and if you will visit me with an evil in case I comply not with your wish, the *expression* or *intimation* of your wish is a *command*.” (J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 21.)

it is possible to threaten someone that if he commits a given act, he will be punished without carrying out our threats. In this case, threats lose their credibility. We can also imagine a country in which threats would be so frightening that everybody would be deterred from breaking the law and nobody would be ever punished¹¹⁹.

While legal punishment is by definition inflicted by legal authorities, threats are usually made by the legislator. Criminal laws state that if someone commits a given offence, he incurs for instance a prison sentence.

Hart argues that there are two ways of conceiving the criminal law's threats of punishment. Firstly, they can be considered as a *guide to deliberation*, i.e. "as something which would enter into the reasoning and deliberation of the potential criminal at the moment when he considered whether or not to commit the crime¹²⁰", as reasons against committing the crime. Secondly, they can be considered as a *goad*, i.e. as something which causes you to think, to exert your faculties¹²¹.

As we will see in the next Chapter, threats and punishment do not produce the same evils. We have to distinguish between the suffering of someone who represses his desires and cannot flourish because homosexual intercourse is threatened with imprisonment and the suffering someone who is imprisoned because he had homosexual intercourse¹²².

It should be noted that the distinction between threats and punishment can be blurred in certain circumstances (just as the distinction between fines and taxes, as we shall see in the next section). For instance, a suspended sentence is at the same time a punishment and a threat.

5. Punishment versus taxes

Hart argues on several occasions that punishment or more precisely fines are not taxes: you cannot say that crossing a solid white line is taxed by a fine, just as a stay in Paris is taxed by

119 S.I. Benn, "An Approach to the Problems of Punishment", *Philosophy*, vol. 33, n° 127, 1958, p. 330.

120 *PR*, p. 133.

121 *PR*, p. 134.

122 *LLM*, p. 21-22.

a tourist tax. As I said previously, what distinguishes fines and taxes is their *motive* or *ground*. Fines are inflicted for something illegal you are accused of whereas taxes are collected for something legal. As he puts it:

A punishment for a crime, such as a fine, is not the same as a tax on a course of conduct, though both involve directions to officials to inflict the same money loss. What differentiates these ideas is that the first involves, as the second does not, an offence or breach of duty in the form of a violation of a rule set up to guide the conduct of ordinary citizens¹²³.

Another difference between fines and taxes which is not mentioned here (though Hart knows Bentham's distinction between direct intention and oblique intention) is that taxes normally involve aversive consequences that are not intended. The government can anticipate that a new tax will create discontent, but that is not what it is looking for, quite the opposite.

Hart nuances his point and explains that the distinction between fines and taxes may be blurred in certain circumstances. First scenario, a fine is so small that it is felt to be a mere tax. If a multinational company thinks it is more profitable to pay a fine for tax evasion from time to time than to pay taxes, then it pays its fines like taxes. Second scenario, very high taxes are imposed to discourage the activities taxed. In French, we use the expression *montant prohibitif* (prohibitive sum): the tax is so high that it is equivalent to a prohibition. In these two scenarios, the difference between fines and taxes is more verbal than real.

6. Punishment versus measures

It is possible to distinguish several types of measure: restorative measures, safety measures, therapeutic measures, rehabilitation measures, etc. To force the offender to compensate his victims is a restorative measure, to quarantine an individual carrying a dangerous virus is a safety measure, to force a paedophile to take anaphrodisiac drugs (chemical castration) is a therapeutic measure, to impose professional training to a desocialized offender is a rehabilitation measure. The common point of all these measures is *coercion*. However, none of these measures is a punishment, for the same reasons that fines are not taxes.

¹²³ *CL*, p. 39.

These measures are not punishments because although they normally involve aversive consequences, these consequences are not *intended*¹²⁴. Of course, it is possible to punish an offender by forcing him to compensate his victims (to impose compensation as a punishment). But it is also possible to force the offender to compensate his victims *without any punitive intent*.

Furthermore, these measures are not punishments because their motive is different. Both restorative measures and punishment have a backward-looking motive. Nevertheless, the motive of restorative measures is the loss, injury, harm suffered, etc., whereas the motive a punishment is something which is the subject of an accusation. Now, it is possible that the thing I am accused of caused no loss, injury, harm, etc. For instance, it is possible to punish someone for having had homosexual intercourse though having homosexual intercourse is not harmful but only contrary to a conservative morality.

Therapeutic measures, safety measures and rehabilitation measures do not have a backward-looking motive, but a present-looking motive. Therapeutic measures are imposed on account of the subject's sick condition; safety measures are imposed on account of the subject's dangerous condition; rehabilitation measures are imposed on account of the subject's desocialized condition. In all these cases excuses are simply irrelevant. As Hart writes:

The moral importance attached to these [excusing conditions] in punishment distinguishes it from other measures which pursue similar aims (e.g. the protection of life, wealth, or property) by methods which like punishment are also often unpleasant to the individuals to whom they are applied, e.g. the detention of persons of hostile origin or association in war time, or of the insane, or the compulsory quarantine of persons suffering from infectious disease. To these we resort to avoid damage of a catastrophic character¹²⁵.

It should be noted that though measures and punishment are different things, measures are not necessarily less coercive than punishment or preferred by those who undergo them. Moreover, though there are *theoretically* different, it is not always easy to see the *practical* difference between them:

¹²⁴ J. De Keijser, "Never Mind the Pain, It's a Measure! Justifying Measures as Part of the Dutch Bifurcated System of Sanctions", in M. Tonry (ed.), *Retributivism Has a Past: Has It a Future?*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 199-201.

¹²⁵ *PR*, p. 17.

It may be thought that the benefits to very young children of a system of responsibility are too small to weigh conclusively against the need to save them from a criminal career, even if the attempt to save them involves measures which may be difficult (in spite of the formal differences) for them or their parents to distinguish from punishment and in some cases from a heavy punishment for a trivial offence¹²⁶.

For instance, if you force an insolvent offender to work in a work camp until he makes enough money to compensate his victims, it looks very much like a punishment. I will develop this point in the next Chapter. However, it can already be stressed that just because the practical difference between punishment and measures is small does not mean that it is not important to distinguish them conceptually: indeed, there is no major practical difference between true opinion and knowledge either, yet philosophers have always considered it crucial to distinguish between the two.

Finally, the distinction between punishment and measures is very important to understand the “double track” system to which Hart refers in “Punishment and the Elimination of Responsibility”. Indeed, this system consists of the parallel or even cumulative use of punishments and measures: “On the Continent the ‘double-track’ system has been elaborated in ways which may seem to us somewhat metaphysical: punishment which is to be ‘guilt adequate’, i.e. orientated towards the criminal act, is carefully distinguished from mere ‘measures’ orientated to the criminal’s character and the needs of society¹²⁷.”

126 *PR*, p. 184. See also *PR*, p. 166-167.

127 *PR*, p. 166.

Chapter 2: The justification of punishment

Table

I. A clarification of the question of justification.....	99
1. A normative issue.....	100
2. What does it mean to justify?.....	102
3. Punishment on trial.....	104
a) The evil of punishment.....	105
b) The drawbacks of punishment.....	108
4. The burden of justification.....	109
II. The Benthamian justification.....	110
1. From Bentham to Hart.....	110
2. Is punishment a lesser evil?.....	115
a) Cases where it is not.....	115
b) Cases where it is.....	118
c) Objections.....	119
d) The mechanisms of prevention.....	120
3. Is punishment a necessary evil?.....	121
a) Therapy.....	122
b) Rehabilitation.....	125
c) Reparation.....	127
d) Reward.....	134
4. Objections.....	137
III. The right-based justification.....	139
1. Retributivist justifications.....	140
a) Hart's criticism.....	140
b) Biblical retributivism.....	145
c) The reasons for punishing an individual.....	147
2. Expressivist justifications.....	150
a) Durkheim's expressivism.....	151
b) Non-consequentialist expressivist justifications.....	155
3. Right-based justifications.....	157
a) Hart and the mutuality of restrictions.....	157
b) From Hart to Morris.....	160
c) The right to obedience.....	162
d) The right to security.....	166

In the previous Chapter, I said that there is a logical priority of the question of definition over the question of justification. Similarly, there seems to be a logical priority of the question of justification over the question of distribution in the sense that, if nothing justifies punishment, it makes no sense to ask distributive questions such as: “Should punishment be proportionate to the offence?”, “Are mandatory minimum sentences justified?”, “Can a minor be imprisoned?”, etc.

A comparison could be made with another practice, namely slavery. Controversies during antiquity over such issues as “Is it permissible to kill slaves?”, “Is it permissible to inflict cruel punishments upon slaves?”, “Can slaves own property?”, etc., presupposed that slavery was justified, but needed to be regulated. Today, these controversies have no *raison d'être* since slavery is considered as unjustifiable.

Like most of us, Hart believes that the practice of legal punishment or more precisely the practice of legally punishing certain offences is justified (only a few people advocate the abolition of punishment). However, he spends little time explaining why it is justified. He spends more time explaining why it is possible and desirable to combine the utilitarian rationale for punishment with the doctrine of *mens rea* and certain principles of justice.

The aim of this Chapter is to show that Hart accepts two justifications of punishment. The first one is rather explicit, it is the Benthamian justification. The second is only sketched, it is the right-based justification. The coexistence of these two justifications exemplifies what I called Hart's pluralism about forms of moral reasons. I am not sure whether these justifications are sufficient, but they still deserve to be scrutinized.

In this Chapter, I will proceed in three steps. First, I will clarify the question of justification: What does it mean to justify punishment? Why does this question arise? In a second step, I will analyse the Benthamian justification, which is almost identical to a defence recognized by the criminal law, namely necessity. Third, I will consider whether it is possible to supplement this justification with other justifications. I will examine three of them: the retributive and the expressivist justifications (rejected by Hart), then the right-based justification (accepted by Hart).

I. A clarification of the question of justification

This first part comprises four subparts. In the first subpart, I emphasize that the question of justification is a normative issue. In the second subpart, I clarify the notion of “justification”. The third subpart aims to show why punishment is objectionable. The fourth subpart introduces the concept of “burden of justification”.

1. A normative issue

As Hart explains, it is very important to distinguish two questions that are too often confused¹: “Why do men in fact punish?” and “What justifies men in punishing?”. The first question is a descriptive question concerning men's motivations and objectives. The right people to answer them are historians, anthropologists, criminologists, sociologists, etc. As Hart reminds us, punishment is a universal and very old practice, hence it has had in the course of its history many functions:

men punish and always have punished for a vast number of different reasons. They have punished to secure obedience to laws, to gratify feelings of revenge, to satisfy a public demand for severe reprisals for outrageous crimes, because they believed a deity demands punishment, to match with suffering the moral evil inherent in the perpetration of a crime, or simply out of respect for tradition².

The second question is a normative question, a question of “critical morality”³. The debate on the death penalty is broadened: after having abolished the death penalty, why not abolish legal punishment in general? Why stop there?

These two questions are logically different. That we do something for a reason does not imply that we are right to do so; that an instrument serves a purpose does not mean that we should use it⁴:

It is clear that no demonstration that in fact men have punished or do punish for certain reasons can amount *per se* to a justification for this practice unless we subscribe to what is

1 *PR*, p. 74. Hart also explains that to answer the question whether the enforcement of morality is morally justified, it is not sufficient “to show that in fact in some society—our own or others—it was widely regarded as morally quite right and proper to enforce, by legal punishment, compliance with the accepted morality” (*LLM*, p. 17-18).

2 *PR*, p. 73.

3 Hart writes that the question whether the enforcement of morality is morally justified is “one of critical morality” (*LLM*, p. 20). Critical morality is to be distinguished from positive morality. Critical morality refers to “the general moral principles used in the criticism of actual social institutions” whereas positive morality refers to “the morality actually accepted and shared by a given social group” (*LLM*, p. 20).

4 “The identification of something as an instrument for certain purposes leaves open the question whether it is good or bad [...]” (*EJP*, p. 111.) See also Armstrong: “It is important to notice that the moral justification of a practice is not the same thing as its general point or purpose [...]. Every human practice that is not utterly random or unconscious has some point, but not all have, and many do not need, a moral justification.” (K. G. Armstrong, “The Retributivist Hits Back”, *Mind*, vol. 70, n° 280, p. 474.)

itself a most implausible moral position, namely, that whatever is generally done is justified or morally right⁵.

We could again take the example of slavery. Though this institution is unjustifiable, it had many functions and historians or anthropologists can help us understand why certain persons enslaved others.

Moreover, the question “Is punishment justified?” should not be confused with the question “Why is punishment justified?”. The latter, but not the former, strongly suggests that punishment *is* justified and that we are simply wondering why. In my opinion, we should not assume that punishment is justified. On the contrary, we should seriously consider the possibility that it is not⁶.

In Chapter 1, I distinguished between the practice of punishing and the act of punishing. The question of justification concerns the practice of legal punishment. In this Chapter, I will deal only marginally with the question of what justifies the act of punishing a given individual. My perspective is wider: I will ask myself whether, in general, punishing people for their offences is justified.

Finally, the question of justification should not be confused with the question concerning the aim(s) of punishment⁷. It makes no sense to ask what punishment should aim at if punishment is unjustifiable. The question of justification is logically prior. Hart was wrong to describe the question “What justifies the general practice of punishment?” as the question of “General Justifying Aim”⁸. It is possible to defend the view (though *I* would not defend it) that 1/ punishing rapists is justified because they hurt their victims and those who hurt people deserve to suffer and that 2/ the aim of punishment for rape is mainly to protect women and children. In fact, we could distinguish two types of mixed theory of punishment. The first type combines retribution in justification and utility in aim, like in the example above. The second type combines for instance utility in aim and desert in distribution (punishment should aim at

5 *PR*, p. 74.

6 “There is no point, after all, in asking whether and how punishment can be justified if one assumed in advance that it can.” (S.I. Benn, “Punishment”, in P. Edwards (ed.), *The Encyclopedia of Philosophy*, vol. 7, New York: Macmillan & The Free Press, 1967, p. 30.)

7 This distinction can be found even in classical authors such as Beccaria: indeed, he devotes §2 to the *right to punish* and §12 to the *purpose of punishment*. There is a right to punish because of the necessity of punishment to protect the public deposit. The function of punishment is to incapacitate and deter.

8 *PR*, p. 3-4.

deterrence but sentences should not be underserved).

Thus, the task undertaken by Hart in *Punishment and Responsibility* has nothing to do with that undertaken in *The Concept of Law*. As he explains in his posthumous postscript, *The Concept of Law* is “*descriptive* in that it is morally neutral and has no justificatory aims: it does not seek to justify or commend on moral or other grounds the forms and structures which appear in [his] general account of law⁹”.

2. What does it mean to justify?

To say that punishment is *justified* is not to say that it is *permissible*. According to deontic logic, something is permissible if, and only if, it is not obligatory not to do it. You are allowed to do it, nothing forbids you, but nobody said that you *should* do it or that it would be *wise* to do it. When we say that something is justified, we go further: not only can we do it, but we have *good reasons* to do it. According to McMahan, justified acts are a subset of permissible acts:

Justification, as I understand it, is a species of permission. A morally justified act is one that is not only permissible but there is also positive moral reason to do. [...] Not all acts that are permitted are justified, for there are indefinitely many acts that are not wrong that there is nevertheless no moral reason to do¹⁰.

I do not agree with J.L. Austin when he suggests that to justify an action is to argue that it was a good thing or the sensible thing to do¹¹. Indeed, it is possible to consider that a reaction was justified (for instance Mary slapped her boss when he touched her hips) and at the same time to regret it and to consider that it was not the best thing to do. An action is justified if and only if we have *adequate grounds* for doing it. As shown in the Introduction, Hart is a moral pluralist and considers that there are “many types of moral ground¹²” and therefore potentially conflicting justifications: I can have adequate grounds from one perspective and not from another.

⁹ CL, p. 240.

¹⁰ J. McMahan, *Killing in War*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 43.

¹¹ J.L. Austin, *Philosophical Papers*, Oxford: Oxford University Press, 1961, p. 124.

¹² H.L.A. Hart, “Are There Any Natural Rights?”, *The Philosophical Review*, vol. 64, n° 2, 1955, p. 189.

Nonetheless, J.L. Austin is right to say that an action can be justified only in a special context: “In general, the situation is one where someone is *accused* of having done something, or (it that will keep it any cleaner) where someone is *said* to have done something which is bad, wrong, inept, unwelcome, or in some other of the numerous possible ways untoward¹³.” Hart makes a very similar remark in *Law, Liberty and Morality*: it makes no sense to ask for or give justifications of a social practice where there is no *prima facie* objection, wrong, evil, etc. You cannot justify the practice of hiking, though you can try to explain it or to demonstrate its value. You do not have to justify yourself if you are not doing anything wrong¹⁴. Justifications are always part of a confrontation: to justify oneself is to defend oneself against criticisms, accusations, reproaches expressed by others or moral conscience¹⁵. We find confirmation of this in criminal law: legal justifications such as self-defence are described as criminal *defences*.

One last point. The concept of justification does not exclude the possibility that an action is justified in various ways. Just as some actions can be overdetermined, some actions can be overjustified. An action is overdetermined “when at least two motives were at work to produce it, either of which alone would have been sufficiently strong to do so separately” and an action is overjustified when there are “two logically separate acceptable justifications both independently sufficient¹⁶”. For instance, a teacher can justify a poor grade by saying that 1/ the content is catastrophic and 2/ the paper was submitted after months of delay.

Hart does not explicitly defend the idea of overjustification. However, he seems to admit it: “It is plain that general utility and the existence of antecedent moral rights are different justifications even if in some cases both justifications could be offered for the creation of the same legal right¹⁷.” I refer you to the section of the introduction devoted to pluralism about forms of moral reason in which I developed the example of promise.

13 J.L. Austin, *Philosophical Papers*, *op. cit.*, p. 123-124.

14 *LLM*, p. 20-21.

15 “Justifications are required when our conduct or a rule which inspires it violates an admitted principle and can, for this reason, be criticized. We see from this that justification is always a secondary phenomenon. If a behaviour is not opposed to an admitted principle or does not sin in some way, if we do not find reason to criticize it, we do not ask that it be justified. Whoever excuses himself accuses himself, whoever justifies himself recognizes that his action falls under the threat of an eventual or real criticism.” (C. Perelman, *Justice, Law, and Argument: Essays on Moral and Legal Reasoning*, Dordrecht: D. Reidel, 1980, p. 110.)

16 A. Flew, “The Justification of Punishment”, *Philosophy*, vol. 29, n° 111, 1954, p. 296.

17 *EB*, p. 94.

3. Punishment on trial

Hart holds that it makes no sense to justify something where there is no *prima facie* objection. Therefore, if punishment needs to be justified, it means that punishment is something *prima facie* objectionable. But what is wrong with punishment?

In this subpart, I will apply Hart's approach in his criticism of legal moralism. He argues two things: first, that the question whether the enforcement of morality is justified arises because "the use of legal coercion by any society calls for justification as something *prima facie* objectionable to be tolerated only for the sake of some countervailing good¹⁸"; second, that "[i]t is salutary to inquire precisely what it is that is *prima facie* objectionable in the legal enforcement of morality¹⁹".

Hart distinguishes five objections on a scale of increasing importance²⁰. 1/ *Economy*. Enforcement of morality is expensive and money may be more usefully spent. 2/ *Impracticability of general control*. Concealment is easy: offenders will not be detected or deterred. 3/ *Inequalities of treatment*. Only a few unlucky ones will be punished and "there will be wide variations in the actual punishments meted out in similar cases²¹". 4/ *Morality is morally valueless if enforced*. If people abstain from homosexual intercourse out of fear of punishment, it is morally valueless. 5/ *Law-created misery*. Enforcement of morality creates suffering: for the guilty, for his family, for those who resist the temptation to break the law, etc. It provides special opportunities for blackmail, i.e. an instrument of human misery.

Here is the bill, the price to be paid for the enforcement of morality: "what [is it] that is offered for the price²²"? Is the enforcement of morality worth its price? Is there anything which outweighs these objections? Hart's approach must be applied to punishment: we must inquire precisely what it is that is *prima facie* objectionable in punishment.

18 *LLM*, p. 20.

19 *LLM*, p. 21.

20 H.L.A. Hart, "The Use and Abuse of the Criminal Law", in A.S. Goldstein, J. Goldstein (eds.), *Crime, Law and Society*, New York: The Free Press, 1971, p. 284-286.

21 H.L.A. Hart, "The Use and Abuse of the Criminal Law", *art. cit.*, p. 285.

22 *LLM*, p. 83.

a) The evil of punishment

The most obvious objection is that punishment creates misery. According to Bentham, the evil of punishment divides itself into four branches and I will examine them separately.

1/ The evil of coercion or restraint, in other words “the pain which it gives a man not to be able to do the act, whatever it be, which by apprehension of the punishment he is deterred from doing²³”. It concerns *those who observe the law*. Hart gives the example of homosexuals who live in countries where homosexuality is a crime and repress their desires:

But interference with individual liberty may be thought an evil requiring justification for simpler, utilitarian reasons; for it is itself the infliction of a special form of suffering—often very acute—on those whose desires are frustrated by the fear of punishment. This is of particular importance in the case of laws enforcing a sexual morality. They may create misery of a quite special degree. For both the difficulties involved in the repression of sexual impulses and the consequences of repression are quite different from those involved in the abstention from “ordinary” crime. Unlike sexual impulses, the impulse to steal or wound or even kill is not, except in a minority of mentally abnormal cases, a recurrent and insistent part of daily life. Resistance to the temptation to commit these crimes is not often, as the suppression of sexual impulses generally is, something which affects the development or balance of the individual's emotional life, happiness, and personality²⁴.

According to Benn, if punishment was completely effective, if everyone was deterred and no one ever broke the law, we would never punish and “there would be no suffering to justify²⁵”. But he is wrong because the evil of coercion would still need to be justified. Moreover, for punishment to be perfectly effective, it would be necessary to create an atmosphere of terror which would cause great misery.

2/ The evil of apprehension, in other words “the pain which a man, who has exposed himself to punishment, feels at the thoughts of undergoing it²⁶”. It concerns *those who broke the law and who feel in danger*. Two cases should be distinguished: first, someone committed an

23 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, in *The Works of Jeremy Bentham*, Volume One, New York: Russell & Russell, 1962, p. 85.

24 *LLM*, p. 22.

25 S.I. Benn, “An Approach to the Problems of Punishment”, *Philosophy*, vol. 33, n° 127, 1958, p. 330.

26 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op. cit.*, p. 85.

offence but has not yet been arrested; second, someone committed an offence and was arrested but was not yet been punished. In both cases, the pain felt is a pain of apprehension. We could give the example of death row in which prisoners may wait many years before being executed. As Hart remarks:

we never have any instances of considerable delay between the actual conviction and sentence and its execution. A period of more than three months would be considered indecent and an intolerable cruelty to the prisoner and his family. This, of course, contrasts with the occasional case in the United States where years may intervene between sentence of death and its execution²⁷.

3/ The evil of sufferance, in other words “the pain which a man feels, in virtue of the punishment itself, from the time when he begins to undergo it²⁸”. It concerns *those who broke the law and upon whom it is executed*. This is the most obvious branch of the evil of punishment. As Hart puts it:

the actual punishment of the offender [...] characteristically involves depriving of liberty of movement or of property or of association with family or friends, or the infliction upon him of physical pain or even death. All these things are assumed to be wrong to inflict on others without special justification, and in fact they are so regarded by the law and morality of all developed societies. To put it as a lawyer would, these are things which, if they are not justified as sanctions, are delicts or wrongs²⁹.

The last sentence is interesting. Indeed, the difference between fines and extortion is very small. Fines are quasi-crimes: the only thing that distinguishes them from extortion is that they are considered justified (and this strongly influences how we see them). Punishment consists precisely in doing what is prohibited by law.

It should be noted that what Bentham calls the “evil of sufferance” (as opposed to the “derivative evils”, the “evil of coercion” and the “evil of apprehension”) is not a side-effect, but is inflicted *purposively*. As I explained in Chapter 1, the aversive consequences (or at least some of them) of punishment are *intended*: they are not unwanted predictable side-effects.

²⁷ PR, p. 64-65.

²⁸ J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, op. cit., p. 85.

²⁹ LLM, p. 21.

Now, many authors argue that this makes punishment even harder to justify. As Husak puts it: “We miss what is especially hard to justify about punishment unless we understand that sanctions do not qualify as punitive unless their very purpose is to cause pain or an unpleasant consequence³⁰.” As we will soon see, Hart is very *sceptical* about the moral relevance of the distinction between “intentionally killing” and “knowingly causing death”, since in both cases the result is the same³¹. What is objectionable for Hart in punishment is *above all* the misery it causes: whether it is caused purposively or not is only a moral detail.

4/ The derivative evils, in other words “[t]he pain of sympathy and the other *derivative* evils resulting to the persons who are in *connection* with the several classes of original sufferers just mentioned³²”. This last branch is easily forgotten but Hart does not forget it:

All criminal law providing for punishment creates suffering in different ways: first, for the guilty, by the punishment actually inflicted; *secondly, for the guilty person's family and friends*; thirdly, for the guilty again, in the difficulties of regaining his place in social life after punishment³³.

All these evils are impossible to eliminate (though they can be minimized) since they are an integral part of punishment. As long as we punish, we will produce them. For Hart, this the most basic objection against punishment:

Few people have denied that it is *an* objection, though not a conclusive one, to the use of the criminal law that it will create great and widespread misery. This is indeed one of the strongest reasons for entrusting control of certain types of conduct to agencies other than the criminal law; to educators, moralists, social workers or religious teachers. So very few [...] are likely to say “I don't see why the human misery matters: it doesn't appeal to me as an objection at all”. And, of course, if this is not *an* objection, it is difficult to imagine what could be. The diminution of human misery at least for some, the making of *some* human lives less nasty, less brutish and less short, is a common concern of all legal systems and all moral codes [...].

What are laws for, if not (among other things) for this³⁴?

30 D.N. Husak, “A Framework for Punishment: What Is the Insight of Hart's ‘Prolegomenon’?”, in C. Pulman (ed.), *Hart on Responsibility*, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2014, p. 94. See also Gardner: “Isn't it part of what makes punishment so hard to justify, for Bentham and Hart alike, that the punisher by definition intends the suffering that she metes out?” (J. Gardner, “Introduction”, in *PR*, p. xxxii.)

31 *PR*, p. 124.

32 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op. cit.*, p. 85.

33 H.L.A. Hart, “The Use and Abuse of the Criminal Law”, *art. cit.*, p. 285, my italics.

34 H.L.A. Hart, “The Use and Abuse of the Criminal Law”, *art. cit.*, p. 286-287.

b) The drawbacks of punishment

In addition to the misery it creates, punishment has three deficiencies that Husak calls the “drawbacks of punishment³⁵”. Let us examine them in turn.

1/ Punishment is tremendously expensive. In the USA, tens of billions of dollars are spent every year to administer the penal system³⁶. In France, one day in prison costs the state approximately 100 euros per prisoner (and there are currently more than 70.000 prisoners). Of course, punishment could be less expensive if there were fewer prison sentences (and if we assume that alternatives to imprisonment are less expensive). However, it is impossible to have an effective, fair and humane criminal justice system without spending a lot of money. Why should we spend all this money in order to punish? Is it not “a bad use of existing resources³⁷”? Could not we use these resources more usefully, for instance to fight against poverty, ignorance, disease?

2/ Punishment is subject to grave error. Miscarriages of justice can be minimized, but it is a risk that cannot be eliminated. Hart gives the sadly famous example of Timothy Evans, “who was convicted and executed for the murder of his child in 1950, [and] would not have been convicted had evidence which came to light in 1953 been available³⁸”. In the USA, the National Registry of Exonerations has recorded 2,372 exonerations between 1989 and 2018³⁹. This means that every year there are on average *at least* 82 innocent people who are convicted, but there may be many more. It is likely that many errors have not yet been proved. What justifies men in creating such a risk? There must be good reasons for some people to be punished every year for no reason.

3/ Punishment is susceptible to enormous abuse. For Locke and other liberal thinkers, legal punishment was a remedy for excessive retaliation that characterized the state of nature. However, history showed that the monopolization by the State of the right to punish did not eliminate abuses of power. The perpetrators of these abuses may be police officers, prison

35 D.N. Husak, “Why Punish the Deserving?”, *Noûs*, vol. 26, n° 4, 1992, p. 450-451.

36 D.N. Husak, “Why Punish the Deserving?”, *art. cit.*, p. 451.

37 H.L.A. Hart, “The Use and Abuse of the Criminal Law”, *art. cit.*, p. 284.

38 *PR*, p. 252.

39 <http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/Exonerations%20in%202018.pdf>

guards, judges, etc.

If I summarize, punishment is accused in the first case by the taxpayer; in the second case by the innocent; in the third case by the victim of abuse of power. As Husak remarks, philosophers rarely take these drawbacks into account, but they should because they are not unimportant to the justification of punishment:

What if the costs of administering the criminal justice system completely drained the state treasury? What if 40% of all convicted defendants were innocent? What if abuses of authority exceeded those of the Gestapo? Once we admit that the drawbacks of punishment can be too great, we should be prepared to consider whether they are too great already, or might soon become⁴⁰.

4. The burden of justification

In one of his papers about the death penalty, Hart writes that “it is vital to consider where the onus of proof lies in this matter⁴¹” and argues that the burden of proof falls on the advocates of capital punishment. It is upon those who defend capital punishment to show positive evidence that it is socially beneficial, that it prevents more murders than imprisonment. Indeed, the death penalty is *prima facie* an evil or *prima facie* a greater evil than imprisonment for at least three reasons: first, it is the taking of a life; second, the death penalty is irrevocable and errors do happen; third, “the use of the death penalty in England was possible only at the cost of constant intervention by the Executive after the courts had tried and sentenced the prisoner to death⁴²”. Those who are against the death penalty only have to check the soundness of the arguments put forward.

This approach can also be found in the Hart/Devlin debate. Considering the misery it creates, it is up to the defender of the legal enforcement of morality to prove that it is necessary to prevent the disintegration of society: the defender is “under pressure of the request for empirical evidence to substantiate the claim that the maintenance of morality is in fact necessary for the existence of society⁴³”. The opponent's only task is to assess the relevance of

40 D.N. Husak, “Why Punish the Deserving?”, *art. cit.*, p. 451.

41 *PR*, p. 88.

42 *PR*, p. 89.

43 *EJP*, p. 249.

the answers given.

Similarly, the burden of justification falls on the advocates of punishment. They have to show that punishment is *ultima facie* justified, that the objections aforementioned can be outweighed, that it is worth its price⁴⁴.

One of Hart's central beliefs is that the deliberate infliction of suffering is something serious that cannot be admitted without good reason. The difficulty is whether the reasons given are good reasons and sufficient reasons. As he explains:

I have also assumed from the beginning that anyone who regards this question as open to discussion necessarily accepts the critical principle, central to all morality, that human misery and the restriction of freedom are evils; for that is why the legal enforcement of morality calls for justification⁴⁵.

II. The Benthamian justification

In this part, I will proceed in four stages. First, I will try to formulate as precisely as possible the Benthamian justification and show why I think Hart accepts it. In the second and third steps, I will consider whether the conditions it sets out are met: Does punishment prevent more harm than it causes? Even if it does, are there no better alternatives? Finally, in a fourth step, we will look at two additional conditions not mentioned by Bentham.

1. From Bentham to Hart

In a famous paragraph of his *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* Bentham writes: "But all punishment is mischief: all punishment in itself is evil. Upon the principle of utility, if it ought at all to be admitted, it ought only to be admitted in as far as it

⁴⁴ See also Mill: "Again, in practical matters, the burthen of proof is supposed to be with those who are against liberty; who contend for any restriction or prohibition; either any limitation of the general freedom of human action, or any disqualification or disparity of privilege affecting one person or kind of persons, as compared with others. The *a priori* presumption is in favour of freedom and impartiality." (J.S. Mill, *The Subjection of Women*, in *On Liberty and Other Essays*, Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 472.) See also R.E. Barnett: "it would seem that the burden of proof is on those seeking to justify the use of force against the individual." (R.E. Barnett, "Restitution: A New Paradigm for Criminal Justice", *Ethics*, vol. 87, 1977, p. 283.)

⁴⁵ *LLM*, p. 82.

promises to exclude some greater evil⁴⁶.” This means that punishment is justified *only if* (it is a necessary but insufficient condition) it prevents more harm than it causes. Punishment is not justified 1/ when there is no harm to be prevented, 2/ when it is unable to prevent the harm it seeks to prevent, 3/ when the nature of the offence and that of the punishment “are, *in the ordinary state of things*, such, that when compared together, the evil of the latter will turn out to be greater than that of the former⁴⁷”.

For punishment to be justified, a second condition must be met: it must be necessary, there must be no alternative. It is not justified if “the purpose of putting an end to the practice may be attained as effectually at a cheaper rate: by instruction, for instance, as well as by terror: by informing the understanding, as well as by exercising an immediate influence on the will⁴⁸”.

These two conditions are individually necessary and jointly sufficient. If punishment prevents more harm than it does (that is, it is a *lesser* evil) and if there is no better alternative (that is, it is a *necessary* evil), then it ought to be admitted. Conversely, as Bentham says:

It will not be right to employ any punishment, 1. if the mischief resulting from the punishment be equal or superior to the mischief of the offence, nor 2. if there be any means of compassing the same end without the expense of punishment. Punishment, says M. Beccaria, is never just so long as any means remain untried by which the end of punishment may be accomplished at a cheaper rate⁴⁹.

It is worth noting that Bentham does not exclude the possibility that punishment is not justified, for he writes “if it ought at all to be admitted”. Maybe it ought not be admitted. Maybe the conditions for admitting it are not fulfilled. Does punishment exclude some greater evil? Is it a necessary means? For Bentham, these questions must be addressed on a case-by-case basis. We cannot justify punishment *tout court*, but only the punishment of this or that offence/type of behaviour (assault, blackmail, duelling, cruelty to animals, etc.). If the

46 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op. cit.*, p. 83.

47 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op. cit.*, p. 85.

48 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op. cit.*, p. 86.

49 J. Bentham, L. Crompton, “Jeremy Bentham’s Essay on ‘Paederasty’ Part 2”, *Journal of Homosexuality*, 4:1, p. 93. See also Hart’s summary: “Punishment must not be employed at all if it is inefficacious or unprofitable through creating more misery than it prevents, or if it is needless in the sense that the mischief of an offence can be checked by non-punitive measures and so at a ‘cheaper rate’.” (H.L.A. Hart, “Bentham’s Principle of Utility and Theory of Penal Law”, in *The Collected Works of Jeremy Bentham: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. cv.)

question of justification is not specified, it cannot be solved⁵⁰. This very important point is usually not seen:

On the other hand, as to the evil of the offence, this will also, of course, be greater or less, according to the nature of each offence. The proportion between the one evil and the other will therefore be different in the case of each particular offence. The cases, therefore, where punishment is unprofitable on this ground, can by no other means be discovered, than by an examination of each particular offence; which is what will be the business of the body of the work⁵¹.

It should also be noted that Bentham's justification is independent of the principle of utility, though Bentham does derive it from the principle of utility. Indeed, it can be derived from the commonsensical "lesser of two evils principle". This principle can in turn be derived from the principle that we should do as little harm as possible. In a nutshell, the punishment of certain offences may be justified because it is necessary to prevent some greater evil and when faced with two evils, we have to choose the lesser, because we have to do as little harm as possible. This last principle is an "ethical ceiling": it cannot be justified nor derived from anything else. As Bentham puts it: "that which is used to prove everything else, cannot itself be proved: a chain of proofs must have their commencement somewhere⁵²." But this is not a problem since the principle that we should do as little harm as possible is a moral truism which can hardly be criticized.

Bentham's justification should not be confused with a close but distinct justification. Gross argues that punishment is justified, because it is necessary to prevent the "evils of impunity⁵³" and "impunity as a general state of affairs would be intolerable⁵⁴". The problem with this justification is that it does not specify the magnitude of the evils of impunity. Even if impunity would produce an intolerable state of affairs, if the evils of impunity are lesser than those of punishment (or said otherwise, if punishment produces an even more intolerable state of affairs), then punishment is not justified. For punishment to be justified, it is necessary that the evils of impunity are greater than those of punishment, which is to say that punishment

50 For a similar point, see D.H. Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 192.

51 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, op. cit., p. 86.

52 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, op. cit., p. 2.

53 H. Gross, *Crime and Punishment: A Concise Moral Critique*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 3.

54 H. Gross, *Crime and Punishment: A Concise Moral Critique*, op. cit., p. 3.

has to prevent more harm than it causes. We are back to square one.

Bentham's justification is very close to the criminal defence of necessity. Let us first illustrate this defence. In *State v. Cole*, Roger Wayne Cole was convicted of driving under a suspended license, but claimed that his driving was justified. His wife, who was six months pregnant, had stomach pain and needed help. Cole did not have a telephone, so he walked to his only neighbour's house to use their telephone, but no one opened the door. Cole then decided to drive to the nearest telephone, about a mile and a half away, called his mother-in-law and asked her to take his wife to the hospital. As he was returning home, Cole was arrested by the police for driving with a suspended licence⁵⁵. He then used the defence of necessity.

According to the Model Penal Code, the defence of necessity requires at least three conditions (I am simplifying slightly): 1/ the actor believes the conduct to be necessary to avoid a harm or evil to himself or to another; 2/ the harm or evil sought to be avoided by such conduct is greater than that sought to be prevented by the law defining the offence charged; 3/ the actor was not reckless or negligent in bringing about the situation requiring a choice of harms or evils⁵⁶.

The third condition is not mentioned by Bentham, but I think it is interesting to check whether it is met. It could be formulated as follows: if the State was reckless or negligent in bringing about the situation requiring a choice between punishment and some greater evil, then punishment is not justified.

Hart knows Bentham's justification, for he is able to summarize it perfectly: "Punishment must not be employed at all if it is inefficacious or unprofitable through creating more misery than it prevents, or if it is needless in the sense that the mischief of an offence can be checked by non-punitive measures and so at a 'cheaper rate'⁵⁷." But does he accept it? Hart explicitly argues that if punishment caused more harm than it prevented, no one should be punished:

We would all agree that unless a legal system was as a whole morally defensible, so that its existence was better than the chaos of its collapse, and more good than evil was secured by

⁵⁵ <https://law.justia.com/cases/south-carolina/supreme-court/1991/23365-2.html>

⁵⁶ *Model Penal Code: Official Draft and Explanatory Notes*, Philadelphia: The American Law Institute, 1985, p. 42.

⁵⁷ H.L.A. Hart, "Bentham's Principle of Utility and Theory of Penal Law", *art. cit.*, 2005, p. cv.

maintaining and enforcing laws in general, these laws should not be enforced, and no one should be punished for breaking them⁵⁸.

In his debate with Lord Devlin, he also says that we are justified in punishing immorality “as such” only if the misery it causes is outweighed:

What then is there to set off against the misery which such laws create, as a justification for creating it? Do such laws avert from others some misery greater than misery which they cause? Or do they produce for others happiness on a scale which outweighs this misery? It is surely not possible to regard the disappointment or indignation of those whose wish for a legally enforced morality is not gratified, as misery, comparable to that which such laws inflict. Indeed, it is very doubtful whether they suffer anything which could be called *misery* at all. Nor, where such laws do exist, can the satisfaction of those who want them be ranked as happiness which could outweigh the misery caused. No one, I think, has ever argued in these terms the defence of such laws, or attempted to show that the misery caused is balanced by the avoidance of greater misery or the production of greater happiness. Indeed, the question whether there is anything to outweigh the misery caused by the legal enforcement of sexual morality is seldom faced in this stark and simple form, as it should be⁵⁹.

Hart does not disagree entirely with utilitarianism. In particular, Bentham's first condition is a sane one:

Clearly it is part of a *sane* utilitarianism that no punishment must cause more misery than the offence unchecked; and it might well be that the misery caused to the victim and his friends by torture or other very severe punishments would be worse than any misery caused by a minor offence for which it was used as a punishment⁶⁰.

We can see that Hart accepts Bentham's second condition in his writings on capital punishment. Indeed, Hart considers that the central question in the discussion of this subject is: What is the character and weight of the evidence that the death penalty is *required* for the protection of society? What is the evidence that it has a uniquely deterrent force *compared with the alternative of imprisonment*? What is the evidence that it is *needed* to protect

58 *PR*, p. 39.

59 H.L.A. Hart, “The Use and Abuse of the Criminal Law”, *art. cit.*, p. 287.

60 *PR*, p. 76.

society⁶¹? The idea is that the death penalty is not justified if it is possible to achieve the same results at lower costs. He explains that if we consider that this is the central question (as he does), then “the moral claim (or ‘theory’ of punishment) implied is the ‘utilitarian’ position⁶²”.

This is also apparent in Hart's critique of the expressivist justification of punishment (as we shall see below). Indeed, Hart makes it clear that even if punishment expresses society's moral indignation, the same result can very well be achieved at a lower cost through discourse.

It is interesting to note that Hart uses Bentham's conditions more to prove that something is *not* justified than to prove that something *is* justified, that is to say as a tool of criticism. Is Bentham's justification of punishment sound? Are the conditions met? In the next subpart, I will begin with the first condition.

2. Is punishment a lesser evil?

As I said previously, Bentham's justification is not a justification of punishment *tout court*. We have to check for each offence/type of behaviour if the conditions are met. Since there are too many offences, I will focus only on a few cases.

a) Cases where it is not

For Hart, there are at least two cases where punishment causes more misery than it prevents and, therefore, is not justified. These cases are punishment for abortion and punishment for homosexual intercourse.

Let us begin by punishment for homosexual intercourse. As I said, there are many objections against it: economy, impracticability of general control, inequality of treatment, morality morally valueless if enforced, law-created misery. Therefore, the burden of justification falls on those who defend it (e.g. Lord Devlin). They must show at the very least that it compensates for the misery it creates by preventing a greater evil. Lord Devlin argues that it

61 *PR*, p. 71, p. 75.

62 *PR*, p. 72.

prevents the collapse of morality and, as a result, secures society from dissolution or decay⁶³. The dissolution or decay of society is undoubtedly a major evil. But is there any evidence that punishing "sexual immorality" will prevent it? Hart famously thinks not:

no evidence is produced to show that deviation from accepted sexual morality, even by adults in private, is something which, like treason, threatens the existence of society. No reputable historian has maintained this thesis, and there is indeed much evidence against it. As a proposition of fact it is entitled to no more respect than the Emperor Justinian's statement that homosexuality was the cause of earthquakes⁶⁴.

Lord Devlin's thesis is "Utilitarianism without the benefit of facts⁶⁵". In fact, it is possible that the opposite may be true, namely that the repression of immorality leads to less morality:

the legal enforcement of morality by punishment and the preservation of morality are not only not identical but they may in fact be opposed to each other. If, wherever morality says "no" the law says "and here is a punishment" there is a grave danger that the moral sense as a determining force in conduct may wither and be replaced by nothing better than the fear of punishment⁶⁶.

Hart's approach here is very close to that of Bentham. At the end of his *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Bentham states that the punishment of drunkenness and fornication is not justified because "a mass of evil would be produced by the punishment, as would exceed, a thousand-fold, the utmost possible mischief of the offence⁶⁷". It is no coincidence that Hart commented at length on this passage in "Bentham's Principle of Utility and Theory of Penal Law":

Bentham characteristically regards the question whether any such conduct should be regarded as punishable offences as depending on whether in terms of "efficacy" and "profitability" the intervention of the law is worthwhile. [...] But he makes quite clear that he thinks that in most of such cases there is no real mischief to be prevented or, if there is, it will be useless or unprofitable to interfere with legal punishment. Two of his reasons for this conclusion he

63 *LLM*, p. 55.

64 *LLM*, p. 50.

65 *LLM*, p. 55.

66 *MCL*, p. 46.

67 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op. cit.*, p. 146.

shared with Mill. He thought that normally men know their own interest and what is harmful to their happiness better than the legislator, and, in general, he thought that legal systems had been too prone to interfere in such cases under the influence of “a thousand little passions and prejudices [which] have led them to narrow the liberty of the subject”⁶⁸.

Let us now turn to the case of abortion. Hart explains that punishing abortion has many evil consequences. It creates misery: the deaths of women who aborted illegally; the misery of unwanted pregnancies; the misery of conviction. It involves social inequalities, for the rich can abort abroad where it is legal⁶⁹. It harmfully blurs the line between respectable and criminal behaviour, since the law is widely disregarded. Illegal abortions are part of a high-profit criminal industry: “This offers targets for the blackmailer and corrupting temptations to law enforcement agencies”⁷⁰. What should be done? “In circumstances such as these it seems most desirable to many critics of the law that the issue should be calmly viewed as one to be decided by consideration of the balance of harm done by the practice, and the harm done by existing law”⁷¹. For him, the most important arguments are “factual arguments tending to show that the practice does little harm compared with the harm and misery caused by its punishment”⁷².

Some argue that punishing abortion maintains a general respect for the sanctity of human life, but this argument is unconvincing: “the difference between termination of a pregnancy resulting in the death of a foetus and other forms of destruction of human life are so great that the legalisation of the former does not constitute any threat to the general respect for the sanctity of human life in other forms”⁷³.

Some argue that legalizing abortion may lead to sexual immorality (sex outside marriage). Hart does not think so: “the moral condemnation of this practice is largely religious and so least likely to fluctuate with changes in the law”⁷⁴. Moreover, 90% of illegal abortions are performed by married women who do not wish to bear another child⁷⁵.

68 H.L.A. Hart, “Bentham’s Principle of Utility and Theory of Penal Law”, *art. cit.*, p. cix.

69 *MCL*, p. 47.

70 H.L.A. Hart, “Abortion Law Reform: The English Experience”, *Melbourne University Law Review*, vol. 8, 1972, p. 392.

71 *MCL*, p. 47.

72 *MCL*, p. 49.

73 H.L.A. Hart, “Abortion Law Reform: The English Experience”, *art. cit.*, p. 398.

74 *MCL*, p. 48.

75 *MCL*, p. 48, note 1.

In short, as summarized by Hart in his 1963 preface to *Law, Liberty and Morality*:

Many hope that the Suicide Act may be followed by further measures of reform and that certain forms of abortion, homosexual behaviour between consenting adults in private, and certain forms of euthanasia will cease to be criminal offences; for they think that here, as in the case of suicide, the misery caused directly and indirectly by legal punishment outweighs any conceivable harm these practices may do⁷⁶.

b) Cases where it is

Hart considers that punishment *sometimes* prevents some greater evil and, therefore, *may* be justified. Let us take the case of offences against property and against the person. If they were not punished, we would go back to the state of nature. As Hart puts it: “In a population of a modern state, if there were no organized repression and punishment of crime, violence and theft would be hourly expected⁷⁷.” To prove it, we could take the example of a police strike. On 4 February 2017, the state police of Espírito Santo in Brazil announced a general strike. The result was near-anarchy⁷⁸: 143 people were slain between 4 February and 13 February, compared to 4 people in all of January; shops were looted and damaged; schools and hospitals closed; transportation system was paralysed; residents became hostages in their own homes; 3,000 soldiers were deployed. The strike cost the state of Espírito Santo about £100 million in lost revenue.

Moreover, if offences against property and against the person were not punished, private justice and cycles of revenge would reappear. This is well described by Hart:

punishments for violations of the rules, and other forms of social pressure involving physical effort or the use of force, are not administered by a special agency but are left to the individuals affected or to the group at large. It is obvious that the waste of time involved in the group's unorganized efforts to catch and punish offenders, and the smouldering vendettas which may result from self-help in the absence of an official monopoly of “sanctions”, may be

⁷⁶ *LLM*, 1963 preface.

⁷⁷ *CL*, p. 219.

⁷⁸ <https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2017/03/01/police-went-on-strike-in-a-brazilian-state-the-result-was-near-anarchy/>

serious⁷⁹.

We should not forget that cycles of revenge were one of the biggest problems in primitive societies lacking an official monopoly of sanctions⁸⁰. Thus, the criticism that Hart failed to explain the public monopoly on sanctions is unfounded⁸¹.

c) Objections

These three cases, limited as they are, raise many questions. One could object that I am confusing the question whether a type of conduct should be prohibited with the question whether its punishment is justified. Answer to this objection: I am not confusing these two questions, since it can be argued that the repression of a type of conduct is not justified although it should be prohibited. Hart gives the example of international law. Its rules are obligatory: there is general pressure to comply with them, claims are based on them, their violation is considered to justify retaliatory measures. However, they should not be accompanied by organized sanctions, because “the organization and use of sanctions may involve fearful risks” such as wars “and the threat of them add little to the natural deterrents⁸²”.

One could object that it is very difficult to quantify the harm caused by punishment and the harm caused by the absence of punishment (in order to compare them). However, we do this kind of calculation very often on a daily basis without encountering any major difficulties. For example, as Hart explains, one cannot say that someone is obliged to do something if the harm threatened is insignificant in comparison with the serious consequences of complying with the orders: the concept of “being obliged” is based on *common judgments of comparative harm*⁸³. Furthermore, social sciences are becoming more and more accurate and can help us to do this kind of calculation.

79 CL, p. 93.

80 R. Girard, *The Violence and the Sacred*, trans. P. Gregory, Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1979.

81 “Hart never took the time to explain his assumptions about state monopoly on criminal punishment [...]” (M. Thorburn, “The Radical Orthodoxy of Hart’s *Punishment and Responsibility*”, in M.D. Dubber (ed.), *Foundational Texts In Modern Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 294.)

82 CL, p. 219.

83 CL, p. 83.

One could object that the consequences of punishment are infinite: one cannot know what harm punishment causes. Here is Hart's answer:

The Utilitarian assertion that the rightness of an action depends on its consequences is not the same as the assertion that it depends on all those later occurrences which would not have happened had the action not been done, to which indeed "no limit can be set". It is important to see that the issue here is not the linguistic one whether the word "consequence" would be understood if used in this way. The point is that, though we could, we do not think in this way in tracing connections between human actions and events. Instead, whenever we are concerned with such connections [...] we employ a set of concepts restricting in various ways what counts as a consequence. These restrictions colour *all* our thinking in causal terms⁸⁴ [...].

One could also object that our comparisons are not sufficiently specified. We have to specify what kind of punishment is used. For instance, punishing traffic offences may prevent a greater evil if *fines* are used, but it may cause a greater evil if the *death penalty* is used. Thus, punishment may be justified in one case but not in the other. This objection is relevant. Nonetheless, it could be answered that in the cases studied above (homosexuality, abortion, offences against property and the person), I assumed that the standard penalty was used, i.e. imprisonment. As Hart puts it in a different context: "We must start somewhere, and in practice the starting point is apt to be just the traditional or usual penalty for a given offence⁸⁵."

d) The mechanisms of prevention

The question whether punishment prevents more harm than it causes should not be confused with the question concerning the *mechanisms* of prevention. *How* does punishment prevent theft, rape or traffic offences? Bentham's opinion on this issue is clearly summarized by Hart:

The chief medium of prevention is the law's threat of punishment made to influence the will of those tempted to offend, reinforced by the example of its infliction on actual offenders on whom such infliction is intended to operate either by influencing their will against repeating their offence, or by disabling them for longer or shorter periods from doing so. So Bentham presents punishment as operating mainly through fear both as a general and individual

⁸⁴ *CIL*, p. 69-70.

⁸⁵ *PR*, p. 162.

deterrent, but places great emphasis on the prime importance of the former and the force of example, though he also allows that punishment made by publicly and memorably stamping an offence with ignominy sometimes operates in the character of “a moral lesson” to inspire the public with aversion to pernicious habits and dispositions, and strengthen and inculcate good ones⁸⁶.

Maybe Bentham was right, maybe he was wrong. Maybe other mechanisms could be added. The important point is that we do not *need* to solve this criminological issue to give an answer (either positive or negative) to the question of justification. The only thing we need to know *at this stage* is whether punishment prevents more harm than it causes, whatever the medium of prevention is⁸⁷. It is very misleading to say that Bentham's justification is a “deterrence justification” for two reasons: punishing certain offences can deter without being justified; deterrence is not the only mechanism of prevention mentioned by Bentham.

3. Is punishment a necessary evil?

If we succeed in proving that the punishment of certain offences prevents a greater evil, we have only done half of the work. Indeed, it will not be justified until we show that there is no better alternative. In *The Concept of Law*, Hart defends the view that punishment is a *natural necessity*:

we do need to distinguish the place that sanctions must have within a municipal system, if it is to serve the minimum purposes of beings constituted as men are. We can say, given the setting of natural facts and aims, which make sanctions both possible and necessary in a municipal system, that this is a *natural necessity*; and some such phrase is needed also to convey the status of the minimum forms of protection for persons, property, and promises which are similarly indispensable features of municipal law⁸⁸.

there are in a municipal system, as we have ourselves stressed, certain provisions which are justifiably called necessary; among these are primary rules of obligation, prohibiting the free use of violence, and rules providing for the official use of force as a sanction for these and other rules. If such rules and organized sanctions supporting them are in this sense necessary

⁸⁶ H.L.A. Hart, “Bentham's Principle of Utility and Theory of Penal Law”, *art. cit.*, p. civ.

⁸⁷ See D.E. Scheid, “Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. X, n° 2, 1997, p. 453-455.

⁸⁸ *CL*, p. 199.

for municipal law, are they not equally so for international law? [...] In societies of individuals, approximately equal in physical strength and vulnerability, physical sanctions are both necessary and possible. [...] But, just because the simple truisms which hold good for individuals do not hold good for states, and the factual background to international law is so different from that of municipal law, there is neither a similar necessity for sanctions (desirable though it may be that international law should be supported by them) nor a similar prospect of their safe and efficacious use⁸⁹.

Why are organized sanctions necessary? Because of certain truisms about human beings. Human beings have a limited strength of will: "All are tempted at times to prefer their own immediate interests and, in the absence of a special organization for their detection and punishment, many would succumb to the temptation"⁹⁰. Human beings are not devils, but they are neither angels⁹¹. There will always be people who try to obtain the advantages of the system without respecting its rules. The problem is that "no mere natural deterrents could in any but the simplest forms of society be adequate to restrain those too wicked, too stupid, or too weak to obey the law"⁹². Social pressure is not enough, and punishment is needed.

In *The Force of Law*, Schauer elaborates on this thesis. He argues that sanction-free law may be a theoretical possibility but cannot be an empirical reality: "every existing legal system appears to recognize the need for some way of coercing compliance with the law"⁹³.

But the natural necessity thesis could be challenged. One could object that Hart has not sufficiently examined the alternatives to punishment such as therapy, rehabilitation, reparation or reward.

a) Therapy

In "Legal Responsibility and Excuses", Hart writes:

From Plato to the present day there has been a recurrent insistence that if we were rational we

89 *CL*, p. 218-219. See also: "We must start, of course, with *the need for criminal law and its sanctions* as at least some check on behaviour that threatens society." (*PR*, p. 46, my italics.)

90 *CL*, p. 197.

91 *CL*, p. 196.

92 *CL*, p. 219.

93 F. Schauer, *The Force of Law*, Cambridge: Harvard University Press, 2015.p. 93.

would always look on crime as a disease and address ourselves to its cure. We would do this not only where a crime has actually been committed but where we find well-marked evidence that it will be. We would take the individual and treat him as a patient before the deed was done⁹⁴.

Indeed, Plato argues in *Gorgias* that the wrongdoer suffers from a disease and that his soul has to be cured. However, he contends that his soul has to be cured by punishment. The wrongdoer must go to the judge as if to the doctor⁹⁵. Plato does not defend an alternative to punishment, but an alternative justification of punishment. Wrongdoers are punished for their own good. If curing a leper is unobjectionable, then punishing a wrongdoer is unobjectionable, because it is exactly the same thing.

The abolitionist view that crime is a disease and should be cured by non-punitive means was defended by Menninger in a paper published in 1959 (on the same year as “Prolegomenon to the Principles of Punishment”) and reprinted as “Therapy, Not Punishment”. In this paper, Menninger does not focus on petty offences but on offences punishable by imprisonment such as rape, bank-robbing, check-forging, vandalism, etc. Those who commit these crimes are usually “individuals of borderline self-control⁹⁶”, “persistently perverse, lonely, and resentful individual[s]⁹⁷”, “unloved children, grown-up physically but still hungry for human concern⁹⁸”. The reason why they commit these crimes is that they become “involved in waves of discouragement or cupidity or excitement or resentment leading to episodes of social offensiveness⁹⁹”. Menninger argues that we should *not* punish these criminals, but *treat* them after a medical diagnosis. They should be confined indefinitely until cured.

Hart does not criticize the view that therapy should be substituted to punishment. He only emphasizes that from that perspective, traditional controversies over punishment are a waste of time:

94 *PR*, p. 51.

95 “he must go of his own freewill where he may the soonest pay the penalty, to the judge as if to his doctor, with the earnest intent that the disease of his injustice shall not become chronic and cause a deep incurable ulcer in his soul.” (Plato, *Gorgias*, trans. W.R.M. Lamb, Cambridge: Harvard University Press, 1925, 480A, p. 375.)

96 K. Menninger, “Therapy, Not Punishment”, in R.M. Baird, S.E. Rosenbaum (eds.), *Punishment and the Death Penalty: The Current Debate*, Amherst: Prometheus Books, 1995, p. 42.

97 K. Menninger, “Therapy, Not Punishment”, *art. cit.*, p. 43.

98 K. Menninger, “Therapy, Not Punishment”, *art. cit.*, p. 42.

99 K. Menninger, “Therapy, Not Punishment”, *art. cit.*, p. 43.

Of course, the distinction just emphasized between (1) a utilitarian justification of punishment qualified by recognition of the innocent individual's claim not to be sacrificed to society, and (2) a frankly retributive "theory" in which punishment is justified simply as a return for moral evil, must become meaningless if crime is regarded (as it is in some contemporary thought) always and only as a disease, with the corollary that it should be treated always and only with preventatives and cures. From this point of view a utilitarianism qualified by the principle that it is just only to inflict punishment on those who have voluntarily broken the law is as absurd as a theory that says, as an extreme retributivist theory does, that the justification for punishment is simply to match the past evil of misconduct with the pain of suffering. Indeed, the notion of fairness or justice would be almost senseless in the context of this outlook, for the contention that it is fair or just to punish those who have broken the law must be absurd if the crime is merely a manifestation of a disease.

However, Menninger's view is not as subversive as one could think. Almost all legal systems stipulate that those who suffer from mental illness and lack the normal capacities of understanding and control should not be punished, but cured in medical institutions. The main difference between Menninger and almost all legal systems is their *anthropological assumptions*: the former holds that criminals are *usually* sick, while the latter holds that criminals are *rarely* sick. Thus, the central question is empirical: is crime always and only a disease?

I am not a psychiatrist nor a doctor, so I am obliged to cite the scientific consensus, which clearly contradicts Menninger's premise: "Although violence associated with mental disorders is significantly higher than that observed among the general population, the absolute number of assaults committed by patients is still low. Between 85 and 97% of violent offenders are not mentally ill¹⁰⁰."

However, let us suppose that Menninger's premise is true and that we substitute therapy for punishment. We would only be displacing repression rather than suppressing it, because of what Cusson calls "the law of the persistence of punishments": "Any sustainable program for the treatment of offenders has punitive elements, usually hidden, which not all efforts succeed in removing¹⁰¹." For example, if the patient commits a fault (aggression, indiscipline, escape,

100 J.-L. Dubreucq, C. Joyal, F. Millaud, "Risk of violence and serious mental disorders", *Annales Medico Psychologiques*, 163, 2005, p. 852.

101 M. Cusson, *Le contrôle social du crime*, Paris: P.U.F., 1983, p. 77.

etc.) during his treatment, he will be isolated, lose his right to freedom of movement, extend his stay, etc.

b) Rehabilitation

What is rehabilitation¹⁰²? Hart describes it as a vague objective:

“Reform” as an objective is no doubt very vague; it now embraces any strengthening of the offender’s disposition and capacity to keep within the law, which is intentionally brought about by human effort otherwise than through fear of punishment. Reforming methods include the inducement of states of repentance, or recognition of moral guilt, or greater awareness of the character and demands of society, the provision of education in a broad sense, vocational training, and psychological treatment¹⁰³.

It is based on three main assumptions: respect for the law is the result of the socialization of the individual and his adaptation to life in society; offences are due to insufficient socialization or adaptation; this deficiency can be remedied by rehabilitation¹⁰⁴.

Rehabilitation and therapy should be clearly distinguished. Both are coercive measures, but rehabilitation is grounded on insufficient socialization or adaptation, whereas therapy is grounded on disease, mental illness, pathology, etc. They do not meet the same needs.

Hart was writing at a time when the “rehabilitative ideal¹⁰⁵” was at its peak. Even though its development began towards the end of the 19th century, it intensified after WWII for two reasons: because of the progress of humanitarianism and human rights; because of the advent of the welfare state whose function is to ensure the well-being of citizens¹⁰⁶.

Rehabilitation can be seen in at least three ways: it can be seen as the *objective* of punishment; as an *addition* to punishment; as an *alternative* to punishment. What interests us here is the

102 In what follows, I will consider rehabilitation, reform, resocialization, readaptation, etc., as synonyms.

103 *PR*, p. 26.

104 R. Gassin, S. Cimamonti, P. Bonfils, *Criminologie*, Seventh Edition, Paris: Dalloz, 2011, p. 733.

105 F.A. Allen, “Criminal Justice, Legal Values and the Rehabilitative Ideal”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 50, n° 3, p. 226-232.

106 N. Lacey, H. Pickard, “The Chimera of Proportionality: Institutionalising Limits on Punishment in Contemporary Social and Political Systems”, *The Modern Law Review*, vol. 78, n° 2, p. 224.

third possibility but I will make some comments on the first two.

Hart argues that rehabilitation cannot be and should not be the *dominant* objective of punishment: “this is a possible ideal but is not an ideal for punishment¹⁰⁷.” First, it is highly doubtful that punishing offenders will *per se* rehabilitate them, quite the contrary. Prison should not be confused with prison programs. Second, we should not “subordinate the prevention of first offences to the prevention of recidivism¹⁰⁸”. If we have the choice between two sentences, we should prefer the one that is more deterrent but less rehabilitative to the one that is more rehabilitative but less deterrent. Indeed, it is better to have a significant decrease in the total number of burglaries but an increase in the recidivism of burglars, than a significant decrease in the recidivism of burglars but an increase in the total number of burglaries. Thus, “it would indeed be socially mischievous to subordinate all other considerations to that of reform¹⁰⁹”.

It appears that, for Hart, the objective of rehabilitation should be pursued within prisons through various programs: “Reform can only have a place within a system of punishment as an exploitation of the opportunities presented by the conviction or compulsory detention of offenders. It is not an alternative General Justifying Aim of the practice of punishment¹¹⁰ [...]” This means that vocational training, education and alike should be proposed to all prisoners who need it to facilitate their reintegration and prevent them reoffending.

But could rehabilitation be an alternative to punishment? When offenders do not need to be rehabilitated, for instance “where the legal offence is not a serious moral one: e.g. infringing a state monopoly of transport¹¹¹”, substituting rehabilitation to punishment would not be appropriate. But would it be appropriate when they *do* need to be rehabilitated? Given “the futility and indeed harmful character of much traditional punishment¹¹²”, it may prevent recidivism more efficiently at a “cheaper rate”. Furthermore, as Golash explains, many studies showed that rehabilitation programs are less effective in institutions than in the community¹¹³.

107 *PR*, p. 26.

108 *PR*, p. 27.

109 *PR*, p. 240.

110 *PR*, p. 26.

111 *PR*, p. 26.

112 *PR*, p. 26.

113 D. Golash, *The Case against Punishment: Retribution, Crime Prevention, and the Law*, New York, London: New York University Press, 2005, p. 38.

One could worry that it would provide no deterrence, but instead an incentive to break the law¹¹⁴. But Hart agrees with Wootton that we know very little about deterrence¹¹⁵. Moreover, as Hart remarks, rehabilitation is a compulsory measure that is not necessarily less aversive than punishment: “Thus it is now the law that a young offender may be sent to borstal training which may last as long as three years, although his last offence is punishable by a maximum penalty of one year¹¹⁶.”

One could also worry that it would be unfair, for similar cases would not be treated alike: for the same offence one offender is sent to prison and the other to rehabilitation. But if one offender needs rehabilitation and the other does not, then their cases are different, there is a relevant difference between them. Furthermore, Hart holds that the principle of formal justice has only a subordinate place¹¹⁷.

One could also object that rehabilitation does not work. But this is an empirical statement on which there is no consensus among criminologists. It was common in the 70s to say with Martinson that “nothing works”, but we have to move beyond the “nothing works” era¹¹⁸.

Thus, the idea that, *in some cases*, rehabilitation could replace punishment should not be dismissed lightly but considered seriously.

c) Reparation

Another promising alternative to punishment is reparation. To present this alternative, I will use an article by Barnett, “Restitution: A New Paradigm for Criminal Justice¹¹⁹”, and a book by Boonin elaborating Barnett’s idea, *The Problem of Punishment*¹²⁰.

Barnett takes from Kuhn the notion of paradigm and contends that the paradigm of

114 This is what D. Boonin calls the “the insufficient deterrence objection” in *The Problem of Punishment*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 264.

115 *PR*, p. 241.

116 *PR*, p. 167.

117 *PR*, p. 233.

118 F.T. Cullen, “Beyond Nothing Works”, *Crime and Justice*, vol. 42, n° 1, 2013, p. 299-376.

119 R.E. Barnett, “Restitution: A New Paradigm for Criminal Justice”, *art. cit.*, p. 279-301.

120 D. Boonin, *The Problem of Punishment*, *op. cit.*, 2008.

punishment is in a crisis period. Imprisonment is very expensive and usually corrupts prisoners. Punishment is rarely reformatory. The question of whether punishment has a deterrent effect is disputed and, in any case, it is immoral to punish a criminal to deter others because we treat him as means. The idea that evil should be repaid by evil is nonsensical. In short: "The crisis of the paradigm of punishment has at its roots the collapse of its twin pillars of support: its moral legitimacy and its practical efficacy¹²¹."

What is needed is a new paradigm, namely the paradigm of restitution. Two types of restitution must be distinguished: punitive restitution and pure restitution. Punitive restitution consists in "making the criminal pay", i.e. in making him suffer by forcing him to compensate the victim. Barnett is against punitive restitution because it is only an attempt to salvage the paradigm of punishment. Pure restitution does not aim at deterrence, incapacitation or reformation but only at reparation. The criminal is not deliberately made to suffer for his mistake, but only required to repair his mistake. Here is what it would look like:

When a crime occurred and a suspect was apprehended, a trial court would attempt to determine his guilt or innocence. If found guilty, the criminal would be sentenced to make restitution to the victim. If a criminal is able to make restitution immediately, he may do so. This would discharge his liability. If he were unable to make restitution, but were found by the court to be trustworthy, he would be permitted to remain at his job (or find a new one) while paying restitution out of his future wages. This would entail a legal claim against future wages. Failure to pay could result in garnishment or a new type of confinement. If it is found that the criminal is not trustworthy, or that he is unable to gain employment, he would be confined to an employment project. This would be an industrial enterprise, preferably run by a private concern, which would produce actual goods or services¹²².

Boonin gives a more detailed definition of pure restitution. Several conditions must be met. First, the offender must have *caused harm* to his victim, that is must have made her worse off than he would have been had the act not occurred. Second, the offender must have *wrongfully* caused harm to his victim, that is his harmful act must be prohibited and the legal prohibition must be just and reasonable. Third, the offender must be *responsible* for the harm he wrongfully caused. Fourth, the offender must restore his victim to the level of well-being he

121 R.E. Barnett, "Restitution: A New Paradigm for Criminal Justice", *art. cit.*, p. 285.

122 R.E. Barnett, "Restitution: A New Paradigm for Criminal Justice", *art. cit.*, p. 289.

rightfully enjoyed before the offence¹²³.

Barnett argues that the paradigm of restitution would have many advantages. First, assistance would be provided to the victim who suffered a loss. Second, the victim would be encouraged to report the offence to police. Third, it would facilitate the rehabilitation of the offender. Fourth, the offender's confinement would be in his own hands: if he works hard, he can quickly make restitution. Fifth, it would be less expensive for the community. Sixth, it would be a good deterrent. In short, the paradigm of restitution would benefit the victim, the offender and the taxpayer¹²⁴.

Hart knew this alternative, since he made a review of *Justice* by Del Vecchio in which the author defends it. Here is how Hart summarizes Del Vecchio's view:

The book ends with an appendix on the basis of penal justice which is full of thoughtful and humane reflections. In the author's view the application of the notion of justice to a penalty for a crime and the retributive theory of punishment associated with it is a mistake bred of the primitive confusion between the notions of reparation and punishment and he advocates in its place the extended application of the techniques of rehabilitation, and more serious consideration of the requirement of justice that the criminal should, so far as he can, make reparation to his victim for the injuries inflicted¹²⁵.

Hart's comment is very positive. It seems that this book has left its mark, for Hart also argues that retributivism makes the "primitive" confusion between punishment and compensation:

No doubt there is often an inclination to treat punishment like compensation and measure it by the outcome alone. There may even be at times a public demand that this should be done. And no doubt if the machinery of justice were nullified or could not proceed unless the demand were gratified we might have to gratify it and hope to educate people out of this misassimilation of the principles of punishment to those of compensation. But there seems no good reason for adopting this misassimilation as a principle¹²⁶ [...].

123 D. Boonin, *The Problem of Punishment*, *op. cit.*, p. 220-224.

124 R.E. Barnett, "Restitution: A New Paradigm for Criminal Justice", *art. cit.*, p. 293-294.

125 H.L.A. Hart, "Justice", *Philosophy*, vol. 28, n° 107, 1953, p. 352.

126 *MCL*, p. 53. See also: "To many people such a theory of punishment seems to confuse punishment with compensation, the amount of which should indeed be fixed in relation to harm done. Even if punishment and compensation were not distinguished in primitive law, many think that this is no excuse for confusing them now." (*PR*, p. 130-131.) See also: "Other critics still regard [the retributive principle] as a primitive confusion

Hart further acknowledges that the principle that we are responsible for the harm we cause is at least as universal and intuitive as the principles of justice he defends in “Prolegomenon to the Principles of Punishment”: “That we are responsible for the harm we cause is a principle that makes an immediate appeal to common moral sensibility¹²⁷.” However, to my knowledge, Hart does not discuss the idea that reparation should be substituted to punishment. Is this idea convincing? As Barnett asks: “What then is there to stop us from overthrowing the paradigm of punishment and its penal system and putting in its place this more efficient, more humane, and more just system¹²⁸?”

First objection, what is to be done in case of murder? The victim is dead and the harm caused cannot be repaired. Boonin's solution is to go back to “*wergeld*”, even if he does not use this terminology. According to the *Oxford English Dictionary*, *wergeld* was in ancient Teutonic and Old English law “the price set upon a man according to his rank, paid by way of compensation or fine in cases of homicide and certain other crimes to free the offender from further obligation or punishment”. But there are many problems with this solution. It leaves the possibility for billionaires to afford a murder. It should be remembered that one of the reasons why pecuniary compositions were abandoned in the Middle Ages in favour of corporal punishment was that they were not sufficiently deterrent and did not sufficiently protect public order (even if they did contain private vengeance)¹²⁹. Moreover, this solution is incompatible with the idea, to which we are now committed, that man has an absolute value, which cannot be weighed according to quantitative criteria¹³⁰.

Second objection, what is to be done when the offender did not cause harm? Four cases should be distinguished¹³¹: so-called victimless crimes, crimes of attempt, crimes of

of the principles of punishment with those that should govern the different matter of compensation to be made to the victim of wrong-doing.” (*PR*, p. 235.)

127 *CIL*, p. xxxv. In *The Concept of Law*, he insists that the law is unjust when it refuses to provide compensation where it is morally due: “[such laws] might fail altogether to provide a remedy for certain types of injury inflicted by one person on another, even though morally compensation would be thought due. [...] The vice of such laws would then not be the maldistribution, but the refusal to all alike, of compensation for injuries which it was morally wrong to inflict on others. The crudest case of such unjust refusal of redress would be a system in which no one could obtain damages for physical harm wantonly inflicted. It is worth observing that *this* injustice would still remain even if the criminal law prohibited such assaults under penalty.” (*CL*, p. 164.)

128 R.E. Barnett, “Restitution: A New Paradigm for Criminal Justice”, *art. cit.*, p. 294.

129 J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e édition, Paris: P.U.F., 2014, p. 288.

130 G. Simmel, *Philosophie de l'argent*, 2^e édition, trad. S. Cornille, P. Ivernel, Paris: P.U.F., 2008, p. 451-452.

131 R. Dagger, “Restitution: Pure or Punitive?”, *Criminal Justice Ethics*, vol. 10, n° 2, 1991, p. 30-31.

endangerment, crimes of unfairness. Let us examine them in turn.

So-called victimless crimes. I said previously that for Hart punishing homosexual intercourse is not justified. However, he contends that “physical paternalism” may be justified to protect people harming themselves: people are justifiably compelled to wear a crash helmet when riding a motorcycle or to wear a seat belt when driving a car¹³². Mill’s rejection of paternalism is too dogmatic:

But paternalism — the protection of people against themselves — is a perfectly coherent policy. Indeed, it seems very strange in mid-twentieth century to insist upon this, for the wane of laissez-faire since Mill’s day is one of the commonplaces of social history, and instances of paternalism now abound in our law, criminal and civil. The supply of drugs or narcotics, even to adults, except under medical prescription is punishable by the criminal law, and it would seem very dogmatic to say of the law creating this offence that “there is only one explanation”, namely, that the law was concerned not with the protection of the would-be purchasers against themselves, but only with the punishment of the seller for his immorality. [...] Mill carried his protests against paternalism to lengths that may now appear to us fantastic. He cites the example of restrictions of the sale of drugs, and criticises them as interferences with the liberty of the would-be purchaser rather than with that of the seller. No doubt if we no longer sympathise with this criticism this is due, in part, to a general decline in the belief that individuals know their own interest best, and to an increased awareness of a great range of factors which diminish the significance to be attached to an apparently free choice or to consent. Choices may be made or consent given without adequate reflection or appreciation of the consequences; or in pursuit of merely transitory desires; or in various predicaments when the judgment is likely to be clouded; or under inner psychological compulsion; or under pressures by others of a kind too subtle to be susceptible of proof in a law court. Underlying Mill’s extreme fear of paternalism there perhaps is a conception of what a normal human being is like which now seems not to correspond to the facts¹³³.

Reparation is impossible in cases such as these. What should I repair if I am arrested for not wearing a crash helmet?

Crimes of attempt. Suppose that Paul sneaks into John’s room in the middle of the night while

132 *LLM*, p. viii-ix.

133 *LLM*, p. 31-33.

John is sleeping. He points his gun at John and pulls the trigger but fails to kill him because his gun is jammed. He silently leaves the room. There are no witnesses, no one knows that an attempted murder has occurred. Paul's act caused no harm¹³⁴. Boonin's response is that Paul harmed John by exposing him to a *risk of harm*. However, it could be argued that exposing someone to a risk of harm does not count as harming him¹³⁵. Moreover, this solution does not work for impossible attempts: one of Hart's examples is that of a love-sick girl who harmlessly tries to disfigure her rival by sticking pins into her wax image¹³⁶.

Crimes of endangerment. Dagger gives two examples: driving while intoxicated and carrying a concealed weapon¹³⁷. Again, those who commit these offences can be punished, but they cannot be compelled to make reparations.

Crimes of unfairness. The most interesting example is tax cheating. The state is not harmed by tax cheating but simply receives less money than expected. It cannot compel the tax cheater to make *reparations* (since taxation is lawful extortion) but only compel him to pay the taxes he did not pay.

Third objection, the paradigm of restitution is discriminatory. Suppose that a multi-millionaire violently attacks an innocent victim and that a poor person commits the same offence causing the same harm. Under the theory of pure restitution, the multi-millionaire and the poor person should be compelled to pay the same amount of restitution, which is an unacceptable consequence¹³⁸. Boonin's ingenious reply (which has a strong Benthamian flavour) is that the multi-millionaire and the poor person did not cause the same harm because "the objective insecurity and subjective anxiety caused to others will be much greater if the offender is rich¹³⁹". Therefore, the multi-millionaire owes much greater compensation.

Fourth objection, reparation is only a pseudo-alternative. This, I think, is the strongest objection. As Barnett explains, failure to pay may result in "a new type of confinement" and

134 D. Boonin, *The Problem of Punishment*, *op. cit.*, p. 250-251.

135 S.R. Perry, "Risk, Harm, and Responsibility", in D.G. Owen (ed.), *The Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 321-346.

136 *EJP*, p. 389.

137 R. Dagger, "Restitution: Pure or Punitive?", *art. cit.*, p. 30.

138 D. Boonin, *The Problem of Punishment*, *op. cit.*, p. 259.

139 D. Boonin, *The Problem of Punishment*, *op. cit.*, p. 260.

the offender may “be confined to an employment project¹⁴⁰”. Boonin holds that if a drunk driver endangers people on the road, he could be deprived of his driver’s license or of his car and forced to undergo an alcoholism treatment to restore his victims to their previous level of security or well-being. He also contends that a burglar could “be compelled to wear a device by which his location could be monitored by the police at all times” or “subjected to intensive supervision” or “simply be locked up¹⁴¹” to restore his victims to their previous level of security or well-being. Thus, it seems that there is no difference between restitution and punishment. In practice, it amounts to the same thing. Restitution may be even worse than punishment. What Hart says about “individualized measures” applies to the paradigm of restitution: “it is well to remember that the new individualized measures [...] did not always mean a sentence which criminals themselves liked better: very often it meant for them something much longer than what they would get from judges operating rough ideas of proportion¹⁴².”

Boonin’s reply is that the harms to the person compelled to make reparations are not *intended* but only *foreseen*¹⁴³. Hart would object that it does not make any moral difference. In “Intention and Punishment”, he strongly criticises the Catholic doctrine of “double effect” according to which there is a moral difference between killing a foetus to save the mother and saving the mother with a treatment that will inevitably kill the foetus: in the first case, the death of the foetus is a means to an end, therefore, the action is not permissible; in the second case, the death of the foetus is a foreseen side-effect, therefore, the action is permissible. Hart argues that this makes no sense since the consequences are the same:

The differences between the cases are differences of causal structure leading to the applicability of different verbal distinctions. There seems to be no relevant moral difference between them on any theory of morality. It is perfectly true that those cases that the Catholic doctrine forbids may be correctly described as cases of intentional killing (intentionally killing the dying man to stop his pain, intentionally killing the unborn child to save the mother), whereas the cases which the doctrine allows are naturally described as cases of “knowingly causing death”. But neither these verbal differences nor the differences in causal structure are

140 R.E. Barnett, “Restitution: A New Paradigm for Criminal Justice”, *art. cit.*, p. 289.

141 D. Boonin, *The Problem of Punishment*, *op. cit.*, p. 232.

142 *PR*, p. 166. See also Gardner: “In some cases, the reparative or restitutionary consequences of a private lawsuit may inflict worse suffering on wrongdoers (albeit only as a side-effect) than would a criminal prosecution and punishment for the same wrong.” (J. Gardner, “Introduction”, in *PR*, p. xxxix.)

143 D. Boonin, *The Problem of Punishment*, *op. cit.*, p. 233-234.

correlated with moral factors. [...] It seems that the use of the distinction between direct and oblique intention to draw the line, as Catholic doctrine does, between what is sin and what is not sin, in cases where the ultimate purpose is the same, can only be explained as the result of a legalistic conception of morality as if it were couched in the form of a law in rigid form prohibiting all intentional killing as distinct from knowingly causing death¹⁴⁴.

One could also argue that it *does* make a moral difference, but only a very small one. Killing intentionally is more serious on “a commonsense scale of gravity¹⁴⁵” than killing knowingly, but both are very serious. We can tread a middle way between Hart's radical view that there is no difference and the catholic view that the difference is a difference between what is permissible and what is not. Maybe this is Hart's real position since he says:

But when the stage of conviction in a criminal proceeding is past, and the question becomes how severely the criminal is to be punished, the matter previously neglected often becomes relevant. Distinctions may be drawn at this stage between the man who acted for a certain purpose and one who acted merely foreseeing that certain consequences would come about¹⁴⁶.

Why do we consider that there is a difference in gravity? Hart attempts an interesting explanation: perhaps when the consequences are intended, rather than simply foreseen, we have the feeling that the will of the agent is somehow “soiled”: “his will is thus identified with an evil aim and it is somehow morally worse than the will of one who in the pursuit of the same further end does something which, as the agent realizes, renders the man's death inevitable as a second effect¹⁴⁷.” Another possible explanation is that when the unfortunate consequences are simply foreseen (and unintended) and are not logically inevitable, then one can hope that they will not occur (and, indeed, they may not occur)¹⁴⁸.

d) Reward

The last alternative is reward. In *Science and Human Behavior*, Skinner argues punishment as

144 *PR*, p. 124-125.

145 *PR*, p. 25.

146 *EJP*, p. 98. Aussi: “showing that the damage was not intentional, but the upshot of thoughtlessness or carelessness, has its relevance as a mitigating factor affecting the quantum of blame or punishment.” (*PR*, p. 136.)

147 *PR*, p. 127.

148 “Thus in the Desmond case – one of indirect intention – there was logically room for Barrett to hope, as no doubt he did, that no one would be killed, although he realized that this was most unlikely.” (*PR*, p. 124.)

a technique of control is weak. Instead of deterring the citizen from acting illegally by punishment, we should induce the citizen to act legally by reward. Instead of controlling agricultural production through punishment, we should employ positive reinforcement with subsidies. As he explains:

Motorists are usually induced to obey traffic signals by a familiar process. A certain percentage of those who go through stop signs, for example, are punished. An alternative procedure which has been tried successfully is to commend or otherwise reinforce motorists who obey signs. This is clearly not an adequate technique for all drivers, but it has a measurable effect upon many who might otherwise be only partially controlled by traffic signals¹⁴⁹.

Skinner argues that ethical and religious control has moved slowly from coercive techniques to positive inducements: nowadays, “good” is more important than “bad”, “Heaven” is more important than the punishments of Hell and the anger of God. It is time for governmental agencies to make the same transition¹⁵⁰.

However, in *The Rationale of Reward*, Bentham explains why it is impossible to replace punishment with reward. If the state threatens to punish and everyone obeys, then no one need be punished. On the other hand, if the state promises to reward (in money or honour or exemption) and everyone obeys, then everyone ought to be rewarded, which is impossible or unreasonable. Indeed, rewards in money arise from taxes, i.e., taxpayers' efforts; rewards in honour by definition imply pre-eminence; rewards in exemption are always at someone else's expense. For Bentham, punishment is a necessity, reward is a luxury: without punishment, society cannot subsist; without reward, it still subsists, but with less pleasure. To convince us of this, he offers us the following tale:

A young king, in the first ardour for improvement, having resolved to purge his kindgom from all crime, was not satisfied with this alone. His natural gentleness was shocked at the idea of employing punishment. He determined to abolish it altogether, and to effect everything by reward. He began with the crime of theft: but in a short time, all his subjects were entitled to reward; all of them were honest. Every day there were entitled to new rewards; their honesty remained inviolate. A scheme for preventing smuggling was proposed to him. “Wise king”, it

149 B.F. Skinner, *Science and Human Behavior*, The B.F. Skinner Foundation, 1965, p. 346.

150 B.F. Skinner, *Science and Human Behavior*, *op. cit.*, p. 345.

was said, “for every penny that ought to be paid into your treasury, give two, and the hydra is vanquished”. The victory was certain; but he perceived that, like that of Pyrrhus, it would be somewhat costly¹⁵¹.

According to Bentham, punishment should be replaced by reward only when we desire to bring about useful action: “It is reward alone, and not punishment, which a man ought to employ, when his object is to procure services, the performance of which may or may not be in the power of those with whom he has to do¹⁵².” Punishment is a *bridle*, it is good for restraining, producing “negative acts”, preventing us from doing what we are tempted to do. On the other hand, the reward is a *spur*, it is good for exciting, producing “positive acts”, inciting us to do what we are not tempted to do. For instance, punishing the withholding of information would not be justified, but rewarding the giving of information would be.

Hart knew these passages from *The Rationale of Reward*. In “Legal Powers”, he points out that, for Bentham, there are mainly two ways of obtaining obedience from citizens:

by threatening punishment if the act is not done or by offering reward if it is done. These two forms of motivation or influence, the stick and the carrot, Bentham calls, in his quaint terminology, ‘coercive’ and ‘alluring’ influence. Obviously for the law the stick is more important than the carrot as a method of securing conformity, though among Bentham’s lesser known works there are some important contributions to jurisprudence, and indeed to social science, advocating and studying various forms of carrot or reward as a method of social control¹⁵³.

Hart explains that Bentham recognizes a set of laws that he calls the “praemiary” laws, which do not provide a penalty for disobedience but do provide a reward for obedience¹⁵⁴. For Bentham, there can be laws without coercive sanctions. However, there can be no legal obligation without coercive sanction: “praemiary” laws do not create obligations. Hart notes that Bentham does not use the word “sanction” in the narrow sense of “punishment”¹⁵⁵. Indeed, any reward is a sanction. Hart warns that, for Bentham, such sanctions must be rare:

151 J. Bentham, *The Rationale of Reward*, in *The Works of Jeremy Bentham*, Volume Two, Edinburgh: William Tait, 1843, p. 208.

152 J. Bentham, *The Rationale of Reward*, *op. cit.*, p. 205.

153 *EB*, p. 201.

154 *EB*, p. 109.

155 *EB*, p. 246.

coercive sanctions, i.e. punishments, must be the dominant means of social control.

4. Objections

In the end, it cannot be said with certainty that Bentham's second condition is met. The thesis that punishment is a "natural necessity" *can* be challenged. But let us suppose for the sake of the argument that Bentham's two conditions are met. Does it mean that the punishment of some offences is justified?

One could object that the justification is incomplete. As I said previously, the defence of necessity in criminal law (sometimes) adds a third condition: if the perpetrator was reckless or negligent in bringing about the situation requiring a choice of evils, this justification is unavailable. Thus, can we say that the government ignored its duties and, as a result, is obliged to punish to prevent a greater evil?

In the 18th century, Holbach raised this issue, although he defended a utilitarian theory of punishment. He wondered whether society and its bad institutions were not responsible, because of their negligence, for delinquency and whether, as a result, they had the right to punish offenders, however necessary that might be. As he explains:

This dreadful iniquity becomes yet more crying, when the laws decree the most cruel tortures for crimes to which the most irrational customs give birth; which bad institutions multiply. Man, as it cannot be too frequently repeated, is so prone to evil, only because every thing appears to urge him on to the commission, by too frequently showing him vice triumphant: his education is void in most states; he receives from society no other principles, save those of an unintelligible religion, which make but a feeble barrier against his propensities: in vain the law cries out to him: "abstain from the goods of thy neighbour"; his wants, more powerful, loudly declare to him that he must live at the expense of a society who has done nothing for him, and who condemns him to groan in misery and in indigence; frequently deprived of the common necessities, he compensates himself by theft, and by assassination [...]; and society punished him rigorously for those fatal and necessary dispositions, which it has itself engendered in his heart¹⁵⁶ [...].

156 Baron d'Holbach, *System of Nature*, trans. H.D. Robinson, vol. 1, Boston: J.P. Mendum, 1889, p. 107.

Holbach compares state punishment with unjust fathers who punish their children for vices which they have themselves made them contract¹⁵⁷. He also compares state punishment with “a man attacked with the *lousy* disorder, who is obliged to kill the insects, although it is his own diseased constitution which every moment produces them¹⁵⁸”.

Hart's answer to this problem can be found in *The Concept of Law*. He explains that it is not the government's negligence that makes punishment necessary, but *human nature*. Human nature is such that, in the absence of official sanctions, there would be malefactors reaping the advantages of respect for law on the part of others and cycles of revenge; many would succumb to the temptation to prefer their own immediate interests; men would refuse to cooperate voluntarily, etc. If humans were angels, punishment would not be needed: “As things are, human altruism is limited in range and intermittent, and the tendencies to aggression are frequent enough to be fatal to social life if not controlled¹⁵⁹.”

However, he concedes to the Marxists that maybe “we should incorporate as a further excusing condition the pressure of gross forms of economic necessity¹⁶⁰” and that the economic situation of some persons is such that starvation “forces” them to steal. Even if human nature makes it necessary to resort to punishment, this does not mean that the organization or structure of society is not responsible for some of the delinquency or does not aggravate a natural state of affairs.

One could also make an objection based on the “trolley thought experiment”. Let us consider Thomson's “fat man” variation. Paul is standing on a footbridge over the trolley track. He can see an out-of-control trolley hurtling down the track. There are five workmen on the track, and they are trapped. Paul is an expert on trolleys and knows that the only way to stop the trolley is to drop something very heavy in its path. It happens that a really fat man is standing on the footbridge. Paul decides to push him onto the track. As a result, the fat man is dead, the five workmen are saved¹⁶¹. Almost everybody will say that Paul's action is immoral. However, the conditions of the defence of necessity are met: killing the fat man was necessary to avoid a greater evil and Paul was not negligent in bringing about the situation requiring a choice of

157 Baron d'Holbach, *System of Nature*, *op. cit.*, p. 107.

158 Baron d'Holbach, *System of Nature*, *op. cit.*, p. 108, note.

159 *CL*, p. 196.

160 *PR*, p. 51.

161 J.J. Thomson, “The Trolley Problem”, *The Yale Law Journal*, vol. 94, n° 6, 1985, p. 1409.

evils. So why his action is immoral? One possible answer is that Paul violated the categorical imperative: he treated the fat man merely as a means to an end.

Thus, one could argue that the person who is punished is treated like the fat man: he is treated merely as a means to an end. Hart disagrees with this view:

But this reply is cogent only against a stupidly inaccurate version of the Kantian position on which the objection rests. Kant never made the mistake of saying that we must never treat men as means. He insisted that we should never treat them only as means “but in every case as ends also”. This meant that we are justified in requiring sacrifices from some men for the good of others only in a social system which also recognizes their rights and their interests. In the case of punishment, the right in question is the right of men to be left free and not punished for the good of others, unless they have broken the law when they had the capacity and a fair opportunity to conform to its requirements¹⁶².

Those who are punished are *not* sacrificed like the fat man if they had a fair opportunity to choose between keeping the law or breaking it¹⁶³. They cannot complain about *being punished*, though they can complain about being punished *in this or that way*. The comparison between the fat man and the person punished would be relevant if the person punished was innocent, like in a show trial designed to prevent a major evil.

It should be noted that Hart's answer presupposes a certain distribution of punishment or more precisely a certain rule of responsibility. It presupposes that men will not be punished unless they have broken the law when they had the capacity and a fair opportunity to conform to its requirements. However, the justification of this distributive condition is different from the justification of punishment.

III. The right-based justification

In the first part of this Chapter, I said that actions can be overdetermined and that, similarly, they can be overjustified. An action is overjustified when it can be justified by at least two

¹⁶² *PR*, p. 244.

¹⁶³ “And when sanctions are justly imposed, there is no need to assume, as does Holmes, that the determination of liability sacrifices innocent individuals.” (G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 510.)

independent and *sufficient* justifications on their own. Assuming that the Benthamian justification is acceptable, one could ask: is punishment overjustified? Do we have other adequate grounds for punishing?

In the first subpart, I will examine Hart's criticism of the retributivist justification. In the second subpart, I will consider his arguments against the expressivist justification. In the third subpart, I will try to reconstruct what I call Hart's right-based justification of punishment.

1. Retributivist justifications

One has to distinguish retributive *theories* of punishment and retributive *justifications* of punishment. Some retributive theories such as "negative retributivism" do not (only) address the question of justification but (also) the question of distribution: according to this theory, only the guilty should be punished. In this subpart, I will focus on retributive *justifications* of punishment.

a) Hart's criticism

In the postscript of *Punishment and Responsibility*, Hart gives a "simple", "crude", "severe" (these are his words) model of retributive theory. It comprises three or four assertions¹⁶⁴:

- A person may be punished if, and only if, he has voluntarily done something morally wrong.
- His punishment must in some way match, or be the equivalent of, the wickedness of his offence.
- The justification for punishing men under such conditions is that the return of suffering for moral evil voluntarily done is itself just or morally good.
- The satisfaction of these conditions does not merely make the punishment of the offender permissible but makes it obligatory. This fourth assertion is an optional feature of the model.

I will focus here on the third condition (which shows again that the question of justification

¹⁶⁴ *PR*, p. 231-232.

and the question of distribution cannot be entirely separated since punishment is justified in Hart's model only when certain "distributive conditions" are satisfied). This condition is more complex than it seems, for it comprises two different forms of retributive justification: the *consequentialist* retributive justification and the *deontological* retributive justification¹⁶⁵. The consequentialist retributive justification asserts "the intrinsic value of inflicting suffering on wrongdoers¹⁶⁶" and seeks to promote this good. As Gardner puts it: "[Retributivists] are consequentialists just like the classical utilitarians in that they identify a good to be pursued, perhaps even *ceteris paribus* maximized¹⁶⁷." It should be noted that the consequentialist retributive justification does not assert that the *suffering* of the wrongdoer is intrinsically good and should be maximized; it asserts that the *act* of returning suffering for moral evil is intrinsically good.

The deontological retributive justification is naturally expressed in terms of justice or as follows: "wicked conduct injuring others itself calls for punishment, and calls for it even if its infliction is not necessary in order to prevent repetition of that conduct by the offender or by others¹⁶⁸ [...]."

Hart's model could be criticized for ignoring the concept of desert¹⁶⁹. As one of the strongest advocates of retributivism explains, "what *is* distinctively retributivist is the view that the guilty receiving their just deserts in an intrinsic good¹⁷⁰." However, this objection can be easily answered. If the guilty receiving their just desert is an intrinsic good, and if "the guilty receiving their just desert" just means "the return of suffering for moral evil voluntarily done", then, by substitution of identicals, the return of suffering for moral evil voluntarily done is an intrinsic good. In other words, the first and the second conditions in Hart's model can be regarded as the conditions for punishment to be deserved¹⁷¹.

165 Sur cette distinction, cf. D. Dolinko, "Retributivism, Consequentialism, and the Intrinsic Goodness of Punishment", *Law and Philosophy*, vol. 16, n° 5, 1997, p. 507-528.

166 *PR*, p. 8. Aussi: "when breach of the law involves moral guilt the application to the offender of the pain of punishment is itself a thing of value." (*PR*, p. 8.)

167 J. Gardner, "Introduction", in *PR*, p. xvi.

168 *PR*, p. 234.

169 H.A. Bedau, "Retribution and the Theory of Punishment", *The Journal of Philosophy*, vol. 75, n° 11, 1978, p. 608.

170 M.S. Moore, *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 157.

171 "Yet another possibility would be to assert that R₁-R₂ constitute the meaning of, or the truth conditions for, deserved punishment." (H.A. Bedau, "Retribution and the Theory of Punishment", *art. cit.*, p. 609.) See also: "On the retributive view, suffering is deserved to the extent (and only to the extent?) that it is borne by the guilty in proportion to (and on the ground of?) their guilt [...]." (J. Gardner, "Introduction", in *PR*, p. xv.)

Hart does not think that the retributive justification is a good justification for the following reasons.

1/ This is nonsense: “Retribution here seems to rest on nothing but the implausible claim that in morality two blacks make a white: that the evil of suffering added to the evil of immorality as its punishment makes a moral good¹⁷².” Retributivists believe in “mysterious piece of moral alchemy in which the combination of the two evils of moral wickedness and suffering are transmuted into good¹⁷³”. How can the act of retribution be intrinsically good? Indeed, taken in itself, that is, independently of its consequences, this act is only one more “portion of suffering” in the world. As Gardner notes, there is little doubt that Hart accepts the Benthamian idea that suffering, in itself, is always bad:

For him the suffering of the punished wrongdoer, be he ever so guilty, is always a cost and never a benefit of the criminal justice system. Indeed the suffering of the punished wrongdoer is criminal punishment's most alarming cost, the one that creates the heaviest burden of justification for those who believe that the system should be maintained. On this point, as on several others, Hart sides with the classical utilitarianism of Jeremy Bentham. Contrary to a vulgar “retributive” view that Hart plainly regards as barbaric there is nothing intrinsically appealing about any kind of suffering, even when it is punitively imposed¹⁷⁴ [...].

2/ He agrees with Benn that the retributive justification *either* avoids the question of justification *or* is a disguised form of utilitarianism¹⁷⁵.

If you say that the return of suffering is intrinsically good, you deny the need for justification, for what is intrinsically good does not need to be justified. Now, our starting point was that punishment needs to be justified. To deny the need for justification is not to give a justification. If you say that criminals must be punished because justice requires it, you simply reiterate emphatically that they must be punished or you deny the right to ask for justification¹⁷⁶.

¹⁷² *LLM*, p. 60.

¹⁷³ *PR*, p. 234-235.

¹⁷⁴ J. Gardner, “Introduction”, in *PR*, p. xiv.

¹⁷⁵ *PR*, p. 9. See also here: “the theory seems to be the abandonment of any serious attempt to provide a moral justification for punishment.” (*PR*, p. 235.)

¹⁷⁶ S.I. Benn, “An Approach to the Problems of Punishment”, *art. cit.*, p. 327-328.

As Dolinko explains, even if we admit that the return of suffering is intrinsically good, it does not follow that punishment is justified. Indeed, “X is intrinsically good” does not lead to “There is an obligation to bring about X” nor to “There is an obligation to create official institutions to bring about X”. Let us take the example of happiness. Although happiness is intrinsically good, few would argue that it justifies us in setting up an official institution whose mission is to make people happy¹⁷⁷.

Thus, it seems that the retributive justification avoids the question of justification. Why is it a disguised form of utilitarianism?

Let us suppose that you ask a retributivist why criminals must be punished, why justice must be done. He will probably answer with utilitarian arguments: “He will perhaps say that what justifies punishment is that it satisfies a popular demand (perhaps even for revenge) and explain that it is good that it satisfies this demand because if it did not there would be disorder in society, disrespect for the law, or even lynching¹⁷⁸.”

Hart says that the expressivist justification “trembles on the margin¹⁷⁹” of a utilitarian justification, but this also applies to the retributive justification. Let us take the example of Kant who writes:

Even if a civil society were to be dissolved by the consent of all its members (e.g., if a people inhabiting an island decided to separate and disperse throughout the world), the last murderer remaining in prison would first have to be executed, so that each has done to him what his deeds deserve and blood guilt does not cling to the people for not having insisted upon this punishment; for otherwise the people can be regarded as collaborators in this public violation of justice¹⁸⁰.

As Cottingham remarks, this text has a strong “teleological flavour¹⁸¹” and is based on the Old Testament. Punishment is designed to placate the irate deity, to appease the wrath of God.

177 D. Dolinko, “Retributivism, Consequentialism, and the Intrinsic Goodness of Punishment”, *Law and Philosophy*, vol. 16, n° 5, 1997, p. 519-520.

178 PR, p. 74.

179 PR, p. 235.

180 I. Kant, *The Metaphysics of Morals*, trans. M. Gregor, Cambridge: Cambridge University Press, 1991, p. 142.

181 J. Cottingham, “Varieties of Retribution”, *The Philosophical Quarterly*, vol. 29, n° 116, 1979, p. 243.

Indeed, God desires blood for blood, and if the murderer is not killed, He will take vengeance.

A.R.N. Cross, Hart's colleague, described himself as a retributivist, but as Hart remarks:

he thought of the reduction of crime and retribution as mutually dependent. "If punishment is to deter it may only do so by giving offenders their deserts" and "the only reason for giving offenders their deserts is that it deters". So Cross thought that Kant was in error in holding that retributive punishment would still be required even if, as on the last day of a society's existence, it was certain that it could make no contribution direct or indirect to the reduction of crime¹⁸².

3/ In one of his *Essays on Bentham*, Hart writes: "'desert' and 'retribution' were, to Bentham, themselves mere mystifying superstitions: not reasons for punishment but emotional reactions posing as reasons¹⁸³." Hart may share Bentham's view. He contends that retributivism has "instinctive roots¹⁸⁴": we say that the wrongdoer must be punished because we feel resentment towards him, and we say that the one who completed his crime must be punished more severely than the one who attempted his crime because we feel more resentment towards the former than the latter. However, we have to control our emotions because they can mislead us: just because I am afraid of something does not mean that I should run away from it, for my fear may be irrational or baseless; similarly, just because I feel resentment towards someone does not mean that I should punish him, for my resentment may be inappropriate or excessive¹⁸⁵. Fear or resentment should not guide us when we have to decide the fate of thousands of people.

4/ As mentioned above, Hart considers that retributivist justification confuses the principles of punishment and compensation. Hart probably borrows this criticism from Del Vecchio. Del Vecchio explains in his essay on the notion of justice: "It is only by means of a metaphor, which is moreover entirely inappropriate and illusory, that one qualifies as 'reparation' a suffering, often cruel, which has no intrinsic link with the damage inflicted and which does

182 H.L.A. Hart, "Arthur Rupert Neale Cross, 1912-1980", *Proceedings of the British Academy*, 70, 1984, p. 424.

183 *EB*, p. 37-38.

184 *PR*, p. 131.

185 "Can we not control resentment, however natural, in the interests of some deliberate forward-looking policy, much as we control our natural fears in the interest of forward-looking prudential aims? And if we can do this, should we not do so?" (*PR*, p. 131.)

not serve to diminish it to the slightest extent¹⁸⁶.” It is in itself just that the author of a damage should pay for that damage, i.e. repair it. The retributivist is not wrong when he says that the perpetrator of a damaging crime must pay for that crime. But the problem is that punishment does not at all repair the damage that has been caused. On the contrary: evil is only truly repaired by good.

5/ Previously, I said that punishment was objectionable for many reasons: it creates misery, it makes innocent people suffer, it has huge costs and many drawbacks, etc. A retributivist could say that it is the price to pay for justice to be done. But one could object that the price is too high¹⁸⁷. Even if we assume that doing justice (i.e. returning suffering for moral evil voluntarily done) is an acceptable objective, it should not be pursued come what may, whatever the cost. In particular, it should not be pursued at the cost of innocent people.

For Hart, it cannot be proved that the price to be paid for “justice to be done” is too high; but pointing out the true price to be paid may make some people realize that it is too high (at least, for that purpose alone)¹⁸⁸.

b) Biblical retributivism

Hart argues that the retributive justification can be formulated differently:

Even the most faithful adherents of utilitarian doctrine must have felt tempted at times to acknowledge the simple claim that it is right or just that one who has intentionally inflicted suffering on others should himself be made to suffer. I doubt if anyone, reading the records of Auschwitz or Buchenwald, has failed to feel the powerful appeal of this principle [...]. But the strength of this form of retribution is surely dependent on there being a victim as well as an offender; for where this is the case, it is possible to conceive the punishment as a measure designed to prevent the wrongdoer prospering when his victims suffer or have perished¹⁸⁹.

186 G. Del Vecchio, *La justice, la vérité: essais de philosophie juridique et morale*, Paris: Dalloz, 1955, p. 163-164.

187 *LLM*, p. 65, p. 83. See also H.L.A. Hart, “The Use and Abuse of the Criminal Law”, *art. cit.*, p. 287. See also D. Dolinko, “Retributivism, Consequentialism, and the Intrinsic Goodness of Punishment”, *art. cit.*, p. 521.

188 *LLM*, p. 83.

189 *LLM*, p. 59-60. See also: “This argument [...] would be an interesting addition to theories of punishment of the principle that the wicked should not be allowed to profit by their crimes.” (*PR*, p. 131.)

According to this formulation of the retributive justification, punishment is justified, because it prevents wrongdoers from prospering. It is commonly said that the world is unjust, that there is no justice on earth because the wicked is successful and has everything, while the virtuous is unsuccessful and has nothing. This theme is very present in the Bible:

You are always righteous, Lord, when I bring a case before you. Yet I would speak with you about your justice: Why does the way of the wicked prosper? Why do all the faithless live at ease? You have planted them, and they have taken root; they grow and bear fruit. You are always on their lips but far from their hearts. Yet you know me, Lord; you see me and test my thoughts about you. Drag them off like sheep to be butchered! Set them apart for the day of slaughter¹⁹⁰!

Thus, the function of punishment is to restore balance. It is unfair that the wicked is more happy or as happy as the virtuous: this state of affairs must be corrected. Punishment allows for a more fair distribution of happiness, just as taxation allows for a more fair distribution of wealth¹⁹¹. A smaller but well-distributed sum of happiness is better than a bigger but unfairly distributed sum of happiness.

Hart only mentions this formulation of the retributive justification but does not criticize it. However, it is also mentioned by Benn, who gives two arguments against it.

First, this justification is again a disguised form of utilitarianism. Why should we prevent wrongdoers from prospering? The most plausible answer is that “in a universe in which the wicked prospered, there would be no inducement to virtue¹⁹²”.

Second, this justification is not a justification of *punishment*, but of another practice that could be called “readjustment”. Making someone suffer on account of his undeserved happiness is not the same thing as imposing aversive consequences upon someone on account of his offence. Indeed, punishment can be inflicted upon offenders who are neither wicked nor

190 Jeremiah 12. See also Kant: “a rational impartial spectator can never take satisfaction even in the sight of the uninterrupted welfare of a being, if it is adorned with no trait of a pure and good will.” (I. Kant, *Groundwork for the Metaphysics of Morals*, *op. cit.*, p. 9.)

191 “The principles requiring this to be done are certainly analogous to those of justice or fairness in the distribution of happiness and suffering—principles which permeate other areas of morality. I should not myself argue that even this analogy is sufficient.” (*LLM*, p. 60.)

192 S.I. Benn, “An Approach to the Problems of Punishment”, *art. cit.*, p. 328.

happy. As Benn puts it: “We may have to answer for our characters on the Day of Judgment, but not at Quarter Sessions. The state is not an agent of cosmic justice¹⁹³ [...]”

c) The reasons for punishing an individual

Although Hart is not convinced by the retributive justification of punishment, he argues that the commission of an offence is in itself a good reason for punishing the individual who committed it. The reasons you can give for punishing this or that individual (a legal act) are not the same as the reasons you can give for punishing individuals who committed an offence (a legal practice). A judge can justify his punishing the offender by simply mentioning his offence:

if we look closely at the activity of the judge or official who punishes deviations from legal rules (or those private persons who reprove or criticize deviations from non-legal rules), we see that [...] the judge, in punishing, takes the rule as his *guide* and the breach of the rule as his *reason* and *justification* for punishing the offender. [...] The same is true of informal reproofs administered for the breach of non-legal rules. These too are not merely predictable reactions to deviations, but something which existence of the rule guides and is held to justify. So we say that we reprove or punish a man *because* he has broken the rule: and not merely that it was probable that we would reprove or punish him¹⁹⁴.

where rules exist, deviations from them are not merely grounds for a prediction that hostile reactions will follow or that a court will apply sanctions to those who break them, but are also a reason or justification for such reaction and for applying the sanctions¹⁹⁵.

Does Hart contradict himself? First, it is necessary to contextualize the text just quoted. Hart criticizes the predictive theory of obligation defended, among others, by John Austin. Here is Austin's definition of the terms “duty” and “obligation” (he uses these terms interchangeably): “Being liable to evil from you if I comply not with a wish which you signify, I am *bound* or *obliged* by your command, or I lie under a *duty* to obey it¹⁹⁶.” The probability of incurring an evil in case of disobedience does not need to be high. As long as

193 S.I. Benn, “An Approach to the Problems of Punishment”, *art. cit.*, p. 327.

194 *CL*, p. 10-11.

195 *CL*, p. 84.

196 J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 22.

the probability is not zero, there is a duty or an obligation.

Hart disagrees with this theory. When I say “I have an obligation to testify in court”, I am making an internal statement manifesting the internal point of view, and I mean (among others things) that sanctions will be *justified* if I do not testify, *not* that I am liable to evil if I do not testify (in fact, it is possible that the risk of punishment is nil). Hart defends the thesis that it is analytically true that if someone has an obligation, we are justified in sanctioning him in case of a breach of his obligation. As Wittgenstein would say, this is part of the grammar of the word “obligation”. To reject this entailment is to reject *our* concept of obligation.

There is no doubt an important general connection between the probability of sanctions or of social pressure and obligation; yet the connection is not so close that the statement that someone is under an obligation is a mere assessment of the chance of suffering in the event of disobedience; for the relation between past disobedience and later suffering is not a mere *de facto* relationship of usual concomitance. This is shown by the fact that whereas in any particular case the statement that someone has an obligation to do some action may be easily combined with the assertion that he is in fact (for any of a variety of reasons) unlikely to suffer for neglecting it, it cannot be combined with the statement that his neglect of it is no *reason* why he should suffer. This is so because there is analytically involved in statements, even of legal obligation, acceptance of the idea that past action or failure to act is a reason or justification in terms of legal rules for the infliction of “sanctions”. Where the sanctions are predictable, this is a derivative consequence of the fact that the connection between disobedience and sanctions is looked upon in this non-predictive justificatory way¹⁹⁷.

Thus, Mabbott was right when he said that punishment is a “corollary of law-breaking by a member of the society whose law is broken¹⁹⁸”. The fact that we have an obligation to obey the law has as a corollary that if we break it, sanctioning us is justified. However, Mabbott was wrong when he said that he defended a retributive theory of punishment. He simply reminded us of a grammatical rule¹⁹⁹. Of course, Hart's explanation is inconsistent with Bentham's restrictive doctrine of reason for action (discussed in the introduction). If utility is the only thing that counts as a reason for doing an action, then breach of duty alone cannot in itself justify the imposition of the sanction provided by law. Moreover, Hart's explanation

197 H.L.A. Hart, “Bentham”, in R.S. Summers (ed.), *More Essays in Legal Philosophy: General Assessments of Legal Philosophies*, Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1971, p. 40-41.

198 J.D. Mabbott, “Punishment”, *Mind*, vol. 48, n° 190, 1939, p. 160-161.

199 J. Cottingham, “Varieties of Retribution”, *art. cit.*, p. 240.

presupposes that individuals have an obligation to obey the law. It takes for granted political obligation (which will be discussed at length below).

In the introduction to the second edition of *Punishment and Responsibility*, Gardner writes: “To mount an adequate defence of punishment one must [...] show how an already-committed wrong is a reason [...] for P to make D suffer. Hart’s defence of punishment does not meet this adequacy condition²⁰⁰.” We have just seen why this criticism was unfounded.

1/ It should be noted that a breach of obligation is a *good reason* for inflicting sanctions but is not an *overriding reason*. Hart is not Kant: “Utility is a paramount reason which in certain cases of conflict may override other reasons²⁰¹.” In certain circumstances, it would not be wise to punish an offender *though in principle* we would be justified in punishing him for he committed an offence. Bentham gives the following example: given that punishing this or that offender will cause the displeasure of foreign powers and jeopardize peace, it may be not a good idea to punish him²⁰². The “principle of opportunity” in French criminal law (as opposed to the “principle of compulsory prosecution” in German criminal law) is based on the same idea: prosecutors have the choice between initiating an action or dismissing a case and they can dismiss a case if public interest requires it.

2/ The fact that a breach of obligation is in itself an adequate ground for inflicting sanctions does *not* mean that every sanction is adequate. Two questions should be separated. First, given that X broke the law, are we justified in sanctioning him? Second, how should we sanction him? We could say that the punishment X inflicted upon the offender was not justified though X was justified in punishing him.

3/ Should we reject our concept of obligation? Is it a good thing that a breach of obligation is in itself a good reason or an adequate ground for inflicting sanctions? This has at least two advantages. First, it is a good way to ensure that the law is enforced. It makes it easier to enforce the law²⁰³. Second, it is a good way to protect the innocent. If the only way to justify

200 J. Gardner, “Introduction”, in *PR*, p. xxv.

201 H.L.A. Hart, “Bentham”, in R.S. Summers (ed.), *More Essays in Legal Philosophy: General Assessments of Legal Philosophies*, Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1971, p. 42.

202 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op. cit.*, p. 86.

203 “Punishment would not be an effective deterrent unless it could be relied upon to follow every breach of law, except in circumstances sufficiently well-understood for the exceptions not to constitute a source of uncertainty, diminishing the effectiveness of the threat.” (S.I. Benn, R.S. Peters, *Social Principles and the*

the infliction of a punishment was its utility, then the innocent would be at risk.

4/ Last remark: Hart does not say that the commission of an offence alone justifies the imposition of the sanction provided for by the law because the commission of an offence is a reliable symptom of a risk of recidivism and of the need to be “corrected”²⁰⁴. This is precisely the point of view that he associates with Wootton and which he rejects²⁰⁵.

2. Expressivist justifications

Just as I distinguished retributive theories of punishment and retributive justifications of punishment, it is necessary to distinguish expressivist *theories* of punishment and expressivist *justifications* of punishment. Hart rejects the expressivist justification of punishment, but his penal philosophy comprises a few expressivist claims.

Moreover, it is necessary to distinguish expressivist justifications of a *consequentialist* nature and those of a *non-consequentialist* nature. The former share with utilitarianism the view that punishment is justified because it is necessary (among other things) to protect society, but argue that it protects society not by deterring potential offenders, but by expressing society's condemnation. In other words, the disagreement is about the mechanisms by which punishment produces the beneficial consequences justifying it. The latter are radically opposed to utilitarianism: they claim that punishment is justified, because without it, crime would not be adequately condemned and the adequate condemnation of crime is called for.

In the first subpart, I will examine Durkheim's consequentialist expressivist justification because Hart discussed it, but also because the disagreement between Hart and Durkheim is very subtle. In the second subpart, I will examine Hart's criticism of non-consequentialist expressivist justifications.

Democratic State, London: George Allen & Unwin, 1959, p. 185.)

204 “the agent's having committed an offence can figure as one of the reasons for punishing him, as it is plausible that the offence is a roughly reliable indicator of a special need for punishment in order to prevent future wrongdoing.” (Mayr, E., “Hart, Punishment and Excusing Conditions”, in C. Pulman (ed.), *Hart on Responsibility*, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2014, p. 184.)

205 *PR*, p. 178.

a) Durkheim's expressivism

Durkheim does not deny that the ultimate function of punishment is to protect society: “Certainly it does fulfil the function of protecting society²⁰⁶ [...]” Durkheim rejects retributive justifications of punishment: “In what way can the evil inflicted on the guilty person compensate for the evil he has done? The first of these evils is added to the second, not subtracted. We see here only a spurious symmetry²⁰⁷.”

What is original in his theory of punishment is not the way he *justifies* punishment, but the way he *explains how* punishment protects society. For Durkheim, the mechanism by which punishment protects society is not fear or intimidation:

In sum, the penalty is the professional risk of the delinquent career. Now, there are many careers in which the professional risk is quite considerable and which nonetheless recruit their members without difficulty. Miners, workers in dangerous industries, Icelandic fishermen, etc. —the example of the death or illness of fellow-workers of their predecessors does not stop them. They prefer to expose themselves to certain and serious danger rather than give up their work, a kind of activity they love. Why should the risk courted by the delinquent be more effective in preventing him from following his inclinations²⁰⁸?

Durkheim's thesis is that punishment protects society “by sustaining the common consciousness in all its vigour²⁰⁹”. But what is “common consciousness” or *conscience collective*? How does punishment sustain the common consciousness in all its vigour?

1/ Durkheim defines the collective consciousness as “[t]he totality of beliefs and sentiments common to the average members of a society²¹⁰”. It comprises both representative elements (beliefs) and affective elements (sentiments). It is distinct from the consciousness of individuals but it is “realized” (as philosophers of mind would say) only in the consciousness of individuals. It does not change with every generation but links generations.

206 E. Durkheim, *The Division of Labour in Society*, Second Edition, trans. W.D. Halls, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2013, p. 83.

207 E. Durkheim, *Moral Education*, trans. E.K. Wilson, H. Schnurer, Mineola: Dover Publications, 2002, p. 164.

208 E. Durkheim, *Moral Education*, *op. cit.*, p. 162.

209 E. Durkheim, *The Division of Labour in Society*, *op. cit.*, p. 83.

210 E. Durkheim, *The Division of Labour in Society*, *op. cit.*, p. 63.

Durkheim holds that social solidarity has two causes: the collective consciousness and the division of labour. In primitive societies, the collective consciousness is the main cause (this is what Durkheim calls mechanical solidarity), while in modern societies, the division of labour is the main cause (this is what Durkheim calls organic solidarity). In modern societies, the collective consciousness is not non-existent, but weaker and vaguer: religious sentiments, sentiments concerning sexual relationships, traditional sentiments relating to burial, food, dress, ceremonial, etc., are no longer very strong²¹¹. The only sentiments that became more intense are those relating to the individual:

this is not to say that the common consciousness is threatened with total disappearance. [...] There is indeed one area in which the common consciousness has grown stronger, becoming more clearly delineated, viz., in its view of the individual. As all the other beliefs and practices assume less and less religious a character, the individual becomes the object of a sort of religion. We carry on the worship of the dignity of the human person, which, like all strong acts of worship, has already acquired its superstitions. If you like, therefore it is indeed a common faith²¹².

2/ Durkheim argues that when a crime (that is “an act contrary to strong, well-defined states of the common consciousness²¹³”) is committed, the collective consciousness is thwarted, contradicted, offended. Indeed, people talk about it, express their common indignation or anger, are drawn towards each other.

If society did not respond to crime, the collective conscience would weaken, would lose some of its power, its energy would be drained and *because of that* social solidarity and society would be in danger. As Durkheim explains: “whatever the origin of these sentiments, once they constitute a part of the collective type, and particularly if they are essential elements in it, everything that serves to undermine them at the same time undermines social cohesion and is prejudicial to society²¹⁴.”

Therefore, society must prevent the undermining of the collective consciousness by punishing offences. Indeed, in case of murder, punishment reaffirms the sanctity of life denied by the

211 E. Durkheim, *The Division of Labour in Society*, op. cit., p. 122.

212 E. Durkheim, *The Division of Labour in Society*, op. cit., p. 134.

213 E. Durkheim, *The Division of Labour in Society*, op. cit., p. 81.

214 E. Durkheim, *The Division of Labour in Society*, op. cit., p. 82.

murder. It symbolizes collective indignation, it expresses unanimous aversion. It is a form of language, it is “a sign indicating that the sentiments of the collectivity are still collective, that the communion of minds sharing the same faith remains absolute²¹⁵”. It restores the energy of the collective consciousness.

Durkheim adds that punishment may prevent crime by preventing the undermining of the collective consciousness. But preventing crime is not its aim, it is only a useful side-effect. This means paradoxically that punishment is not an instrument of social control, but an instrument of social cohesion.

As I said, Hart's disagreement with Durkheim is subtle. Hart agrees with Durkheim that “what justifies the practice of punishment is its propensity to protect society from harm²¹⁶”. He also agrees with Durkheim that punishment protects society by maintaining social cohesion.

The disagreement is about the mechanism by which punishment prevents the undermining of social cohesion. Durkheim holds that punishment prevents it by giving voice to society's condemnation and thereby by sustaining the common consciousness in all its vigour. Hart holds that punishment prevents it by offering a *guarantee* to those who cooperate and obey voluntarily. This thesis is expounded mainly in *The Concept of Law*²¹⁷:

No doubt the advantages of mutual forbearance are so palpable that the number and strength of those who would co-operate voluntarily in a coercive system will normally be greater than any likely combination of malefactors. Yet, except in very small closely-knit societies, submission to the system of restraints would be folly if there were no organization for the coercion of those who would then try to obtain the advantages of the system without submitting to its obligations. “Sanctions” are therefore required not as the normal motive for obedience, but as a *guarantee* that those who would voluntarily obey shall not be sacrificed to those who would not. To obey, without this, would be to risk going to the wall. Given this

215 E. Durkheim, *The Division of Labour in Society*, *op. cit.*, p. 83.

216 *PR*, p. 72.

217 But see also here: “For most the sanction is important not because it inspires them with fear but because it offers a guarantee that the antisocial minority who would not otherwise obey will be coerced into obedience by fear. To obey without this assurance might, as Hobbes saw, be very foolish: it would be to risk going to the wall.” (*PR*, p. 50.) And also here: “It may well be that most men, when they believe themselves to be protected from malefactors by the punishments, threats of punishment, and physical restraints of the law, will themselves voluntarily submit to the restraints necessary for peaceful and profitable coexistence. But it does not follow that without the law's protections, voluntary submission to these restraints would be either reasonable or likely.” (*EJP*, p. 113-114.)

standing danger, what reason demands is *voluntary* co-operation in a *coercive* system²¹⁸.

The idea is simple: most of us are determined to coexist, to respect the rules of coexistence (and there are many reasons for this). However, our commitment and cooperation are suspended on one condition: we must have the guarantee that we will not be a minority to respect the rules, that others will not benefit from our obedience without obeying themselves. Punishment is precisely what offers this guarantee²¹⁹.

This thesis that punishment prevents free riding and is the key to social cooperation was experimentally tested at the beginning of the 21st century by economists and psychologists. In Fehr's experiment²²⁰, 240 students played a public goods game. Each player received 20 money units that he could contribute to a group project. If a player invested one money unit, each of the four group members earned 0,4 money units. Thus, investing was not in the interest of the player but in the interest of the group, for the group return was 1,6 money units. The result of the experiment was that cooperation flourished if altruistic punishment of defectors was possible, and broke down if it is was not possible. What is altruistic punishment of defectors? In some groups, each player had the possibility to punish other group members: for instance, punishing a member refusing to contribute cost him 6 money units, and cost the punisher 2 money units. This is called altruistic punishment because players punish, though it is costly for them and yields no material benefits. According to Elster, this experiment, which has been replicated hundreds of times, shows that punishment is the "cement of societies"²²¹.

Was Durkheim's thesis experimentally tested? According to Hart, it would be very difficult to test it. First, it assumes the existence of a collective consciousness. Second, it assumes that the undermining of the collective consciousness threatens social cohesion. Hart concedes that if the majority did not accept some rules (the minimum content of natural law), life in society would not be viable. However, it does not prove that the undermining of the conscience collective, whatever its origin or content, is prejudicial to society. And even if it was the case, it would be necessary to prove that punishment prevents this undermining by indicating that

218 *CL*, p. 197-198.

219 Compare with J. Rawls, *A Theory of Justice*, Revised Edition, Oxford: Oxford University Press, 1999, §38, p. 211. This is a line of reasoning that can be found among contractualists (Hobbes, Kant) as well as critics of contractualism (Hume).

220 E. Fehr, S. Gächter, "Altruistic punishment in humans", *Nature*, 415, 2002, p. 137-140.

221 J. Elster, *Le désintéressement*, Paris: Seuil, 2009. Also uses this expression when he criticizes Devlin. See *LLM*, p. 48 and *MCL*, p. 37.

the sentiments of the collectivity are still collective²²².

b) Non-consequentialist expressivist justifications

Let us now examine Hart's criticism of non-consequentialist expressivist justifications. Hart's main target is Denning's view expressed in the report of the Royal Commission on Capital Punishment:

The punishment for grave crimes should adequately reflect the revulsion felt by the majority of citizens for them. It is a mistake to consider the object of punishment as being deterrent or reformatory or preventive and nothing else. The ultimate justification of any punishment is not that it is a deterrent but that it is the emphatic denunciation by the community of a crime and from this point of view there are some murders which in the present state of opinion demand the most emphatic denunciation of all, namely the death penalty²²³.

Hart holds that the expression of the community's denunciation cannot be the "ultimate" justification of punishment for the following reasons.

1/ The idea that punishment expresses society's denunciation is sociologically very naïve. I have already covered this point in Chapter 1, so it is not necessary to dwell on it.

2/ Even if one admits that punishment expresses society's condemnation, it does not prove that this condemnation is justified. Even if the punishment of homosexuality expresses the condemnation of homosexuality, there is nothing blameworthy about homosexuality. As Hart writes: "for the community to think that there is something sacrosanct about its scale of moral evaluations may, as Mill long ago told us, stultify its advance. For these evaluations may plainly rest on inadequate understanding or appreciation of facts²²⁴."

3/ There are less costly and more efficient means than punishment to denounce crime. Once again, Hart uses Bentham's second condition and is inspired by Benn²²⁵. As he puts it:

²²² *EJP*, p. 259-262.

²²³ *LLM*, p. 65.

²²⁴ *PR*, p. 171.

²²⁵ Benn writes in 1958: "But 'denunciation' does not imply the deliberate imposition of suffering, which is the feature of punishment usually felt to need justification." (Benn, S.I., "An Approach to the Problems of Punishment", *art. cit.*, p. 328, note 1.) Hart writes one year later: "Mr S.I. Benn rightly observes of Lord

The normal way in which moral condemnation is expressed is by *words*, and it is not clear, if denunciation is really what is required, why a solemn public statement of disapproval would not be the most 'appropriate' or 'emphatic' means of expressing this. Why should a denunciation take the form of punishment²²⁶?

Durkheim's answer to this type of objection is that the denunciation of the crime committed by the criminal will not be sufficient or credible if the criminal is not punished²²⁷. However, this answer is not satisfactory. Firstly, Durkheim lacks imagination. We can give two examples, a historical one and an imaginary one. The historical example is that of the "charivari" (a Western folk custom): communities used to make as much noise as possible to express their disapproval in case of adulterous relationships, unions between a widower and a younger woman, etc. The imaginary example is given by Feinberg:

One can imagine an elaborate public ritual, exploiting the trustiest devices of religion and mystery, music and drama, to express in the most solemn way the community's condemnation of a criminal for his dastardly deed. Such a ritual might condemn so very emphatically that there could be no doubt of its genuineness, thus rendering symbolically superfluous any further hard physical treatment. Such a device would preserve the condemnatory function of punishment while dispensing with its usual physical forms — incarceration and corporal mistreatment²²⁸.

Secondly, Durkheim confuses two different things: condemnation is not strong enough *versus* it is not enough to condemn. If punishment were replaced by the "public ritual" described by Feinberg, people would not say that the crime committed is ambiguously or insufficiently condemned, but that we are "too easy on criminals". The objection that "it is not enough" is not about the denunciation but rather about the treatment imposed.

4/ Hart believes that denunciation cannot be an end in itself:

Denning's view that denunciation does not imply the deliberate imposition of suffering which is the feature needing justification [...]" (PR, p. 2, note 3.)

226 LLM, p. 66.

227 "Since one cannot reproach anyone without treating him less well than those whom one esteems, since there is no other way of translating the feeling that the repudiated behaviour inspires, all such repudiation generally ends in inflicting some suffering on the delinquent." (E. Durkheim, *Moral Education*, *op. cit.*, p. 175-176.)

228 J. Feinberg, "The Expressive Function of Punishment", *The Monist*, vol. 49, n° 3, 1965, p. 420.

Surely to think of the apt expression of feeling — even if we call it moral indignation rather than revenge — as the ultimate *justification* of punishment is to subordinate what is primary to what is ancillary. We do not live in society in order to condemn, though we may condemn in order to live²²⁹.

Denouncing for the sake of denouncing is as stupid as punishing for the sake of punishing. When we denounce or condemn an act, our aim is to put an end to it, to open people's eyes, to encourage people to react, etc. Hart states that punishment as a means of expressing emphatically condemnation is similar to human sacrifice as a means of expressing religious worship. But anthropologists showed that even human sacrifice in primitive societies is forward-looking: it is a means of preventing the wrath of divinities and cycles of revenge²³⁰.

5/ Even if we assume that the public expression of condemnation by punishment is something valuable in itself, does it outweigh the misery caused by punishment? “Is the mere expression of moral condemnation a thing of value in itself to be pursued at this cost²³¹?” As discussed previously, Hart also uses this argument against retributivist justifications of punishment.

6/ A final objection is that the non-consequentialist expressivist justification confuses two things: the immediate aim of criminal legislation and the justification of punishment. The immediate aim of criminal legislation is indeed to “denounce certain types of conduct as something not to be practised²³²”. But this has nothing to do with the justification of punishment. This does not mean that punishment is justified as a means of denunciation.

3. Right-based justifications

So far, we have not found another convincing justification of punishment. However, I will show in this last section that Hart paved the way for a second justification of punishment, namely the right-based justification.

a) Hart and the mutuality of restrictions

229 *PR*, p. 172.

230 R. Girard, *The Violence and the Sacred*, *op. cit.*, 1979.

231 *LLM*, p. 65.

232 *PR*, p. 8.

In “Are There Any Natural Rights?” Hart distinguishes between special rights and general rights. Special rights arise out of special transactions between individuals or out of a special relationship between them. General rights do not arise out of any special transaction or relationship between one and other; everyone has them; they impose obligations upon everyone.

Let us focus, for the moment, on special rights. Hart distinguishes between four sources of special rights: promise, consent, parenthood and mutuality of restrictions. I will quickly present the first three and then focus on mutuality of restrictions.

1/ John promises Paul that he will give Paul his watch. Thereby, Paul (and only him) is conferred a right. It becomes legitimate for Paul to determine how John shall act. Paul has a “temporary authority of sovereignty” over John’s will in relation to his watch. He can choose to release John. John’s freedom of choice is diminished; he is under an obligation to Paul to give him his watch.

2/ John consents to Paul using his car. Thereby, Paul (and only him) is conferred a right: he has the right to interfere in specific matters. John cannot complain if Paul uses his car.

3/ John and Mary are Paul’s parents. Thereby, John and Mary (and only them) are conferred a right. They have a right to obedience from Paul, and Paul has an obligation to obey his parents. This right will terminate when Paul is an adult.

4/ Now, what is meant by “mutuality of restrictions”? Hart gives the following definition:

when a number of persons conduct any joint enterprise according to rules and thus restrict their liberty, those who have submitted to these restrictions when required have a right to a similar submission from those who have benefited by their submission. [...] the moral obligation to obey the rules in such circumstances is *due* to the co-operating members of the society, and they have the correlative moral right to obedience²³³.

A few years later, he gives a very similar definition:

233 H.L.A. Hart, “Are There Any Natural Rights?”, *art. cit.*, p. 185.

the obligation to obey the law may be regarded as the obligation of fairness to others, which is independent of and may conflict with utility. The principle involved, stated in its simplest form, is that when a number of persons restrict their liberty by certain rules in order to obtain benefits which could not otherwise be obtained, those who have gained by the submission of others to the rules are under an obligation to submit in their turn²³⁴.

As we can see, mutuality of restrictions is supposed to explain political obligation: the source of political obligation is not promise, nor consent, nor parenthood but mutuality (or reciprocity) of restrictions. However, I will not focus on the relationship between mutuality of restrictions and political obligation, but rather on the relationship between mutuality of restrictions and punishment. To begin with, we need to clarify the idea of mutuality of restrictions.

Under what conditions does reciprocity of restrictions create an obligation to obey? Benefiting from the submission of others to the rules is both a necessary and sufficient condition. This means that if I do not benefit from the submission of others to the rules, I do not have an obligation to submit in turn; and that as soon as I do benefit from the submission of others to the rule, I have an obligation to submit in turn. We could be even more precise: if the gains of the submission of others to the rule are greater than the cost of submitting, the principle applies; and if the costs of submitting are greater than the gains of the submission of others, the principle does not apply²³⁵.

Benefiting by the submission of others is not a voluntary action. This means that not all obligations are voluntarily incurred²³⁶. However, the submission of others *is* a voluntary action. This is why Hart maintains his thesis that all special rights arise from voluntary actions. (But is this compatible with the idea that special relationships are the source of special rights/obligations?)

Nozick made a famous objection to the principle described above. Let us imagine that I live in a community of 365 individuals (including myself). My neighbours found a public address

234 *EJP*, p. 119.

235 Nozick made this point: "At the very least one wants to build into the principle of fairness the condition that the benefits to a person from the actions of the others are greater than the costs to him of doing his share." (R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford: Blackwell, 1974, p. 94.)

236 H.L.A. Hart, "Are There Any Natural Rights?", *art. cit.*, p. 185.

system and decided to institute a system of public entertainment. Every day of the year, a different villager has to run the public address system, play records, etc. My neighbours made a list indicating who is to run the system on which day. It is December 31, all the other villagers did their share, it is my turn. Nozick asks: "Are you obligated to take your turn? You *have* benefited from it, occasionally opening your window to listen, enjoying some music or chuckling at someone's funny story. The other people *have* put themselves out. But must you answer the call when it is your turn to do so²³⁷?"

Nozick's answer is that I do not have to obligation to take my turn: "You would rather not have any of it and not give up a day than have it all and spend one of your days at it²³⁸." But one could simply answer: "You have an obligation to do your share, whether you like it or not. If you did not want to participate, you should have said so before. Now that you have benefited from the arrangement, it is too late." Just as, from the point of view of positive morality, he who makes a promise has an obligation to keep it, so too, from the point of view of positive morality, he who benefits from reciprocal restrictions has an obligation to obey. Not keeping one's promise is unjust, taking advantage of the cooperative efforts of others without doing our part is unjust. Hart is merely stating the obvious.

Hart rightly points out that the obligation of fairness is independent of utility and may conflict with it²³⁹. Indeed, the net balance of total happiness of a society in which there are a few free riders is probably higher than the net balance of total happiness of a society in which everybody respects the law. Indeed, in the former the benefits secured by cooperation would be the same, but the (psychological) costs of obedience would be lower. The obligation of fairness to others requires obedience even when the consequences of disobedience are not bad²⁴⁰.

b) From Hart to Morris

Some philosophers made the hypothesis that "if considerations of fairness or reciprocity account for the obligation to obey the law [...], then they should presumably justify the

237 R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, op. cit., p. 93.

238 R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, op. cit., p. 93.

239 *EJP*, p. 119.

240 H.L.A. Hart, "Are There Any Natural Rights?", *art. cit.*, p. 185.

punishment of those who fail to fulfil this obligation²⁴¹". The most famous one is Morris, who was one of Hart's students.

In "Persons and Punishment", Morris starts by defining what he calls "primary rules" (which should not be confused with what Hart calls "primary rules"): this is a group of rules similar to the core rules of criminal law, such as the prohibition of violence and deception. Compliance with these rules benefits everyone. Here, Morris simply presents Hart's theory about the minimum content of natural law. As Hart puts it: "The facts that make rules respecting persons, property, and promises necessary in social life are simple and their mutual benefits are obvious²⁴²."

Morris then explains that compliance with primary rules provides benefits but is *burdensome*: "The burden consists in the exercise of self-restraint by individuals over inclinations that would, if satisfied, directly interfere or create a substantial risk of interference with others in proscribed ways²⁴³." Those who break primary rules "have the cake and eat it too": they benefit from the submission of others, and they do not assume the burden of compliance. They have an unfair advantage.

Morris then argues that there are three types of good reason to punish the free riders who break primary laws: it is reasonable, fair and just.

1/ It is reasonable because punishment offers a guarantee to those who voluntarily obey. They will not co-operate without "some assurance that they will not be assuming burdens which others are unprepared to assume²⁴⁴".

2/ It is fair because punishment encourages people to obey and, thereby, prevents or at least diminishes the likelihood of an unfair distribution in the benefits and burdens.

3/ It is just because punishment erases the offender's unfair advantage. Punishment "restores the equilibrium of benefits and burdens by taking from the individual what he owes, that is,

241 R. Dagger, "Playing Fair with Punishment", *Ethics*, vol. 103, n° 3, 1993, p. 473.

242 CL, p. 197.

243 H. Morris, "Persons and Punishment", *The Monist*, vol. 52, n° 4, 1968, p. 477.

244 H. Morris, "Persons and Punishment", *art. cit.*, p. 477.

exacting the debt²⁴⁵". One unfair advantage plus one fair burden equals zero.

Does Hart agree with Morris?

c) The right to obedience

Hart does accept Morris' first reason. I explained previously why Hart considers that punishment is a social cement: it offers a guarantee to those who voluntarily obey without which they would not voluntarily co-operate. In this sense, punishment protects society.

Hart does not accept Morris' third reason. Ten makes two objections to Morris that he says he owes Hart²⁴⁶. Firstly, it is false that compliance with primary rules is burdensome. Ordinary people do not need to exercise self-restraint to respect them, because they do not have the desire to break them: "the impulse to steal or to wound or even kill is not, except in a minority of mentally abnormal cases, a recurrent and insistent part of daily life²⁴⁷." Thus, we cannot say that those who break primary rules have an unfair advantage. Secondly, we can concede that a few citizens, out of the fear of punishment, exercise self-restraint not to kill. But, as Ten puts it, murderers "cannot be said to have taken unfair advantage of these law-abiding citizens who would themselves be offenders but for the deterrent effect of punishment²⁴⁸".

Does Hart accept Morris' second reason? This is a hypothesis worth considering. Let me quote several passages from *The Concept of Law*:

when such a system of forbearance is established there will always be some who will wish to exploit it, by simultaneously living within its shelter and breaking its restrictions. This, indeed is, as we later show, one of the natural facts which makes the step from merely moral to organized, legal forms of control a necessary one²⁴⁹.

except in very small closely-knit societies, submission to the system of restraints would be folly if there were no organization for the coercion of those who would then try to obtain the

245 H. Morris, "Persons and Punishment", *art. cit.*, p. 478.

246 C.L. Ten, *Crime, Guilt, and Punishment*, Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 65, note 53.

247 *LLM*, p. 22.

248 C.L. Ten, *Crime, Guilt, and Punishment*, *op. cit.*, p. 65-66.

249 *CL*, p. 195.

advantages of the system without submitting to its obligations²⁵⁰.

But coercive power, thus established on its basis of authority, may be used in two principal ways. It may be exerted only against malefactors who, though they are afforded the protection of the rules, yet selfishly break them²⁵¹.

[Sanctions] are required in order that those who would voluntarily submit to the restraints of law shall not be mere victims of malefactors who would, in the absence of such sanctions, reap the advantages of respect for law on the part of others, without respecting it themselves²⁵².

The general idea that emerges from these different passages is that, in the absence of sanctions, some selfish individuals (free riders) would take advantage of the obedience of “honest people” to the rules without respecting them, which is unjust and dangerous. Sanctions can partly prevent this phenomenon.

I believe that we can go further than that. In my opinion, a justification of punishment is implicitly contained in the principle of mutuality of restrictions. If co-operators have a moral right to the obedience of free riders, then punishment is justified. Let us see why.

Hart argues in “Are There Any Natural Rights?” that the common characteristic of the concepts of justice, fairness, rights, obligation is that “there is no incongruity, but a special congruity in the use of force or the threat of force to secure that what is just or fair or someone’s right to have done shall in fact be done; for it is in just these circumstances that coercion of another human being is legitimate²⁵³.” He holds that the possessor of a moral right is justified in limiting another’s freedom. What does it mean to limit another’s freedom? It means using coercion²⁵⁴. What does it mean to use coercion? It means preventing a person from doing what he chooses and making his choice less eligible by threats²⁵⁵. Thus, there is for Hart an essential connection between the idea of a moral right and the idea of justified coercion. As Hart points out, this idea is also defended by classical utilitarians:

250 *CL*, p. 198.

251 *CL*, p. 201.

252 *CL*, p. 218.

253 H.L.A. Hart, “Are There Any Natural Rights?”, *art. cit.*, p. 178.

254 H.L.A. Hart, “Are There Any Natural Rights?”, *art. cit.*, p. 177, note 6.

255 H.L.A. Hart, “Are There Any Natural Rights?”, *art. cit.*, p. 175, note 2.

the connection between the concept of rights on the one hand and coercive obligations on the other which, whatever its precise form, appeared to both Bentham and Mill to be a central feature of the notion of rights. [...] Both thinkers tied the notion of obligation to the notion of coercive sanctions, though they differed both as to the form of the connection and as to the possible forms which such sanctions could take²⁵⁶.

This also applies to legal rights. Hart defends the idea that a right holder, after a breach of duty, may “enforce” it by suing for compensation or a mandatory order to restrain the further breach of duty²⁵⁷. As he puts it: “the person who has a right is something more than a possible beneficiary of duty; he is the person who may, at his option, demand the execution of the duty or waive it²⁵⁸.”

Nozick describes this thesis as *the principle of the enforceability of all obligations*: “someone’s being under a special obligation to you to do *A* (which might have arisen, for example, by their promising to you that they would do *A*) gives you, not only the right that they do *A*, but also the right to force them to do *A*²⁵⁹.”

Now back to the mutuality of restrictions. The mutuality of restrictions confers a moral right to co-operators: they have a right to the obedience of free riders. In accordance with the principle that a right-holder is justified in enforcing it, it follows that co-operators are justified in enforcing obedience by coercion. Hart himself draws this consequence: “The rules may provide that officials should have authority to enforce obedience and make further rules, and this will create a structure of legal rights and duties, but the moral obligation to obey the rules in such circumstances is *due to* the co-operating members of the society, and they have the correlative moral right to obedience²⁶⁰.” But what does it mean to “enforce obedience”? What is “the authority of officials to enforce obedience”? What is implied here is most likely the punishment of those who “reap the advantages of respect for law on the part of others, without respecting it themselves²⁶¹”. This is confirmed by a passage in *Law, Liberty and Morality* in which Hart explains that the idea of legal enforcement has two aspects: the first one is the actual punishment of the offender and the second one is the coercion into obedience by the

256 *EB*, p. 86.

257 *EB*, p. 184.

258 H.L.A. Hart, “Bentham”, *art. cit.*, p. 36.

259 R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, *op. cit.*, p. 91.

260 H.L.A. Hart, “Are There Any Natural Rights?”, *art. cit.*, p. 185.

261 *CL*, p. 218.

threat of punishment²⁶².

Thus, punishment by officials or legal punishment can be regarded as a means to enforce the obligation of obedience that is due to co-operators. Punishment is *at the service of* co-operators: as right-holders, they have a certain sovereignty. This implication of mutuality of restrictions was noted by Bayles in his book on Hart:

The legal system is a rule-governed mutually beneficial joint enterprise involving restrictions on liberty (obligations). As all benefit, those who comply have a right that others do so. Such a right provides a ground for coercing others to comply and imposing sanctions (punishment) for noncompliance²⁶³.

The cooperating persons have a moral right that others obey. Like any right, it can be enforced by coercion. Hart suggests that political society is an example of such a cooperating group, in which case the obligation to comply can be coercively enforced by officials²⁶⁴.

This argument is based on the principle of the enforceability of all obligations, which is controversial²⁶⁵. But even if we assume that this principle is not valid, there is another way to connect the mutuality of restrictions with punishment.

The argument comprises three premises and one conclusion: 1/ co-operators have a right to obedience, 2/ whosoever has right to the end has right to the means, 3/ punishment is a

262 LLM, p. 21.

263 M.D. Bayles, *Hart's Legal Philosophy: An Examination*, Dordrecht: Springer, 1992, p. 256.

264 M.D. Bayles, *Hart's Legal Philosophy: An Examination*, *op. cit.*, p. 155. See also Nozick: "If one adds to the principle of fairness the claim that the others to whom the obligations are owed or their agents may *enforce* the obligations arising under this principle [...], then groups of people in a state of nature [...] will have legitimate rights to prohibit 'free riders'." (R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, *op. cit.*, p. 90.) See also Arneson: "those who contribute their assigned fair share of the costs of the scheme have a right, against the remaining beneficiaries, that they should also pay their fair share. A moral obligation to contribute attaches to all beneficiaries in these circumstances, and it is legitimate to employ minimal coercion as needed to secure compliance with this obligation (so long as the cost of coercion does not tip the balance of costs and benefits adversely)." (R. J. Arneson, "The Principle of Fairness and Free-Rider Problems", *Ethics*, vol. 92, n° 4, 1982, p. 623.) See also MacCormick: "Hart holds that law-abiding citizens ought to have some guarantee that their self-restraint is not exploited by others. Hence some coercive sanctions are a normally necessary feature of legal orders. But are they merely necessary in fact, or is this a requirement of fairness to the law-abiding citizens? If the latter, there is a non-utilitarian general justification of punishment implicit in Hart's view [...]." (N. MacCormick, *H.L.A. Hart*, Stanford: Stanford University Press, 2008, p. 179.) See also Ellis: "Viewing the social order as a cooperative venture involving costs and benefits, the principle might suggest that those who benefit could legitimately be compelled to pay some of the costs, and punishment might be seen as part of this process of compulsion." (A. Ellis, *The Philosophy of Punishment*, Imprint Academic, 2012, p. 71.)

265 R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, *op. cit.*, p. 92.

necessary means to get compliance, 4/ therefore, co-operators (or their agent, i.e. officials) are justified in punishing free riders.

We already examined the first and third premises. Only the second premise remains to be clarified. The second premise can be called “Hobbes’ premise” because in *Leviathan* he contends that whosoever has right to the end has right to the means. The sovereign has right to whatsoever he will think necessary for the peace and defence of his subjects²⁶⁶. This principle seems terrifying. But we can make it more acceptable by saying that whosoever has right to the end has right to the most “frugal²⁶⁷” means. Indeed, there may be several means to achieve the end, and you only have the right to the most frugal. However, if someone has a right to X and there is *only* one means to get X, you cannot say he does *not* have a right to this unique means without *ipso facto* denying that he has a right to X²⁶⁸.

Of course, there may be difficult circumstances in which you admit that the right-holder has a right to a given means, but you decide not to respect his right in order to avoid suffering or disastrous consequences: “It will in painful situations sometimes be the lesser of two moral evils to disregard what really are people’s rights and not perform our obligations to them²⁶⁹.”

d) The right to security

The right to the obedience of free riders (which derives from the mutuality of restrictions) is, as I said, a special right, as opposed to general rights. In “Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill”, Hart offers an alternative terminology. He contrasts *positive moral rights* with *natural rights*. Positive moral rights are “moral artefacts”: they are created by voluntary actions (for example, making a promise) which, according to the rules of positive morality, give rise to rights. If John promises Paul to help him, John has a moral obligation to help Paul, and Paul has a right to John’s help, he has a right to complain if he does not help him. If John authorizes Paul to read his private diary and someone asks Paul “What right do you have to read John’s diary?”, Paul may answer “I have the right to read it because he gave me

266 T. Hobbes, *Leviathan*, Indianapolis: Hacket Publishing Company, 1994, chap. XVIII, p. 113.

267 I borrow this term from Bentham: a frugal means is a means that avoids unnecessary suffering.

268 “If a person has a particular right, the demand that the enjoyment of the substance of the right be socially guaranteed is justified by good reasons, and the guarantees ought, therefore, to be provided.” (H. Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton: Princeton University Press, 1980, p. 13.)

269 H.L.A. Hart, “Are There Any Natural Rights?”, *art. cit.*, p. 186.

permission". On the other hand, natural rights (such as the right to worship) are not artefacts; their existence does not depend on social conventions; they reflect and are adapted to certain features of human nature²⁷⁰.

We have seen that a justification of punishment can be based on a positive moral right, the right to obedience deriving from the mutuality of restrictions. Can a justification of punishment be based on a natural right? A good candidate, in our view, is the right to security. Let us see why.

Hart keeps saying that we urgently need a theory of fundamental human rights, in addition to a theory of utility: "It becomes clear that in general what is needed is a theory of individual moral rights and their relationship to other values pursued through law, a theory of far greater comprehensiveness and detailed articulation than any so far provided²⁷¹." He thinks Bentham was wrong to categorically reject basic human rights:

he depicted the French advocates of natural rights as on the horns of a dilemma between the impossible and the nugatory. In this I think he was wrong: there is certainly more to be said about the relationship between basic human rights and other values than he allows. [...] Some theories seem to me to throw out the baby (that is basic rights compatible with each other and with government) with the bath-water of excessive rigidity²⁷².

Although Hart himself has never really developed a theory of fundamental human rights, he had an opinion on the form it should take. For Hart, the individual has basic needs and, in his view, fundamental human rights are directly related to these basic needs. He explains this in several texts. In "Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill", Hart explains that Mill

²⁷⁰ *EB*, p. 83-84.

²⁷¹ *EJP*, p. 144. See also: "there is much still to be done to identify the peculiar features of the dimension of morality constituted by the conception of basic moral rights and the way in which that dimension of morality relates to other values pursued through government [...]" (*EJP*, p. 121-122.) Also: "we still need a satisfactory theory of basic human rights and their relationship to other values pursued through law." (*EJP*, p. 158.) Also: "what is first needed is some more radical and detailed consideration of the ways in which rights relate to other values pursued in society. [...] Yet it is plain that a theory of rights is urgently called for." (*EJP*, p. 195-196.) Also: "there is much still to be done to identify the peculiar features of the dimension of morality constituted by the conception of basic moral rights and the way in which that dimension of morality relates to other values pursued through government." (*EJP*, p. 221-222.) Also: "we have not yet developed a theory of individual rights, comparable with utilitarian theory in clarity, in detailed articulation and in appeal to practical men. At present although we can point to institutions—like the presumption of innocence—which seem to embody such rights we have only the fragments of a theory." (*EB*, p. 39.)

²⁷² *EJP*, p. 151-152.

gives us two criteria for identifying moral rights: essential individual good and general utility. According to Hart, the second does not work; only the first works:

What is left is the first part of [Mill's] double criterion identifying universal rights as those forms of individual good which are "the essentials of human happiness", "the groundwork of our existence", things "no human being can do without". Such descriptions even when interpreted in the light of the specific rights which Mill mentions are no doubt vague and controversial, but are I think more than "mere sounds to dispute about". They at least narrow the area of dispute and point to the direction in which it might be further narrowed. They suggest that what is wanted to make sense of the notion of universal moral rights is a theory of what individuals need and can reasonably demand from each other (by way either of restraint or of active provision) in order to pursue their own ends through the development of distinctive human powers. Some contemporary philosophers have advanced right-based political and moral theories which attempt to derive basic rights from allegedly uncontroversial premises, such as that human beings are entitled to equal concern or respect or to the preservation of their "separateness" as individuals. I have considered two such attempts elsewhere and here merely record my view that I do not think any theory of basic human rights can succeed which does not take the form of a theory suggested by the first part of Mill's double criterion²⁷³.

In the introduction to *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Hart explains that in essays 8-10, he examines different attempts to provide a foundation for fundamental individual rights, and then says:

[Mill's] arguments point to the conclusion that a theory of basic individual rights must rest on a specific conception of the human person and of what is needed for the exercise and development of distinctive human powers. [...] I am confirmed in this belief by the fact that when Professor Rawls came to reply to my arguments in Essay 10, the modifications which he made in his original statement of his own theory to meet my objections appear both to identify the basic liberties for which he argues and their priority over other values by reference to a conception of a human person and of what is necessary for the exercise and development of what he calls the moral powers. In this version of his theory choice in the "original position"

273 *EB*, p. 103-104. Compare with Shue: "[Rights] are social guarantees against actual and threatened deprivations of at least some basic needs." And: "Why [...] are security and subsistence basic rights? Each is essential to a normal healthy life." (H. Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U. S. Foreign Policy*, *op. cit.*, p. 18, p. 29.)

seems to play a much diminished part in the determination of basic liberties²⁷⁴.

Finally, in “Legal Rights”, he explains that the choice theory of rights cannot account for fundamental human rights, because they protect “essential human needs²⁷⁵”:

there is a distinct form of the moral criticism of law which, like the constitutional immunity rights already described, is inspired by regard for the needs of the individual for certain fundamental freedoms and protections or benefits. Criticism of the law for its failure to provide for such individual needs is distinct from, and sometimes at war with, the criticism with which Bentham was perhaps too exclusively concerned, that the law often fails to maximize aggregate utility²⁷⁶.

In my view, had he had the strength to do so, Hart would have developed a theory of natural rights in the same spirit as his theory of natural law²⁷⁷. We could take his words and say that a “[r]eflection on some very obvious generalizations—indeed truisms—concerning human nature and the world in which men live, show that as long as these hold good, there are certain²⁷⁸” basic human needs that must be met.

Now, the question that can be asked is: is security a fundamental human right? Hart repeatedly alludes to this idea of a right to security, directly or indirectly:

It is, however, also true that a somewhat wider usage of the expression “a right” is common among non-lawyers and especially among writers on political theory who might not hesitate to say, for example, that when the *criminal* law forbids murder and assault it thereby secures to individuals a right to security of the person, even though he is in no position to waive a duty imposed by the criminal law²⁷⁹.

outside the law there is a moral conviction that those with whom the law is concerned have a *right* to mutual forbearance from certain kinds of harmful conduct. Such a structure of

274 *EJP*, p. 17.

275 *EB*, p. 186, note 90.

276 *EB*, p. 192.

277 For a similar hypothesis, see G. Byrne, “Taking the Minimum Content Seriously: Hart’s Liberalism and Moral Values”, *The Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 63, n° 4, 2012, p. 493.

278 *CL*, p. 192-193.

279 H.L.A. Hart, “Bentham”, *Proceedings of the British Academy*, 48, 1962, p. 297-302. Reprinted in R.S. Summers (ed.), *More Essays in Legal Philosophy: General Assessments of Legal Philosophies*, Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1971, p. 37.

reciprocal rights and obligations proscribing at least the grosser sorts of harm, constitutes the basis, though not the whole, of the morality of every social group²⁸⁰.

In fact, if basic human rights are indeed linked to our basic needs, then security should logically be a basic human right. Hart himself makes the connection between these two ideas:

claims to such [natural] rights are centrally claims to what is necessary, not merely to secure increases in totals of pleasure or happiness, but to what men, endowed with distinctively human capacities of thought, rational choice and action, need if they are to be able to pursue their own individual ends as progressive beings; that is they need first, a wide area of freedom from interference and second, protection from the most palpable forms of physical harm²⁸¹.

[the individualistic critic] will count the measure of protection afforded by the ordinary criminal law as a provision for those needs, together with the duties to provide for them which fall on public bodies or officials. Viewed in this light the law against murder and assault will be considered and described quite properly as securing rights to life and security of the person; though if it were a question simply of expounding the criminal law this would be redundant and even confusing. Hence in cases where the criminal law provides for such essential human needs the individualistic critic of the law would agree with the benefit-theorist in speaking of rights corresponding to certain duties of the criminal law²⁸².

If human beings possessed natural shells that made them immune to attack by other human beings, if they lost their vulnerability, not only would there be no reason to formulate the

280 *CL*, p. 164-165. See also: "The equal extension to all of the fundamental legal protections of person and property is now generally regarded as an elementary requirement of the morality of political institutions [...]." (*EJP*, p. 116.)

281 *EJP*, p. 189.

282 *EB*, p. 192. See also: "But this accusation of redundancy is no longer pertinent when what is to be considered are not rights under the ordinary law, but fundamental rights which may be said to be against the legislature, limiting its powers to make (or unmake) the ordinary law, where so to do would deny to individuals certain freedoms and benefits now regarded as essentials of human well-being, such as freedom of speech and of association, freedom from arbitrary arrest, security of life and person, education, and equality of treatment in certain respects." (*EB*, p. 190.) Also: "Human beings are competitive with and vulnerable to one another; living in a world of scarce resources they need a 'Sovereign' to enforce a system of restraints. This is a device which by counteracting human egoism provides some of the essentials of human welfare: security from violence and from deception, and respect for keeping promises and for property and fair dealing." (H.L.A. Hart, "Morality and Reality", *The New York Review of Books*, vol. 25, n° 3, 1978.) Also: "discriminations on grounds of race, colour, or creed may produce a legal system and a social morality which does not recognize that all men are entitled to a minimum of protection from others." (*CL*, p. 200-201.) Also: "A more serious objection to the empirical argument conducted in terms of human needs for protection from violence to the person and property and for co-operation is the contention that although these are fundamental human needs, the coercive rules of a legal system need not provide for them." (*EJP*, p. 113.)

prescription “Thou shalt not kill”²⁸³, but there would also be no reason to demand respect for the right to security. The term “natural” in “natural right” should be understood in the same way as in Chapter IX of *The Concept of Law*, i.e. as a natural contingency.

The link between moral rights and security is at the centre of Hart's essays on Mill and moral rights. According to Hart, “Mill thought it impossible to give an account of justice as a distinct segment of morality without recognizing that men have moral as well as legal rights including certain basic rights to liberty and security from harm²⁸⁴”. He explains that for Mill, security is one of the essential elements of individual well-being:

He says that in the case of individual rights the interests of the individual which are at stake constitute “[an] extraordinarily important and impressive kind of utility” which he describes in a number of striking phrases: “[something] no human being can possibly do without”; “the very groundwork of our existence”; “the essentials of human well-being”. He explains that among the interests included in this special kind of utility of fundamental rights are the individual's security from harm inflicted by others, and from wrongful interference with his freedom to pursue his own good. These he says are “utilities which are vastly more important, and therefore more absolute and imperative”, than any others and are to be sharply distinguished from the mere idea of promoting human pleasure, happiness, or convenience²⁸⁵.

Thus, it seems that there is room in Hart's philosophy for a right to security. But what is the right to security? It needs to be defined more precisely. As Lazarus notes, it is important to define it, because by defining it, we delimit the correlative obligation of the authorities to use coercion and, in particular, to punish²⁸⁶. It goes without saying that the right to security is not a right to absolute security. Absolute security is a contradiction in terms since it presupposes that the authorities are given a very important power that would cause great insecurity. The right to security must be understood as a right to a reasonable level of objective security²⁸⁷. For Shue, the right to security means only that one must be protected against standard threats to security: there is no question of offering guarantees against any threat or against threats that

283 *CL*, p.

284 *EB*, p. 16.

285 *EJP*, p. 188-189.

286 L. Lazarus, “The Right to Security—Securing Rights or Securitising Rights?”, in R. Dickinson *et alii* (ed.), *Examining Critical Perspectives on Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 89.

287 “Morally, given adequate resources overall, each citizen has a claim to a level of security compatible with living a decent life (however understood).” (M. Matravers, “Punishment, Suffering, and Justice”, in S. Farrall *et alii*, *Justice and Penal Policy*, Routledge, 2016.)

cannot be eliminated²⁸⁸. The difficulty is to determine what this reasonable level of objective security is, what these standard threats are. We could use numerical indicators: for instance, if the homicide rate exceeds 10 per 100,000 population and 200 rapes occur per day, the authorities are not meeting their obligations.

The right to security is a fundamental human right. Therefore, it has all the formal characteristics of a fundamental human right. It is not an artefact; its existence does not depend on social conventions; it reflects and is adapted to certain features of human nature²⁸⁹; it is stable over time, its content does not change according to circumstances; its invocation has a peremptory character in that it justifies the request made to others to do this or not to do that; it is conceptually linked to coercive obligations²⁹⁰; it serves as a critical tool in that if it is ignored, we can demand change, even rebel²⁹¹.

Now, what is the link with punishment? Can we admit a right to security without at the same time admitting a duty to punish? If security is owed to us, then the punishment of offences against the person and property is owed to us, provided that it is proved to be essential to security. We must insist on this condition: if security could be guaranteed by a better solution than punishment, then it would be that other means, not punishment, that would be owed to us. As Shue writes:

But it is impossible *to protect* anyone's rights to physical security without taking, or making payments toward the taking of, a wide range of positive actions. For example, at the very least the protection of rights to physical security necessitates police forces; criminal courts; penitentiaries; schools for training police, lawyers, and guards; and taxes to support an enormous system for the prevention, detection, and punishment of violations of personal security. All these activities and institutions are attempts at providing social guarantees for individuals' security so that they are not left to face alone forces that they cannot handle on their own²⁹².

For Hart, just as there is an essential link between positive moral rights and coercion, so there is an essential link between natural rights and coercion:

288 H. Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U. S. Foreign Policy*, *op. cit.*, p. 32.

289 *EB*, p. 84.

290 *EB*, p. 86.

291 *EB*, p. 91-92.

292 H. Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, *op. cit.*, p. 37-38.

for an individual to have a moral right there must be reasons of special weight why he should have the liberty or other advantage to which he has a right. These reasons must be weighty enough to justify not only coercion in individual cases but the use of legal and social forms of enforcement with all the costs, suffering and other disutilities which enforcement regulated in such ways inevitably entails²⁹³.

To conclude this Chapter, I will compare the Benthamian justification and the right-based justification of punishment. Let us start with the commonalities.

1/ In theory, both justifications allow us to meet the burden of justification. Indeed, necessity is regarded in criminal law as the justification that encompasses all others (I will explain this point in the next Chapter); moreover, fundamental human rights are by definition extremely important, their violation is by definition intolerable²⁹⁴. As Shue explains: “A person who has a right has especially compelling reasons—especially deep principles—on his or her side²⁹⁵.”

2/ In practice, both justifications are fragile. The Benthamian justification is fragile because it assumes that punishment is necessary to prevent a greater evil. However, this assumption can be challenged. The right-based justification is fragile because it assumes that there is a positive moral right to obedience and a fundamental human right to security; that punishment is necessary to guarantee obedience or security. Therefore we cannot assert with certainty that punishment is justified.

3/ Both justifications are instrumental. The Benthamian justification regards punishment as a means of preventing a greater evil. The right-based justification regards it either as a means of guaranteeing obedience or as a means of guaranteeing security. The debate on the justification of punishment is not so much about whether punishment is a means to an end or something that has intrinsic value, but rather: assuming that punishment is an instrument of prevention, what justifies the use of this instrument?

293 *EB*, p. 91

294 *EB*, p. 86.

295 H. Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U. S. Foreign Policy*, *op. cit.*, p. 13.

4/ Both justifications are not *explanations* of the mechanisms by which punishment operates. They are not criminological theories, although their validity rests on empirical evidence.

5/ Both justifications can be misused. The right to security can be invoked to justify an unnecessarily repressive policy, to justify liberticidal measures whose effectiveness in terms of security is doubtful²⁹⁶. The necessary evil argument can be used to justify abominations.

Let us now look at the differences.

1/ The Benthamian justification and the right-based justification correspond to different “dimensions²⁹⁷” of morality. As Hart explains:

in the last resort there is an unbridgeable gap between pure utilitarianism, for which the maximization of the total aggregate general welfare or happiness is the ultimate criterion of value, and a philosophy of basic human rights, which insists on the priority of principles protecting, in the case of each man, certain aspects of individual welfare²⁹⁸ [...].

However, these two dimensions of morality can reinforce each other: “It is plain that general utility and the existence of antecedent moral rights are different justifications even if in some cases both justifications could be offered²⁹⁹ [...]”

2/ The Benthamian justification is based on the estimation and comparison of two quantities of harm: those caused by the repression of a type of behaviour, and those caused by the lack of repression of the same type of behaviour. The right-based justification is non-comparative: it does not take into account the first condition of the Benthamian justification. Hart would probably say that the Benthamian justification is an aggregative/maximizing justification, while the justification based on the right to security is a distributive/individualistic justification. The former is an aggregative/maximizing justification because it is concerned with the maximization of the total net balance of happiness. The latter is a

296 “assertions of the right to security can imply, and increasingly have been politically exploited to mean, increasing police powers, powers of surveillance, powers of pre-trial detention and pre-emptive measures aimed at risk prevention. Also, the right to security is frequently used to legitimate invasions or incursions into countries seen to be a threat to security.” (L. Lazarus, “The Right to Security—Securing Rights or Securitising Rights?”, *art. cit.*, p. 89.)

297 *EJP*, p. 221.

298 *EJP*, p. 188.

299 *EB*, p. 94.

distributive/individualistic justification because it is concerned with basic interests of each individual subject³⁰⁰.

3/ According to the right-based justification, and not according to the Benthamian justification, punishment is *due or owed* either to co-operators or to every human being. The authorities have an *obligation* to maintain the practice of punishment. As Scanlon puts it: “[Governments] also owe it to their citizens to discourage violations by condemnation and, insofar as this is necessary, by threatening wrongdoers with forms of hard treatment³⁰¹.”

300 *EJP*, p. 182.

301 T.M. Scanlon, “Giving Desert its Due”, *Philosophical Explorations*, vol. 16, n° 2, 2013, p. 103.

Chapter 3.1: Criminal responsibility

Table

I. The origin of Hart's rule of responsibility.....	181
II. The meaning of Hart's rule of responsibility.....	185
1. The perpetrator of an illegal act.....	185
2. Capacities: the key to exemptions.....	187
a) Discernment.....	188
b) Self-control.....	189
3. Fair opportunity: the key to excuses.....	191
a) Ignorance.....	192
b) Physical compulsion.....	193
c) Moral compulsion or duress.....	194
d) Fair opportunity and heroism.....	196
4. Necessity: the key to justifications.....	198
a) Hart's view on justifications.....	199
b) Necessity, the mother of all justifications.....	200
5. Conclusion.....	201
III. The justification of Hart's rule of responsibility.....	203
1. Hart's criticism of the utilitarian justification.....	203
a) The punishment of the innocent.....	203
b) Strict liability and absolute liability.....	209
c) Utilitarianism and innocence.....	213
2. Hart's pluralist justification.....	214
a) Liberty.....	214
b) Justice.....	219
c) Hart's compromises.....	221
d) Hart and Strawson.....	226
IV. Determinism and Hart's rule of responsibility.....	228
1. What is determinism?.....	229
2. Compatibilism.....	231
3. Incompatibilism.....	232

We saw in the previous Chapter that the justification of punishment presupposes or can presuppose certain distributive conditions. We now have to specify and justify these distributive conditions, two tasks that Hart argues are independent of the task of justifying punishment.

In this Chapter, I shall focus on the first aspect of the distribution of punishment: criminal responsibility (the other aspect being the determination of the quality and quantity of punishment). “Responsibility” is a very polysemic word. In the postscript of *Punishment and Responsibility*, Hart tries to clarify the main varieties of responsibility: role-responsibility,

causal responsibility, liability-responsibility, capacity-responsibility¹. In what follows, by “responsibility” I will mean only “criminal responsibility”, and by “criminal responsibility” I will mean only “liability to punishment”. In other words, I will not distinguish between “liability” and “responsibility” (both terms are translated in French by “responsabilité”). Hart distinguishes these two things in the postscript of *Punishment and Responsibility*², but not elsewhere. For instance, in “Changing Conceptions of Responsibility”, he writes:

To say that someone is legally responsible for something often means only that under legal rules he is liable to be made either to suffer or to pay compensation in certain eventualities. The expression “he’ll pay for it” covers both these things. [...] the word simply means liable to be made to account or pay and we might call this sense of the word “legal accountability”³.

In *Causation in the Law*, he also writes with Honoré:

Usually in discussion of the law and occasionally in morals, to say that someone is responsible for some harm means that in accordance with legal rules or moral principles it is at least permissible, if not mandatory, to blame or punish or exact compensation from him. In this use the expression “responsible for” does not refer to a factual connection between the person held responsible and the harm but simply to his liability under the rules to be blamed, punished, or made to pay. The expressions “answerable for” or “liable for” are practically synonymous with “responsible for” in *this* use, in which there is no implication that the person held responsible *did* or *caused* the harm⁴.

Thus, *as I understand it*, the question of criminal responsibility (or liability) is simply: who may be punished under what conditions? The answers to this question are what Fauconnet calls “rules of responsibility”, that is “any rule designating the passive recipient of a sanction, or prescribing how a sanctionee is to be selected for the application of some sanction⁵”. The section 4.01 of the *Model Penal Code* is a good example of what a rule of responsibility is: “A person is not responsible for criminal conduct if at the time of such conduct as a result of

1 *PR*, p. 212.

2 *PR*, p. 216-217.

3 *PR*, p. 196-197.

4 *CIL*, p. 65. See also the preface to the second edition: “By ‘legal responsibility’ we mean the liability of a person to be punished, forced to compensate, or otherwise subjected to a sanction by the law. There are many grounds on which responsibility may be imposed, and others may be invented in the future [...]” (*CIL*, p. xliii-xliv.)

5 P. Fauconnet, *Responsibility: A Study in Sociology*, trans. W. Jeffrey, University of Cincinnati College of Law, 1978, p. 9.

mental disease or defect he lacks substantial capacity either to appreciate the criminality [wrongfulness] of his conduct or to conform his conduct to the requirements of law⁶.”

My main goal in this Chapter is to study Hart's rule of responsibility. The most famous formulation of it can be found in “Negligence, *Mens Rea* and Criminal Responsibility”: “those whom we punish should have had, when they acted, the normal capacities, physical and mental, for doing what the law requires and abstaining from what it forbids, and a fair opportunity to exercise these capacities⁷.” Let us begin with a few remarks on this rule.

1/ In what follows, I will use interchangeably the expressions “fair opportunity” and “fair chance”. Indeed, Hart uses them interchangeably: “unless a man has the capacity and a *fair opportunity or chance* to adjust his behaviour to the law its penalties ought not to be applied to him⁸.”

2/ Hart's rule of responsibility comprises three components. A person may be punished only if (a) he committed an illegal act, (b) he has certain mental and physical capacities, (c) he had a fair chance to use these capacities to obey the law. The first component roughly corresponds to the *actus reus*, the second and the third components roughly correspond to the *mens rea*. In what follows, I will study these components separately and successively.

3/ Hart's rule of responsibility should be considered as an alternative to other rules of responsibility. It is an alternative to Turner's rule that voluntary conduct and foresight of consequences are both necessary for criminal responsibility⁹; to the retributivist rule that “a person may be punished if, and only if, he has voluntarily done something morally wrong¹⁰”;

6 *Model Penal Code: Official Draft and Explanatory Notes*, Philadelphia: The American Law Institute, 1985, p. 61.

7 *PR*, p. 152, my italics. See also Moore: “does that situation present him with a fair chance to use his capacities for choice so as to give effect to his decision?” (M.S. Moore, “Choice, Character, and Excuse”, *Social Philosophy & Policy*, vol. 7, n° 2, 1990, p. 35.) Also Lacey: “respect for agency is satisfied so long as the agent has a fair chance to conform his or her behaviour to the requirements of criminal law.” (N. Lacey, *In Search of Criminal Responsibility: Ideas, Interests, and Institutions*, Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 28.) Also Thorburn: “he believed that one should be punished only to the extent that one had a fair chance to avoid engaging in the prohibited conduct.” (M. Thorburn, “The Radical Orthodoxy of Hart's *Punishment and Responsibility*”, in M.D. Dubber (ed.), *Foundational Texts In Modern Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 287, note 33.)

8 *PR*, p. 181.

9 *PR*, p. 143.

10 *PR*, p. 231.

to Blackstone's rule that punishment should be restricted to those who have a "vicious will"¹¹; to Hall's rule "that the basis of criminal responsibility *must* be moral culpability ('the voluntary doing of a morally wrong act')¹²", etc.

4/ Hart's rule of responsibility has many functions. Firstly, it is a reinterpretation of the legal maxim "actus non facit reum nisi mens sit rea". The *mens* is not *rea* when the offender has a morally evil mind, but when he had a fair opportunity to use his normal capacities. Secondly, Hart's rule of responsibility accounts for the main exemptions and excuses recognized by the criminal law. Thirdly, it clarifies the meaning of the expression "X could not have acted otherwise"¹³. Fourthly, Hart's rule of responsibility is a critical principle or a standard. In its light, we can criticize and improve the law. For instance, it allows us to question strict liability or another legal maxim: "ignorantia juris neminem excusat"¹⁴.

Thus, Hart's rule of responsibility is both an explanatory principle and a normative principle. However, is it first and foremost an explanatory principle or a normative principle? As Hart puts it:

Of course, it may well be that if our theories do not fit the uniform practices of legal systems we should, at the end, say "So much the worse for the law. It is, as we have all along suspected, an incoherent, as well as a barbarous and not very effective, business". On the other hand, we might say "So much the worse for our theories, if they cannot account for or accommodate long-established and uniform practices and distinctions"¹⁵.

At first glance, Hart's rule of responsibility is first a normative principle, before being an explanatory principle. In other words, if Hart's rule does not fit with the law, the law must change, not Hart's rule. At the same time, we can observe that Hart keeps going back and forth between "what is" and "what should be", the former refining the latter and vice versa. As Lacey explains:

His method, remarkably similar to John Rawls' idea of a "reflective equilibrium" between our

¹¹ *PR*, p. 77.

¹² *PR*, p. 37-38.

¹³ "persons should not be punished if they could not have done otherwise, i.e. had neither the capacity nor a fair opportunity to act otherwise." (*PR*, p. 153.)

¹⁴ *PR*, p. 181.

¹⁵ *PR*, p. 114.

intuitions and our considered principles, was to move back and forth between actual features of criminal law systems and liberal or logical arguments, seeking the best rationalization of current arrangements, and finding resources for criticism in ideals which are immanent but not fully realized in those arrangements¹⁶.

5/ I do not agree with Moore when he asserts in “Choice, Character, and Excuse” that Hart defends a so-called “choice theory of excuse”. Of course, Hart does defend a choice theory of rights and does make an important place for choice in his work. But his rule of responsibility is compatible with punishment for manslaughter by negligence, while the choice theory of excuse is not, as Moore admits¹⁷. In fact, Hart himself describes his rule of responsibility as a “doctrine of fair opportunity¹⁸” and contrasts it with the traditional “doctrine of *mens rea*”.

6/ Hart's rule of responsibility lays down the minimum conditions of responsibility. It lays down necessary but not sufficient conditions. It is a “restrictive principle of Distribution¹⁹”. It is unjust to be punished when these conditions are not fulfilled, but this does not mean that one must be punished each time these conditions are fulfilled.

7/ It is funny to notice that Hart does exactly what he criticized others for doing in 1949:

But in pursuit of the will o' the wisp of a general formula, legal theorists have sought to impose a spurious unity (as judges occasionally protest) upon these heterogeneous defences and exceptions, suggesting that they are admitted as merely evidence of the absence of some single element (“intention”) or in more recent theory, two elements (“foresight” and “voluntariness”) universally required as necessary conditions of criminal responsibility. And this is misleading because what the theorist misrepresents as evidence negating the presence of necessary mental elements are, in fact, multiple criteria or grounds defeating the allegation of responsibility²⁰.

The contradiction is twofold. Firstly, Hart does state a general formula providing a rationale for most of the existing defences which the law admits. Secondly, he says explicitly that

16 N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 279.

17 M.S. Moore, “Choice, Character, and Excuse”, *art. cit.*, p. 56-58.

18 *PR*, p. 181.

19 *PR*, p. 13.

20 H.L.A. Hart, “The Ascription of Responsibility and Rights”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 49, 1949, p. 180.

“psychological elements are not *in themselves* crucial²¹”: the only reason why we bother about the knowledge or intention of the accused is that they show whether he could have acted otherwise, that is whether he had certain capacities and a fair opportunity to obey the law²²; they are merely *indicia* of the fact that he could or could not have acted otherwise²³.

My study of Hart's rule of responsibility comprises four parts. In the first part, I explain why it is rooted in ordinary language philosophy. In the second part, I try to clarify the meaning of its different components. In the third part, I examine Hart's view that its justification is independent of the justification of punishment. In the fourth part, I explore its relationship with determinism.

I. The origin of Hart's rule of responsibility

In this part, I will defend the thesis that Hart's rule of responsibility owes a lot to the debate between J.L. Austin, Moore and Nowell-Smith about the meaning of “I could have acted otherwise”.

In “Ifs and Cans” (1956), J.L. Austin criticizes Moore's and Nowell-Smith's analyses. Let us begin with the criticism of Moore's analysis. Moore holds that an action is right or wrong only if the agent could have acted otherwise, that is only if the agent has free will. But what do we mean when we say that someone could have acted otherwise? Moore's answer is not very original: we mean that he would have acted otherwise, if he had chosen²⁴. Moore's analysis is a classical compatibilist conditional analysis²⁵. Why compatibilist? Because determinism, says Moore, does not exclude that if I had chosen, I would have acted otherwise. Why conditional? Because Moore's analysis is based on a “if... then...”. Why classical? Because it is a commonplace of the empiricist tradition.

Austin criticizes Moore's reduction of “could” to “would”. He gives two examples. Firstly, let

21 *PR*, p. 152.

22 “The point just is that in a civilized system only those who *could have* kept the law should be punished. Why else should we bother about a man's knowledge or intention or other mental element except as throwing light on this?” (*PR*, p. 189.)

23 *PR*, p. 179.

24 G.E. Moore, *Ethics*, New York: Henry Holt and Company, 1912, p. 211-212.

25 M. McKenna, J.D. Coates, “Compatibilism”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2018 Edition), E.N. Zalta (ed.), LINK = <https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/compatibilism/>.

us suppose that I say with anger to someone who was within range “I could have shot you”. This is not the least to say that I would have shot him if so-and-so²⁶. When I say “I could have shot you”, I am talking about a *potentiality*. When I say “I would have shot you if so-and-so”, I am making a (questionable) *prognosis* on what would have happened if so-and-so.

Secondly, let us imagine that a professional golf player misses a very short putt and says with anger “I could have holed it”. This does not mean that he would have holed it, if he had tried, for he *did* try. This does not mean that he would have holed it, if he had pushed the ball more gently, for a gust of wind might have deflected it. This simply means that it was easily feasible, that it was within his grasp, given his professional level and his experience²⁷.

Nowell-Smith's starting point is very similar to that of Moore: he says that a person is not blameworthy if he could not have acted otherwise and tries to clarify the meaning of “could not have acted otherwise”. Nowell-Smith argues that “could have” sentences are not categorical statements. He gives the following example. To establish that “Paul could have read *Emma* in bed last night, though he actually read *Persuasion*” we have to show two things. Firstly, we have to show that Paul was able to read *Emma*. Secondly, we have to show that nothing prevented him on this occasion, that there was a copy of *Emma* in the house²⁸. In other words, we have to show that Paul had both the ability and the opportunity to read *Emma*²⁹. But how do we establish that Paul was able to read *Emma*? We do this by appealing to past performances and, according to Nowell-Smith, “the very fact that evidence for or against ‘could have’ statements must be drawn from occasions other than that to which they refer is enough to show that ‘he could have acted otherwise’ is not a straightforward categorical statement³⁰”.

Nowell-Smith's analysis is most probably inspired by Ryle's *The Concept of Mind* published a few years earlier. In Chapter III, Ryle tries to elucidate the meaning of “voluntary”, “involuntary”, “responsible”, “could not have helped” and “his fault”. He gives the example of a boy who has tied a granny-knot instead of a reef-knot. How do we establish that it was his fault? Firstly, by establishing that he knows how (has the capacity) to tie a reef-knot,

26 J.L. Austin, *Philosophical Papers*, Oxford: Oxford University Press, 1961, p. 156.

27 J.L. Austin, *Philosophical Papers*, *op. cit.*, p. 166, note 1.

28 P.H. Nowell-Smith, *Ethics*, Harmondsworth: Penguin Books, 1954, p. 275-276.

29 J.L. Austin, *Philosophical Papers*, *op. cit.*, p. 170.

30 P.H. Nowell-Smith, *Ethics*, *op. cit.*, p. 276.

secondly, “by establishing that his hand was not forced by external coercion and that there were no other agencies at work preventing him from tying the correct knot³¹”. But how do we establish that he knows how to tie a reef-knot (*ability*)? He had been taught, had had practice, can correct knots tied by others, etc. And how do we establish that his hand was not forced by external coercion (*opportunity*)? Such incidents are too remarkable to go unnoticed. Ryle gives another example: why does the teacher excuse the schoolboy who arrived late because his bus broke down? Answer:

His late arrival was not the result of a failure to do what he was capable of doing. He was prevented by a circumstance which was not in his power to modify. Here again the teacher is judging an action with reference to the *capacities and opportunities of the agent*; his excuse is accepted that he could not have done better than he did³².

Here, I will not focus on the points of disagreement between Nowell-Smith and Austin, but on the points of agreement. Austin does agree with Nowell-Smith (and indirectly with Ryle) that “could have” statements can be analysed in terms of ability and opportunity. There are three possibilities. 1/ “I could have read *Emma*”: I assert categorically that I had the ability and the opportunity to read *Emma*. 2/ “I could have read *Emma*, if I had had a copy”: I assert categorically that I had the ability to read *Emma*, but that I lacked the opportunity to exercise it. 3/ “I could have read *Madame Bovary*, if I had learned French”: I assert categorically that I had to opportunity to read *Madame Bovary*, but that I lacked the ability to read it³³.

Austin makes an important remark: “I talk here and throughout of ‘ability’ and ‘opportunity’ only: but I realize that other abstract nouns like ‘capacity’, ‘skill’, and even ‘right’ are equally at grip³⁴.” As Warnock clearly explains, when I say “I could have walked a mile in 20 minutes”, what is involved is a physical capacity; when I say “I could have read *Madame Bovary*”, it is an intellectual capacity; when I say “I could have holed it”, it is a skill; when I say “I could have arrested him”, it is a legal power. And the procedure to establish that you have a legal power is very different from the procedure to establish that you have a physical capacity³⁵.

31 G. Ryle, *The Concept of Mind*, London: Routledge, 2009, p. 58.

32 G. Ryle, *The Concept of Mind*, *op. cit.*, p. 59, my italics.

33 J.L. Austin, *Philosophical Papers*, *op. cit.*, p. 177-178.

34 J.L. Austin, *Philosophical Papers*, *op. cit.*, p. 177-178, note 1.

35 G.J. Warnock, *J. L. Austin*, New York: Routledge, 1989, p. 71-72.

After the publication of “Ifs and Cans”, it became very common for English philosophers to analyse “could have” statements in terms of ability and opportunity. This analysis can be found in Warnock³⁶, Honoré³⁷, Ayers³⁸, Glover³⁹, Kenny⁴⁰, etc. However, it was quickly overshadowed by Frankfurt’s thought experiments supposed to prove that an agent can be morally responsible even if could not have acted otherwise.

Hart did something very original: he exported in philosophy of law Austin’s analysis to answer the question of criminal responsibility. If a person may be punished only if he could have acted otherwise and if “he could have acted otherwise” means that he had the capacity and the opportunity to act otherwise, then a person may be punished only if he had the capacity and the opportunity to act otherwise. All Hart had to do was transform “opportunity” into “*fair opportunity*” and his rule of responsibility was ready!

Hart’s rule of responsibility in “Negligence, *Mens Rea* and Criminal Responsibility” (1961) was outlined in three previous publications. Firstly, in *Causation in the Law* (1959). Hart & Honoré explain that in common speech, an action is said not to be voluntary when some circumstances are present: if it is done by accident, where muscular control is absent, under pressure, etc. Then, they explain that “[t]his use of ‘voluntary’ and ‘not voluntary’ depends, no doubt, on a conception of a human agent as being most free when he is placed in circumstances which give him a fair opportunity to exercise normal mental and physical powers and he does exercise them without pressure from others⁴¹”.

Secondly, in “Prolegomenon to the Principles of Punishment” (1959). Hart contends that if punishment is reserved for voluntary offences, then punishment “appears as a price justly

36 “Our views, then, about what somebody could have done can be said to turn on our beliefs about his abilities and his situation.” (G.J. Warnock, “Actions and Events”, in D. Pears (ed.), *Freedom and the Will*, London: Palgrave Macmillan, 1963, p. 72.)

37 “if the agent did not attempt the action, we may say ‘he could have done it’, in one sense of that expression, viz. ‘he was in a position to do it’, or ‘there was nothing to prevent him doing it’.” (T. Honoré, *Responsibility and Fault*, Portland: Hart Publishing, 1999, p. 146-147. The original article was written in 1964.)

38 “an agent must at least have both the capacity and the opportunity to refrain from an action, if his doing it is to be the result of a free choice.” (M.R. Ayers, *The Refutation of Determinism*, London: Methuen & Co, 1968, p. 104.)

39 “And here reference to what one could have done is reference to one’s capacities or one’s opportunities.” (J. Glover, *Responsibility*, London: Routledge & Kegan Paul, 1970, p. 73.)

40 “an agent Φ s freely at t if at t he has the ability and the opportunity both to Φ and not to Φ .” (A. Kenny, *Will, Freedom and Power*, Oxford: B. Blackwell, 1975, p. 150.)

41 *CIL*, p. 41, note 12. See also *CIL*, p. 138.

extracted because the criminal had a fair opportunity beforehand to avoid liability to pay⁴²". The offender who is punished cannot complain because he was given "a *fair* opportunity to choose between keeping the law required for society's protection or paying the penalty⁴³".

Thirdly, in *The Concept of Law* (1961). Hart explains that if the law, as a method of social control, is to work, its rules must meet certain conditions: they must be clear, within the capacity of most to obey, they must not be retrospective, etc. He then adds: "his means that, for the most part, those who are eventually punished for breach of the rules will have had the ability and opportunity to obey⁴⁴."

II. The meaning of Hart's rule of responsibility

In this part, I will clarify the meaning of Hart's rule of responsibility. I will examine separately each of its components. I will also show that Hart's rule of responsibility needs to be complemented by a fourth component, otherwise it would not account for justification defences.

1. The perpetrator of an illegal act

The first component is the simplest one: only the perpetrator of an illegal act may be punished. The component comprises three distinct requirements.

1/ Only the *perpetrator* of an illegal act may be punished. This means if Paul steals a car, Mary should not be punished with him or in his place because she is innocent. Collective punishment and vicarious punishment are excluded.

2/ Only the perpetrator of an *illegal* act may be punished. A person cannot be punished for an act that is legal or was legal at the time of the events. If a person commits an immoral act that is legal, he can be morally blamed, but he cannot be legally punished: arbitrary punishment is excluded. If a person committed in 2016 an act that is illegal now but was legal back then, he cannot be legally punished: retroactive punishment is excluded.

42 *PR*, p. 23.

43 *PR*, p. 23.

44 *CL*, p. 207.

3/ Only the perpetrator of an illegal *act* may be punished. God may punish someone for his thoughts, but human justice cannot punish someone for his thoughts. Hart quotes twice a remark made by Chief Justice Brian in 1477: “The thought of man is not triable; the devil alone knoweth the thought of man⁴⁵.”

In “Intention and Punishment”, Hart uses Anscombe’s distinction⁴⁶ between “expression of intention for the future”, “intentional action” and “intention in acting” and argues that “expression of intention for the future” or bare intention cannot be punished. He quotes again a remark made by another authority, Lord Mansfield, in 1784: “So long as an act rests in bare intention alone it is not punishable by our law⁴⁷.”

However, the term “act” is broadly understood to include omissions, attempts, possessions, etc. I can be punished because I failed to rescue, because I attempted to kill, because I possess dangerous weapons, etc.

Furthermore, the concept of behaviour should not be confused with the concept of bodily movement. In some cases, in order to determine whether a behaviour took place, such as a theft or attempted theft, it will be necessary to know the intentions of the agent⁴⁸. (Incidentally, this is one of the reasons why the distinction *actus reus/mens rea* is problematic⁴⁹.) When we say that we cannot be punished for our thoughts or bare intentions, this does not mean at all that the law should be behaviourist and concerned only with the body and not the mind.

Why is causation not a part of Hart’s rule of responsibility? Hart notes that while causation is essential in civil law, it is not essential in criminal law⁵⁰. Two common cases may be

45 *PR*, p. 188, p. 243.

46 G.E.M. Anscombe, *Intention*, Second Edition, Cambridge: Harvard University Press, 1957, §1, p. 1.

47 *PR*, p. 127.

48 “there are some socially harmful activities which are now and should always be treated as criminal offences which can only be identified by reference to intention or some other mental element.” (*PR*, p. 209.) Also: “the criminal law has at least two different ways of identifying the *actus reus* it requires. In the cases, e.g., of murder or assault it may do this directly, describing certain outward conduct, and though for liability *mens rea* is also required, no further reference to the ‘mental element’ is required to identify the kind of outward conduct that constitutes the *actus reus* of such charges. In other cases however, including attempts, the *actus reus* is not thus directly identified but is indirectly identified by reference to the accused’s intention.” (*EJP*, p. 386-387.)

49 *PR*, p. 36, p. 145.

50 *PR*, p. 220.

mentioned: 1/ conduct and fault must be shown (for instance, knowingly possessing a dangerous weapon); 2/ conduct alone need be shown (for instance, the seller of adulterated food may be convicted even though he could not know that the food was adulterated and no one was harmed by consuming it)⁵¹. The question whether the accused caused the harm arises especially in the case of an unintentional offence (e.g. negligent homicide)⁵².

2. Capacities: the key to exemptions

The second component of Hart's rule of responsibility is more complex: only those who have certain capacities may be punished. What are these capacities? Hart gives the answer in the postface of *Punishment and Responsibility*: "The capacities in question are those of understanding, reasoning, and control of conduct: the ability to understand what conduct legal rules or morality require, to deliberate and reach decisions concerning these requirements, and to conform to decisions when made⁵³."

Thus, two capacities are needed to be criminally responsible. The first capacity is a *cognitive* capacity to understand what conduct legal rules require, that is to say *discernment* (here, I am using the term employed by French criminal law). The second capacity is a *volitive* capacity to deliberate, reach decisions and conform to decisions when made, that is to say *self-control*. If one of these two capacities is below a *minimum threshold* or *too weak*, criminal responsibility is excluded: one must have a minimum of discernment and a minimum of self-control in order to be criminally responsible.

These two capacities are the key to *exemptions*. Defences (that is, "any answer which defeats a criminal charge⁵⁴") can be divided into three categories: exemptions, excuses and justifications. Here are the definitions given in the Law Reform Commission of Canada: exemptions operate to remove a person from the criminal process; excuses operate to exonerate from liability, negate culpability for wrongful acts; justifications render right and lawful, acts which would otherwise be criminal⁵⁵.

51 *CIL*, p. xlvi.

52 *PR*, p. 137.

53 *PR*, p. 227.

54 Law Reform Commission of Canada, *Criminal Law: The General Part: Liability and Defences*, Ottawa: Minister of Supply and Services, 1982, p. 35.

55 Law Reform Commission of Canada, *Criminal Law: The General Part: Liability and Defences*, *op. cit.*, p. 36.

In the next subpart, I will try to clarify these two capacities.

a) Discernment

When is discernment below the minimum threshold? There are at least three uncontroversial cases: infancy, dementia, intellectual disability.

If a three-year-old child shoots with a firearm and hurts someone, he cannot be legally punished. Until a certain age, children are unable to appreciate the consequences of their actions, to distinguish the legal from the illegal, to understand what the law requires, etc. Until what age? English criminal law sets the bar at ten years. This does not mean that children over the age of ten are treated and should be treated as adults and sent to prison, but that they have (on average) exceeded the minimum threshold of discernment and therefore can no longer be automatically exempted. It can no longer be claimed that their discernment is too weak.

According to the *Cambridge Dictionary*, dementia is “a medical condition that affects especially old people, causing the memory and other mental abilities to gradually become worse, and leading to confused behaviour”. If a person with Alzheimer's disease who has a very poor level of discernment commits a crime, he cannot be legally punished. He needs to be watched and helped.

Finally, persons suffering from severe intellectual disability cannot be legally punished. The §16 of the Danish Criminal Code provides that: “Persons who, at the time of the act, were irresponsible on account of mental illness or a state of affairs comparable to mental illness, or who are severely mentally defective, are not punishable⁵⁶.” What is meant by “severally mentally defective”? It means, among other things, persons whose I.Q. is under 70⁵⁷.

We could subsume these cases under the idea of “mental age”. A certain mental age is needed

⁵⁶ <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/34/Denmark/show>

⁵⁷ Unfortunately, courts sometimes convict people with IQs below 70. Kelly gives the example of *State v Patterson*: the defendant had an IQ of 61 and was convicted of negligent homicide (she refused to give water to a two-year-old boy who died of dehydration). The accused was incapable of perceiving the risk, but the court held that a reasonable person would have perceived the risk... (See E.I. Kelly, *The Limits of Blame*, Cambridge: Harvard University Press, 2018, p. 29.)

to be criminally responsible, whatever your chronological age.

It is essential not to confuse two things: 1/ having an overall level of discernment below the minimum threshold (what Hart calls “*persistent incapacity*”⁵⁸ and Bentham “*standing incapacity*”⁵⁹), 2/ being momentarily deprived of discernment, when one is normally capable of discernment (what Hart calls “*short-lived incapacity*”⁶⁰). Hart's rule of responsibility does not exclude liability in the latter case. For instance, if someone drinks a lot of alcohol, is deprived of his discernment and commits a crime, he may be punished because he had a fair opportunity to avoid his crime (he could have drunk less). Here, the *psychological condition* of the accused is not problematic, does not present any particular defect.

Another distinction must be made: 1/ having an overall level of discernment below the minimum threshold, 2/ having a weak level of discernment (weak mental retardation, adolescence, for instance). Hart's rule of responsibility does not exclude liability in the latter case. But punishment can be mitigated or supplemented/replaced by educative or therapeutic measures.

b) Self-control

As Hart remarks, volitive capacities have not always been taken into account by the criminal law⁶¹. The famous M’Naghten rule only refers to discernment:

mental abnormality sufficient to constitute a defence to a criminal charge must consist of three elements: first, the accused, at the time of his act, must have suffered from a defect of reason; secondly, this must have arisen from disease of the mind; thirdly, the result of it must have been that the accused did not know the nature of his act or that it was illegal⁶².

This rule was criticised for its “intellectualism”. Indeed, “a man might know what he was doing and that it was wrong or illegal and yet because of his abnormal mental state might lack the capacity to control his action”⁶³.

⁵⁸ *PR*, p. 219.

⁵⁹ Cité par Hart in *PR*, p. 266.

⁶⁰ *PR*, p. 266.

⁶¹ *PR*, p. 189-192.

⁶² *PR*, p. 189.

⁶³ *PR*, p. 189.

Again, when is self-control below the minimum threshold? Greely gives the following example⁶⁴. (Here I repeat his story almost word for word.) In 2000, a previously normal forty-year-old teacher in Virginia began to collect child pornography, solicited prostitution for the first time and made advances to his stepdaughter. He was removed from his home, diagnosed with paedophilia and found guilty of child molestation. He was ordered to complete a programme for sexual addiction but was unable to complete it because he solicited sex from the staff of the programme. Therefore, he was sent back to court. The evening before his sentencing, he came to the emergency room, complaining of a headache, talked about committing suicide and raping his landlady. The next day, he was given a neurological exam, during which he solicited staff for sex. The magnetic resonance imaging scan of his skull revealed a tumour in his right orbitofrontal lobe. The doctors removed it and his behaviour returned to normal almost immediately. However, by October 2001, he began again to collect child pornography and was again suffering from headaches. A neurological exam showed that his tumour had returned. It was removed a second time and, again, his sexual problems disappeared.

The teacher knew that what he was doing was wrong, but he could not stop. According to Greely, the tumour led *irresistibly* to deviant behaviours:

Now, it is possible that he could have controlled his behaviour when he had the tumour and only chose to control it after the operation, in an effort to create a false impression of lack of control. This seems highly unlikely, particularly as he presumably did not know after his conviction that he had a brain tumour that he could use as an excuse for his behaviour. His doctors noted his strong desire to avoid prison, but he still failed the sexual addiction programme — miserably. When he has condition X (the tumour), he has behaviour Y (lack of sexual control). When condition X was removed, behaviour Y disappeared⁶⁵.

Hart's rule of responsibility implies that individuals like the teacher should be compensated for years spent in prison.

64 H.T. Greely, "Neuroscience and Criminal Responsibility: Proving 'Can't Help Himself' as a Narrow Bar to Criminal Liability", in M. Freeman (ed.), *Law and Neuroscience: Current Legal Issues 2010*, vol. 13, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 71-72.

65 H.T. Greely, "Neuroscience and Criminal Responsibility: Proving 'Can't Help Himself' as a Narrow Bar to Criminal Liability", *art. cit.*, p. 72-73.

We could also think of people suffering from Tourette's syndrome: they cannot be blamed for a "contempt of court" since their neurological condition is such that the degree of control they have over their verbal tics is extremely low.

However, cases like these are extremely rare. In most cases, people have only a *weak level* of self-control (in relation to certain types of behaviour). However, it is very difficult to draw the line between having an overall level of self-control below the minimum threshold and having a *weak level* of self-control; between being "*unable or less able* than the normal adult to master certain impulses⁶⁶". Hart gives the example of women suffering from depression after childbirth⁶⁷, but we could also give the example of kleptomaniacs or pyromaniacs: do they have the minimum level of control over their actions necessary to be criminally responsible? It is not easy to answer this question: it depends on where you set the minimum threshold. From this point of view, Hart offers no help.

As before, we must distinguish two things: 1/ having an overall level of self-control below the minimum threshold, 2/ being momentarily deprived of self-control, when one is normally capable of self-control. Hart's rule of responsibility does not exclude liability in the latter case. For instance, "if a man drove knowing that he was liable to have an epileptic fit⁶⁸", had an epileptic fit and killed a pedestrian, he may be punished because he had a fair opportunity to avoid his crime (he could have called a taxi).

3. Fair opportunity: the key to excuses

Now let us focus on people whose discernment and self-control are "functional", who have the cognitive and volitive capacities necessary for criminal responsibility. If they break the law, they will not necessarily be punished. They may be punished only if they had a fair opportunity to exercise these capacities to obey the law. What does that mean? To answer this question, we can first ask under what circumstances this is not the case. Hart & Honoré remark that for Aristotle there are two such circumstances: ignorance and compulsion⁶⁹. Let us examine this idea.

⁶⁶ *PR*, p. 203, my italics.

⁶⁷ *PR*, p. 203.

⁶⁸ *PR*, p. 94.

⁶⁹ *CIL*, p. 41, note 12.

a) Ignorance

It is common to distinguish between two types of ignorance: ignorance of law and ignorance of fact. We speak of ignorance of law when the accused ignored the law prohibiting the act he committed or ignored that this law applied to him. We speak of ignorance of fact when the accused ignored the consequences of his act or ignored the circumstances of his act.

Ignorance of law is not necessarily an excuse. Everybody knows the legal maxim “*ignorantia juris neminem excusat*”. If a sign indicates that the speed limit is 70 km/h, and I am driving at 100 km/h, I cannot defend myself by saying that I ignored that the speed limit is 70 km/h (even if I did ignore it). I should have been more attentive.

Likewise, ignorance of fact is not necessarily an excuse. It is not enough to say “I did not know” to be exonerated from liability. If I shoot a door for fun and kill the person behind the door, I am guilty of reckless homicide, even if I did ignore that someone was behind the door.

We can say that a person did not have a fair opportunity to obey the law when ignorance was *invincible*, that is when he ignored what he was unable to know: “I could not know” is not the same as “I did not know”⁷⁰. Let us give two examples.

The first example is *R. v. Bailey* [1800] where sea captain was charged under a statute enacted when he was at sea, at a time when it was impossible for him to know that this law existed. The second example is *R. v. Prince* [1875] “where the accused was found guilty of the statutory offence of taking a girl under 16 out of the possession of her father notwithstanding that he believed on reasonable grounds that he was over 16”⁷¹.

Ignorance does not have to be *literally* invincible: it only needs to be invincible for a normal person who does his best to respect the law. In *R. v. Prince*, maybe the accused could have known that the girl was under 16 if he had checked birth records. But the law cannot require

⁷⁰ “criminal punishment presupposes a finding of blameworthiness (guilt, culpability), which in turn requires a judgment that the actor had a fair chance of avoiding liability. This opportunity does not exist if the actor violates the law as a result of unavoidable ignorance.” (G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 746.)

⁷¹ *PR*, p. 144.

such a high level of caution. It can require only diligence. As Fletcher says:

Unless the applicable law is kept secret or its interpretation is not subject to intelligent prediction, there are always some steps that the actor can take to find out whether his conduct conforms with the norms of the system. The issue of “unavoidability” resolves into a normative assessment about whether under the circumstances and in light of his personal capacities, the defendant could have been expected to be more careful before undertaking an act that turned out to be illegal⁷².

b) Physical compulsion

French criminal law usefully distinguishes between two types of compulsion: physical compulsion (*contrainte physique*) and moral compulsion (*contrainte morale*, which corresponds roughly to “duress” in common law)⁷³. In this subpart, I will focus on physical compulsion. In the next subpart, I will examine moral compulsion.

Physical compulsion can be either external or internal. Physical compulsion is external when it is caused either by a third party or by nature. Here are two examples: *A* holds a weapon and *B* against *A*'s will seizes his hand and therewith stabs *C*⁷⁴; *A*'s car is blown off the road by the wind and a pedestrian is killed. Physical compulsion is internal when it is caused by the organism. Here is one example: *A* enters a dwelling house at night in a state of somnambulism⁷⁵.

Hart contends that all cases of physical compulsion, either external or internal, have a common characteristic: bodily movements “are not subordinated to the agent's conscious plans of action: they do not occur as part of anything the agent takes himself to be doing⁷⁶”.

Again, we can say that a person did not have a fair opportunity to obey the law when physical compulsion was *invincible*. Here is an example of invincible physical compulsion: *A* while driving a car is attacked by a swarm of bees and the car is put temporarily out of his

⁷² G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, op. cit., p. 744.

⁷³ Fletcher translates “*contrainte morale*” by normative involuntariness and “*contrainte physique*” by physical involuntariness. See G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, op. cit., p. 803, note 5.

⁷⁴ *PR*, p. 95-96.

⁷⁵ *PR*, p. 96.

⁷⁶ *PR*, p. 105.

control⁷⁷. Liability is excluded because the accused could not have foreseen the attack, nor resisted it.

Here is an example of vincible physical compulsion: *A* driving a car home from a night shift falls asleep and runs into a detachment of soldiers⁷⁸. Liability is not excluded because the accused could have foreseen his loss of consciousness (and called a taxi) and could have resisted his loss of consciousness (and parked his car to rest).

c) Moral compulsion or duress

Moral compulsion or duress is “coercion by threat of serious harm⁷⁹”. In case of duress, the agent's movements are not involuntary:

Defences like duress or coercion refer not to involuntary *movements*, but, as Austin himself emphasized, to other, quite different ways in which an *action* may fail to be voluntary; here the *action* may not be the outcome of the agent's free choice, though the *movements* of the body are not in any way involuntary⁸⁰.

As Hart explains, it is sometimes difficult to distinguish between duress and necessity⁸¹. Let us take the case of the gunman who says to the bank clerk “Hand over the money of I will shoot you!”:

Its distinctive feature which leads us to speak of the gunman *ordering* not merely *asking*, still less *pleading with* the clerk to hand over the money, is that, to secure compliance with his expressed wishes, the speaker threatens to do something which a normal man would regard as harmful or unpleasant, and renders keeping the money a substantially less eligible course of conduct for the clerk. If the gunman succeeds, we would describe him as having *coerced* the clerk, and the clerk as in that sense being in the gunman's power⁸².

⁷⁷ *PR*, p. 96.

⁷⁸ *PR*, p. 96.

⁷⁹ *PR*, p. 16.

⁸⁰ *PR*, p. 144. Also: “Here, of course, *B*'s movements are not involuntary; the “necessity” of his action is here of a different order. His action is the outcome of a choice between two evils forced on him by *A*'s action. [...] This is often paradoxically, though understandably, described by saying that here the agent “had no choice” but to do what he did.” (*CIL*, p. 76.)

⁸¹ *PR*, p. 16.

⁸² *CL*, p. 19.

In this case, not only the bank clerk *could* not have acted otherwise, but also he *should* not have acted otherwise: his action was justified because he chose the lesser evil; he did the right thing. As Hart remarks:

if the crime which *A* requires *B* to commit is a petty one compared with the serious harm threatened (e.g. death) by *A* there would be no absurdity in treating *A*'s threat as a justification for *B*'s conduct though few legal systems overtly do this. If this line is taken coercion merges into the idea of "necessity" [i.e. when breaking the law is held justified as the lesser of two evils⁸³] which appears on the margin of most systems of criminal law as an exculpating factor⁸⁴.

However, there are cases where duress does not merge into the idea of necessity. One of them is *R. v. Steane* [1947]:

Steane, who was resident in Germany on the outbreak of war, was threatened by the Gestapo that he and his wife would be beaten up unless he broadcast enemy propaganda in English. To save them, he did broadcast, and after the war was charged with the offence of doing an act likely to assist the enemy with the intention of assisting the enemy⁸⁵.

In this case, the crime required (assisting the enemy by broadcasting enemy propaganda in English) is *not* a petty one compared with the serious harm threatened. In this case, some would say that breaking the law was *not* a lesser evil (by collaborating with the enemy he may have caused hundreds of deaths to save a few lives). Thus, Steane may be excused, though his conduct was not justified⁸⁶.

Duress is not necessarily an excuse. If threats were not credible or if the harm threatened was not serious, liability is not excluded:

83 *PR*, p. 16, note 1.

84 *PR*, p. 16.

85 *PR*, p. 125.

86 "If the balance of evils is such that the evil threatened to the agent is worse than the evil involved in her wrongdoing, then compliance with the threat is justified. But in an important range of cases, coercion and duress seem not to justify conduct (remove the wrongdoing) but rather to excuse wrongdoing, in whole or in part. In such cases, where the evil threatened is substantial but less than that contained in the wrongdoing, the agent's wrongdoing should be excused [...]" (D.O. Brink, D.K. Nelkin, "Fairness and the Architecture of Responsibility", in D. Shoemaker (ed.), *Oxford Studies in Agency and Responsibility*, vol. 1, Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 302-303.)

It seems clear that we should not think of B as obliged to hand over the money if the threatened harm was, according to common judgments, trivial in comparison with the disadvantage or serious consequences, either for B or for others, of complying with the orders, as it would be, for example, if A merely threatened to pinch B⁸⁷.

Again, we can say that a person did not have a fair opportunity to obey the law when duress was invincible, that is to say when resisting duress would have been heroic. Strictly speaking, duress is never invincible. Steane could have acted as a hero and refused to broadcast enemy propaganda at the cost of his life. But can we expect people to act like heroes? Can we say that people have a *fair* opportunity to obey the law if obeying the law requires being a hero? As I said in the subpart about ignorance, law can require only diligence.

We have to distinguish two things: obeying the law can be difficult; obeying the law can be heroic. This distinction explains the difference of treatment between those who have a weak level of discernment or self-control and those who are threatened by serious harm. In the former case, obeying the law is difficult and, therefore, the penalty is mitigated. In the latter case, obeying the law is heroic and, therefore, liability is excluded.

d) Fair opportunity and heroism

Now that we have seen in which cases there is no fair chance (i.e. invincible ignorance or compulsion, whether moral or physical), we can define the notion of “fair opportunity”. What Hart means when he says that a person did not have a fair opportunity to obey the law is that, in order to obey the law, he would have had to be a hero, he would have had to go beyond diligence, he would have had to do what cannot be required of him; in other words, obeying the law was insurmountable.

We could distinguish three types of heroism: epistemic heroism, physical heroism and moral heroism. Ignorance, physical compulsion and moral compulsion can be described as invincible when it is heroic (epistemically, physically and morally) to overcome them. And if it is heroic to overcome them, we do not have a fair opportunity to obey the law.

⁸⁷ CL, p. 82-83.

This interpretation is consistent with Hart's remarks about heroism. In *The Concept of Law*, he writes: "The hero and the saint are extreme types of those who do *more* than their duty. What they do is not like obligation or duty, something which can be demanded of them, and failure to do it is not regarded as wrong or a matter for censure⁸⁸." The interpretation is also consistent with the preface to the second edition of *Causation in the Law*:

the law of crime and tort, quite apart from sanctions, makes its primary appeal to individuals as intelligent beings who are assumed to have the capacity to control their conduct, and invites them to do so. It defers coercion and punitive measures until it is shown that this primary appeal has broken down, viz. until a crime has been committed or some harm has been done. [...] But what is it reasonable for the law to demand when it makes this primary appeal? Plainly no more than normal individuals can reasonably hope to deliver⁸⁹ [...].

One question Hart might be asked is: Should a person be excused because obeying was insurmountable for him or because obeying was insurmountable for a normal/reasonable person? In "Negligence, Mens Rea and Criminal Responsibility", Hart explains that we have the choice between an invariant standard of care ("appréciation in abstracto" in French criminal law) and individualised conditions of liability ("appréciation in concreto" in French criminal law). He gives the following example:

It may well be that, even if the "standard of care" is pitched very low so that individuals are held liable only if they fail to take very elementary precautions against harm, there will still be some unfortunate individuals who, through lack of intelligence, powers of concentration or memory, or through clumsiness, could not attain even this low standard. If our conditions of liability are invariant and not flexible, i.e. if they are not adjusted to the capacities of the accused, then some individuals will be held liable for negligence though they could not have helped their failure to comply with the standard⁹⁰.

For Hart, ideally, the fairness or unfairness of the chance given to an individual should be assessed *in concreto*: something may have been vincible for the "reasonable man" but

⁸⁸ *CL*, p. 182. He also refers to a paper by Urmson, "Saints and Heroes", in which Urmson defends that the law cannot ask too much of the people or require what only few can do. See J.O. Urmson, "Saints and Heroes", in A.I. Melden (ed.), *Essays in Moral Philosophy*, Seattle: University of Washington Press, 1958, p. 211-212.

⁸⁹ *CIL*, p. lxxix-lxxx.

⁹⁰ *PR*, p. 154.

invincible for the accused. It is confirmed by the following quotation: “No doubt there are practical difficulties in ascertaining the actual knowledge or intention or capacity of individuals in every case, but there is no reason in principle why a maximum effort should not be made to do it⁹¹.” As Gardner explains, different people are subject to different normative expectations when it comes to appreciating their excuses⁹². Here is his example:

Imagine, for example, a young and inexperienced soldier operating a checkpoint in some troubled frontier zone, who has been warned that the intelligence services expect such a checkpoint to come under terrorist attack today. Already on edge, he misinterprets some motorist's actions—he thinks she was going for a gun, say, when she was only reaching for her car documents—and kills her with one panic-stricken shot⁹³.

In this example, the soldier did not react with the composure that some soldiers might have shown. But being young and inexperienced, it may not have been possible for him to show such composure. The question is: did he show all the composure that he was capable of under the circumstances?

4. Necessity: the key to justifications

I said previously that Hart's rule of responsibility clarifies the meaning of the expression “X could (not) have acted otherwise” and is the key to exemptions and excuses. But does it clarify the expression “X should (not) have acted otherwise”? Is it the key to justifications? Indeed, a person may be punished only if he could have acted otherwise and *should have acted otherwise*.

In *Causation in the Law*, Hart & Honoré suggest that the doctrine of fair opportunity provides a rationale not only for excuses, but also for justifications. In the case of “self-preservation” (for instance, A tries to rape B and B breaks A's arm in self-defence) the act is unfree because “the actor had literally a choice but not a fair choice, the alternative being a risk of death or serious injury to himself⁹⁴”. The actor is “forced” to act in self-preservation. In the case of “preservation of property” (for instance, A tries to burn B's house and B breaks A's arm to

91 *PR*, p. 244.

92 J. Gardner, “The Gist of Excuses”, *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 1, n° 2, 1998, p. 579.

93 J. Gardner, “The Gist of Excuses”, *art. cit.*, p. 579.

94 *CIL*, p. 144.

prevent the fire) the act also counts as unfree: “We do not expect a person to abandon valuable property if there is a chance to save it; but ‘expect’ here refers not merely to what is likely but to what is thought of as a fair choice⁹⁵.” Finally, in the case of “legal obligations” (for instance, a policeman shoots a felon to prevent his escape), the “choice is conceived as not wholly free because of the pressure of duty⁹⁶”.

However, the reason why we exclude punishment in all these cases is not (or not only) that the actor did not have a fair choice or a fair opportunity to obey the law. It would be very strange to say to a policeman who acted in pursuance of his duty that he is not criminally responsible because he was “forced” to use his weapon. The analysis given by Hart & Honoré does not account for the fact that we do not *look upon* killing in self-defence as we *look upon* accidental non-negligent killing⁹⁷. Hart’s rule of responsibility must be completed by a fourth component to provide a rationale for justifications.

a) Hart’s view on justifications

Hart did not write a lot about justifications in criminal law. He makes a few remarks⁹⁸ in “Prolegomenon to the Principles of Punishment”. He explains that lawyers used to distinguish between accidental non-negligent killing as “excusable” homicide and killing in self-defence as “justifiable” homicide. There are at least three differences. 1/ Killing in self-defence is an exception to a general rule making killing punishable, while accidental non-negligent killing is not. 2/ This exception is admitted because the policy which in general justify the punishment of killing does not include such a case, while excuses are independent of the general aim of punishment. 3/ Killing in self-defence is considered as something which the law does not reprove, while accidental non-negligent killing is deplored.

There are similar remarks in *The Concept of Law*:

The latter [i.e. killing in self-defence] is *justified* because killing, in such circumstances, is a kind of conduct which the system is not concerned to prevent and may even encourage, though it is of course an exception to a general prohibition of killing. Where someone is *excused*

⁹⁵ *CIL*, p. 146.

⁹⁶ *CIL*, p. 147.

⁹⁷ *CL*, p. 179.

⁹⁸ *PR*, p. 13-14.

because he offended unintentionally, the underlying moral conception is not that this action is of a kind which it is the policy of the law to permit or even welcome; it is that when we investigate the mental condition of the particular offender, we find that he lacked the normal capacity to conform to the law's requirements. [...] Even in morals there is a difference between "He did not do the wrong thing" and "He could not help doing what he did"⁹⁹.

In these different passages, Hart attempts to distinguish conceptually between excuses and justifications: a justified action is an action of a kind which it is the policy of the law to permit, and an excused action is not. However, there is no key to understanding justifications. If the idea of "cognitive and volitional capacities" is the key to understanding exemptions, if the idea of "fair chance" is the key to understanding excuses, what is the key to understanding justifications?

b) Necessity, the mother of all justifications

If we reproduce Hart's formulation¹⁰⁰, we can make the following hypothesis: a person ought not to be punished if his act was necessary to avoid a greater evil and such a doctrine of necessity provides a rationale for most of the existing justifications which the law admits.

Why am I making this hypothesis? Firstly, Hart explains that when *A* requires *B* to commit a petty offence but threatens *B* with death, breaking the law is justified as the lesser of two evils¹⁰¹. Secondly, Hart holds that justification defences depend on the General Justifying Aim, namely the prevention of harmful crime¹⁰².

This theory is not original. It was also defended by Bentham. He distinguishes six grounds of justification: consent, repulsion of a greater evil, medical practice, self-defence, political power, domestic power. Then he writes: "How do these circumstances furnish justifications? We shall see that sometimes they import proof of the absence of evil; and sometimes they evince that the evil has been compensated — that is, that a good more than equivalent has

99 *CL*, p. 179. Also: "There is killing in self-defence and other forms of justifiable homicide. But these are few and identifiable in relatively simple terms; they are admitted as exceptions to a general rule." (*CL*, p. 133.)

100 *PR*, p. 181.

101 *PR*, p. 16.

102 *PR*, p. 13.

resulted from it¹⁰³.”

This theory can also be found in the Model Penal Code. The section 3.02. is called “Justifications Generally: Choice of Evils¹⁰⁴”. This section appears ahead of all the others justifications, such as execution of public duty, use of force in self-protection, use of force for protection of property, etc. As Dubber explains, necessity is for the Model Penal Code “the mother of all justifications¹⁰⁵”:

This sort of balancing in light of the underlying purpose of the law, and, in fact, of government generally, underlies all justification defenses. In necessity, or choice of evils, the rationale of justifications is most explicit, and least constrained. [...] The other justification defenses work out the details of the “choice of evils” in particular, and particularly common, scenarios. In these defenses, the legislature attempts to predict the extraordinary circumstances under which its criminal norms, poured into statutes, generate counterproductive results. Self-defense, for example, describes — in considerable detail — those cases in which the prohibition against harming other persons would cause greater harm than its violation¹⁰⁶.

Let us take the example of self-defence. Self-defence does not always exclude liability. It will exclude liability if it was proportionate and necessary. If someone punches me in the face and, to defend myself, I shoot him (disproportionate self-defence), then I may be punished. If my attacker runs away and I shoot him from a distance (unnecessary self-defence), then I may also be punished. These two conditions are easy to understand if necessity or “choice of evils” underlies all justification defences. Indeed, where self-defence is disproportionate, it causes more evil than it prevents; and where self-defence is unnecessary, protection could be attained at a “cheaper rate”¹⁰⁷.

5. Conclusion

My analysis of Hart's rule of responsibility can be summarized with the following tree structure:

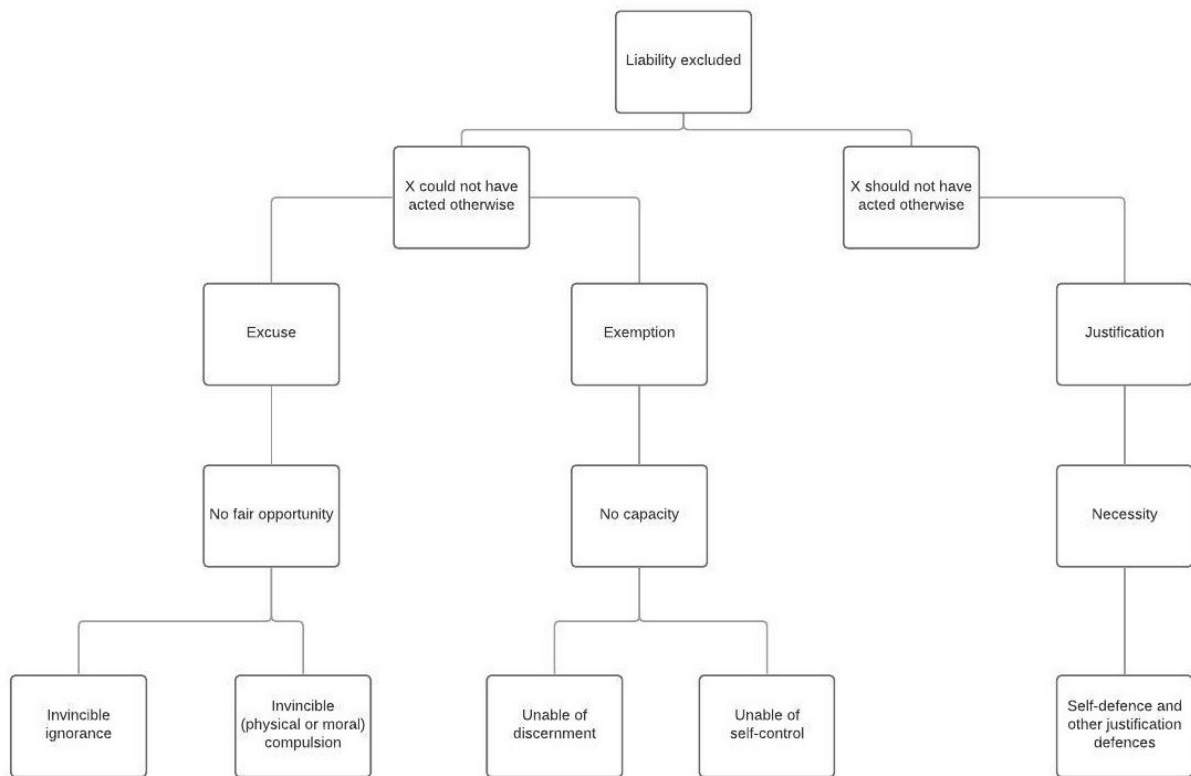
103 J. Bentham, E. Dumont, *Theory of Legislation*, trans. R. Hildreth, London: Trübner, 1894, p. 267.

104 *Model Penal Code: Official Draft and Explanatory Notes*, *op. cit.*, p. 42.

105 M.D. Dubber, *An Introduction to the Model Penal Code*, Second Edition, Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 146.

106 M.D. Dubber, *An Introduction to the Model Penal Code*, *op. cit.*, p. 147.

107 G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, *op. cit.*, p. 857-860.



If the unlawful conduct was necessary to avoid a greater harm (as in the case of proportionate and necessary self-defence), there is justification; if the perpetrator of the unlawful conduct has too low a level of discernment or self-control (as in the case of profound mental retardation), there is exemption; if the perpetrator of the unlawful conduct did not have a reasonable chance to obey (as in the case of invincible ignorance), there is excuse. (Note that we could borrow Nagel's distinction here and say that justifications are outcome-centered, while excuses and exemptions are agent-centered.)

Hart's rule of responsibility clarifies the relationship between criminal responsibility and mental illness. Mental illness does not *in itself* exclude liability. Showing that someone is suffering from a mental illness is not enough to remove him from the criminal process. It is necessary to show that this mental illness deprives him of discernment or of self-control, or did not give him a fair chance to obey the law. Dementia is an example of the first case. Is there an example of the second case?

Let us suppose that scientists discovered a cheap and efficient treatment (for example, a pill to

take every morning) for schizophrenia and delusions. A schizophrenic on treatment decides (at a time when he is not experiencing his symptoms thanks to medication) not to take his treatment in order to avoid unpleasant side effects and, under the influence of delusions, commits murder. Under Hart's rule, this individual can be punished just like the person with epilepsy who ran over a pedestrian because he had a fair opportunity to avoid his crime (he could have taken his medication). Thus, the reason why currently we do not punish a schizophrenic who killed someone during a delusion is that he did not have a fair opportunity to avoid his crime because we do not know how to cure schizophrenia. The reason is not that he was momentarily deprived of discernment. According to Hart's rule of responsibility, this case should not be classified as an exemption, but as an excuse for invincible internal compulsion.

In a section of *Rethinking Criminal Law* entitled "Is Insanity a Condition or an Excuse?" Fletcher writes that there is a fundamental difference between "treating the insane as a class exempt from criminal punishment and treating insanity as an excuse for a particular act. The first trades on the analogy between insanity and infancy; the second, on the analogy between insanity and duress¹⁰⁸". In my view, these two conceptions are not necessarily mutually exclusive. In fact, they reflect different situations: a situation where mental illness takes us back to infancy, a situation where mental illness operates as an invincible constraint.

III. The justification of Hart's rule of responsibility.

Now that we have clarified the meaning of Hart's rule of responsibility, we can scrutinize the justification he offers for it.

1. Hart's criticism of the utilitarian justification

The first thing to explain is why Hart does not want a utilitarian justification for his rule of responsibility.

a) The punishment of the innocent

108 G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, op. cit., p. 836.

Let us begin with the first component of Hart's rule of responsibility: Why should we punish only the *perpetrator* of an illegal act? Why do not we use collective or vicarious punishments? "[W]hy not apply [punishment], when it pays to do so, to those innocent of any crime, chosen at random, or to the wife and children of the offender¹⁰⁹?" Why do not we engage in the business of false charges? "Why not, if in a particular case it were necessary and possible in order to protect society, put up an innocent man, fake his guilt and execute him¹¹⁰?"

Bentham addressed these questions in the book IV of *The Rationale of Punishment* entitled "Of Mis-Seated Punishment"¹¹¹.

1/ Concerning collective punishment, Bentham holds that it is a waste of suffering. Here are his arguments: it is extremely rare that a man loves his wife as much as he does himself; many offenders are not married; many offenders do not have children¹¹².

These arguments are surprisingly weak. As Scheid explains¹¹³, collective punishments are both efficient and economical. They are efficient because they cause a phenomenon of mutual surveillance and peer pressure ("You better stay in line, or we will all be punished"), which is much more effective than legal punishment. They are economic firstly because the members of the social group would police each other and, thereby, only a small police force for enforcement would be needed; secondly because light sanctions would be sufficient, since "most people are willing to suffer much less punishment for the wrongdoing of another than for their own wrongdoing and so are more willing to keep each other in line rather than suffer even relatively light sanctions¹¹⁴".

Furthermore, Bentham himself praises mutual responsibility in his *Panopticon*:

Here, if anywhere, is the place for the law of mutual responsibility to show itself to advantage.

¹⁰⁹ *PR*, p. 5-6.

¹¹⁰ *PR*, p. 76.

¹¹¹ For an interesting study of this book, see G. Binder, N.J. Smith, "Framed: Utilitarianism and Punishment of the Innocent", *Rutgers Law Journal*, vol. 32, 2000, p. 140-148.

¹¹² J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, London: Robert Heward, 1830, p. 301.

¹¹³ D.E. Scheid, "Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. X, n° 2, 1997, p. 471-472.

¹¹⁴ D.E. Scheid, "Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments", *art. cit.*, p. 471.

Confined within the boundary of each cell, it can never transgress the limits of the strictest justice. *Either inform, or suffer as an accomplice.* What artifice can elude, what conspiracy withstand, so just, yet inexorable a law? The reproach, which in every other abode of guilt attaches itself with so much virulence to the character of the *informer*, would find nothing here to fasten upon; the very mouth of complaint would be stopt by self-preservation—"I a betrayer? I unkind? Your's is the unkindness, who call upon me to smart for your offence, and suffer for your pleasure." Nowhere else could any such plea support itself—nowhere else is connivance so perfectly exposed to observation. This one stone was wanting to complete the fortress reared by the inspection principle: so many comrades, so many inspectors; the very persons to be guarded against are added to the number of the guards¹¹⁵.

2/ Concerning vicarious punishment, Bentham simply repeats Beccaria's arguments. In the case of suicide, the deceased's family used to be punished in Europe by confiscation of property. Bentham holds that it will not prevent suicide because the selfish affections are predominant over the social affections in those who commit suicide¹¹⁶. For Bentham, vicarious punishment is as absurd as the "sympathetic powder".

Is it convincing? Hart believes that vicarious punishment *does* deter: "more persons may be deterred from crime if wives and children of offenders were punished vicariously for their crimes¹¹⁷." As Hart remarks, it is usually said that vicarious responsibility is not known by the criminal law, but there are exceptions: "an innkeeper is liable to punishment if his servants, without his knowledge and against his orders, sell liquor on his premises after hours¹¹⁸." One famous case is *Allen v. Whitehead* [1930]: the accused hired a manager to run a cafe in London. He ordered him not to allow prostitutes to gather on the premises, and he visited the cafe once or twice a day. During eight consecutive days, prostitutes stayed there from 8 p.m. to 4 a.m. He was charged of knowingly allowing prostitutes to stay in a place of refreshment. He was guilty even if his manager had ignored his instructions, even if he had put up notices telling prostitutes not to sit in the cafe, and even if he did not know that prostitutes had gathered¹¹⁹.

115 J. Bentham, *Panopticon*, in *The Works of Jeremy Bentham*, Volume Four, New York: Russell & Russell, 1962, p. 164.

116 J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, *op. cit.*, p. 291. See Beccaria: "one who calmly gives up the benefits of life, who so hate life herebelow as to prefer an eternity of sorrow, could hardly be prevailed upon by the less powerful and more distance thought of his children or relatives." (C. Beccaria, *On Crimes and Punishments and Other Writings*, trans. R. Davies, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 86.)

117 *PR*, p. 11.

118 *PR*, p. 221.

119 M. Jefferson, *Criminal Law*, Eighth Edition, Harlow: Pearson Education Limited, 2007, p. 210.

Bentham argues that in a case like this one, punishment is mis-seated in appearance but is not mis-seated in reality. The accused is punished “on the score of negligence for an ill choice of, or want of attention to, his subordinates¹²⁰”. However, this interpretation is not convincing, especially in *Allen v. Whitehead*, where the accused was not negligent.

The argument given for vicarious responsibility is usually utilitarian. For instance, in a criminal law textbook for students, one can read: “The main reason for vicarious liability is that it makes easier to enforce regulations about such matters as selling food and alcohol and using vehicles. [...] If employers were not liable for the acts of their employees then it would be virtually impossible to enforce such legislation¹²¹.”

3/ To my knowledge, Bentham does not directly address the issue of faked charges. However, it is not hard to imagine what he would say. At the beginning of the book IV, “Of Mis-Seated Punishment”, Bentham distinguishes between two possibilities: either mis-seated punishment is *avoidable* or it is *unavoidable*. “Unavoidable” means that, without it, government and with it society itself would perish. From a utilitarian point of view, if it is unavoidable, it not only may be, but ought to be introduced. Bentham says that if the principle of utility prescribes employing mis-seated punishment, it ought to be employed. However, it turns out that mis-seated punishment is *never* unavoidable (only “derivative evils” such as the suffering of the family are unavoidable)¹²².

Hart's criticism is subtle. Hart does not deny that, in extreme cases, we may resort to faked charges¹²³. He does not exclude them categorically: “Given enough misery to be avoided by the sacrifice of an innocent person, there may be situations in which it might be thought morally permissible to take this step¹²⁴.” We should not forget that Hart experienced war, worked for the MI5 and probably faced situations like this. As Lacey explains:

This was a world in which tactics in a seemingly insoluble espionage case included contemplation (as a last resort) of deliberately ramming the ship from which an information

120 J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, *op. cit.*, p. 287.

121 J. Martin, T. Storey, *Unlocking Criminal Law*, Fifth Edition, London: Routledge, 2015, p. 185.

122 J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, *op. cit.*, p. 279-282.

123 “In extreme cases many might still think it right to resort to these expedients [...]” (*PR*, p. 12.)

124 *PR*, p. 81.

leak originated, with no survivors expected, and one in which Herbert's respected boss could write that "From time to time it becomes necessary for us to liquidate a XX [double agent] who may be tied up with other agents". For a man with Herbert's acute liberal sensibilities, this must have had its troubling side¹²⁵.

Hart criticises Bentham for "cloak[ing] the true nature of the problems with which we are faced¹²⁶". For Bentham, if the authorities apply the maxim "salus populi suprema lex est" and charge an innocent person, they do not sacrifice the right to a fair trial or principles of justice for the benefit of society; they simply do their duty of maximizing utility:

But, says an objector, punishment in so far as it is inflicted falls upon the guiltless, and to inflict punishment on the guiltless is to violate one of the most important, and fundamental, and universally recognized principles of justice. The answer is — this being one of those principles which in substance are continually alluded to, but which in truth are not any where to be found, cannot with propriety be employed in the character of an objection to any rule which, standing expressed in a determinate form of words, is seen to be unexceptionable¹²⁷.

For Bentham, there is no moral dilemma and the fact that the innocent is innocent is not in itself an objection. Hart sees things differently:

But, again, if we took the step, we would have to face a clash between two principles. We would then sacrifice the principle of fairness designed to protect the individual from society to the principle that an overwhelming advantage to society should be secured at any cost; but a clash between two principles is different from the simple application of a single utilitarian principle that anything which benefits society is permissible¹²⁸.

Hart considers that the authorities occasionally *do* face genuine dilemmas. They are obliged to choose between incompatible values or principles and this choice can be agonizing. Even if the principle of fairness is violated, it has a "residual strength" and you can feel regret and

125 N. Lacey, *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, op. cit., p. 99.

126 *EJP*, p. 77. The objection is originally addressed to Radbruch.

127 J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, op. cit., p. 281.

128 *PR*, p. 81. Compare with this text: "It might be, however, that in very exceptional conditions one might take the claims of such people into account, but decide, nevertheless, that it was so important that the law should be upheld that they must be put aside. It is impossible to say, without reference to any particular context, that such a choice would be wrong. But it would have to be a *choice*: — maintaining the law would have to be quite deliberately chosen as more important than the claims of the innocents not to be made to suffer without having committed an offence." (S.I. Benn, R.S. Peters, *Social Principles and the Democratic State*, London: George Allen, 1959, p. 184, note.)

shame. We do not account for the *moral complexity* of the situation if we describe it as one where utility is maximized. The advantage of Hart's point of view is that it "offers no disguise for the choice between evils which, in extreme circumstances, may have to be made¹²⁹".

Hart not only criticizes Bentham, but also Rawls' utilitarian strategy. In "Two Concepts of Rules", Rawls asks us to imagine an institution, which he calls "telishment" in order to distinguish it from the institution of punishment:

Try to imagine, then, an institution (which we may call "telishment") which is such that the officials set up by it have authority to arrange a trial for the condemnation of an innocent man whenever they are of the opinion that doing so would be in the best interests of society. The discretion of officials is limited, however, by the rule that they may not condemn an innocent man to undergo such an ordeal unless there is, at the time, a wave of offenses similar to that with which they charge him and telish him for. We may imagine that the officials having the discretionary authority are the judges of the higher courts in consultation with the chief of police, the minister of justice, and a committee of the legislature¹³⁰.

Rawls argues that it is very unlikely that this institution is justified from a utilitarian point of view. Indeed, the principle of utility applies to (the constitutive rules of) institutions and on balance, all things considered, the institution of punishment is more expedient than the institution of telishment. As Hart summarizes the argument:

The state of general alarm and terror which might arise in society if it were known that the innocent were likely to be seized and subjected to the pains of punishment in order to serve the needs of society might be worse than any advance in security or social welfare brought about by these means could outweigh. Furthermore, administrative and judicial officers might refuse to give effect to the use of "punishment" in such circumstances and would hence "nullify" it¹³¹.

The problem with this "wider pragmatic form of Utilitarianism¹³²" is twofold. Firstly, "official resort to this kind of fraud on a particular occasion in breach of the rules and the subsequent indemnification of the officials responsible might save many lives and so be thought to yield a

129 *CL*, p. 212.

130 J. Rawls, "Two Concepts of Rules", *The Philosophical Review*, vol. 64, n°1, 1955, p. 11.

131 *PR*, p. 76.

132 *PR*, p. 21.

clear surplus of value¹³³". This objection was already examined in Chapter 1. Secondly, Rawls' answer does "not seem to account for the character of the normal unwillingness to 'punish' those who have not broken the law at all¹³⁴". Hart considers that "[w]e cannot be so easily rid of the argument that some elements other than those which even the broadest utilitarian admits are involved¹³⁵". Rawls' answer *misses the essential point*: namely, that it is *unfair* to punish those who have not broken the law at all.

b) Strict liability and absolute liability

We can now move on to the second and third components of Hart's rule of responsibility. Why should we punish only those who have certain capacities and had a fair chance to use these capacities to obey the law? Why not employ *strict* liability (that is, not excusing those who act under duress, under physical compulsion, accidentally, etc.)? Why not employ *absolute* liability (that is, "not even exempting very young children or the grossly insane from punishment¹³⁶")?

Bentham's argument is very famous¹³⁷. Absolute liability is excluded because, if someone is an infant or is insane, the "penal provision" can produce no effect on him: it will not prevent him from engaging in illegal conduct. Strict liability is excluded because, if someone acts unintentionally, unconsciously, under duress, under necessity, etc., the "penal provision" cannot prevent his from engaging in the illegal act he is about to engage in. In both cases, punishment "must be inefficacious".

Hart's objection to Bentham's argument is also very famous. He argues that Bentham's argument is a *non sequitur*. Admittedly, the "penal provision", that is the *threat* of punishment, will not prevent the infant or those who act without *mens rea* from engaging in the illegal act they are about to engage in. However, this does not entail that punishment, that is the *infliction* of punishment, "must be inefficacious": on the contrary, it "may secure a higher measure of conformity to law on the part of normal persons than is secured by the

133 *PR*, p. 12.

134 *PR*, p. 76.

135 *PR*, p. 76-77.

136 *PR*, p. 226.

137 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, in *The Works of Jeremy Bentham*, Volume One, New York: Russell & Russell, 1962, p. 84-85.

admission of excusing conditions¹³⁸”.

Firstly, if excuses and exemptions are recognized by the law, this will reduce the efficacy of the law's threats and “embolden persons who would not otherwise risk punishment to take their chance of deceiving a jury¹³⁹”.

Secondly, if a dangerous criminal succeeds at deceiving a jury, he will be left at large. This will create a sense of impunity and push him to commit new offences. Hart often gives the following example:

In February 1961 a man charged with murder of a woman pleaded that he had killed her in his sleep. He was acquitted and discharged. Though there is no reason to doubt the honesty of this man it is clear that every defence of this sort both opens the door to possible frauds and may mean freedom for dangerous persons¹⁴⁰.

Thirdly, there are now many offences of strict liability where it is no defence that the accused, for instance, was under some invincible mistake, that is against which he had no fair opportunity to guard. And just as the argument given for vicarious responsibility is usually utilitarian, the argument given for strict liability is most often utilitarian:

strict liability can in some cases be defended as a means of deterring those who cannot guarantee success in conforming to legal requirements from entering into occupations to which legal strict liability is attached. [...] It has also been argued that whereas strict liability may stimulate individuals or commercial enterprises to invent new techniques for avoiding violations, this effect cannot be secured merely by penalizing negligence¹⁴¹.

Again, Hart not only criticises Bentham, but also the “wider pragmatic form of Utilitarianism”. Hart describes it as follows:

Sometimes the principle that punishment should be restricted to those who have voluntarily

138 *PR*, p. 19.

139 *PR*, p. 19-20.

140 *PR*, p. 183-184.

141 *PR*, p. 240. See also: “But if strict liability laws are known to those to whom they apply, they can guide their conduct just as effectively as laws which make liability to punishment dependent on ‘fault’ [...]. But why should it not sometimes serve to ‘guide’ men away from those enterprises to which it is attached if they cannot be sure of their ability to comply with ‘strict’ regulations?” (*EJP*, p. 349, note 3.)

broken the law is defended not as a principle which is rational or morally important in itself but as something so engrained in popular conceptions of justice in certain societies, including our own, that not to recognize it would lead to disturbances, or to the nullification of the criminal law since officials or juries might refuse to co-operate in such a system. Hence to punish in these circumstances would either be impracticable or would create more harm than could possibly be offset by any superior deterrent force gained by such a system. On this footing, a system should admit excuses much as, in order to prevent disorder or lynching, concessions might be made to popular demands for more savage punishment than could be defended on other grounds¹⁴².

Hart's first criticism is quite simple. It is not clear that strict liability is unpopular. It may be popular among victims because it guarantees them that offenders will not escape conviction. It may be popular among the population if it is proven to increase general security. And even if strict liability were unpopular, this would not lead to the nullification of the criminal law: "a system which admits it on its periphery for relatively minor offences is not only workable but an actuality which we have¹⁴³ [...]."

Hart's second criticism is more sophisticated. In a crucial note, he distinguishes between two kinds of theory: a theory which disregards the moral convictions that it is unfair or unjust to punish the "undeterrables" and views "them simply as factors, frustration of which made for socially undesirable excitement¹⁴⁴"; a theory which "*out of deference to those convictions themselves* restricts punishment to those who are deterrable or capable of acting so as to avoid punishment¹⁴⁵".

This distinction echoes the distinction between the internal point of view and the external point of view. Hart looks upon his rule of responsibility from the internal point of view. He *accepts* the principle that it is unfair to punish those who did not have a fair opportunity to obey the law. He regards it as a standard of conduct. He uses it as a basis of criticism: "we do not dissociate ourselves from the principle that it is wrong to punish the hopelessly insane or those who act unintentionally [...]. We condemn legal systems where they disregard this principle¹⁴⁶ [...]. A violation of this principle is not a *sign* that people will protest, but a *good*

142 *PR*, p. 20-21.

143 *PR*, p. 21.

144 *PR*, p. 79, note 43.

145 *PR*, p. 79, note 43.

146 *PR*, p. 21. See also: "the pursuit of this General Aim should be qualified or restricted out of deference to

reason for protesting.

The “wider pragmatic form of Utilitarianism” looks upon Hart’s rule of responsibility from the external point of view: “The external point of view may very nearly reproduce the way in which the rules function in the lives of certain members of the group, namely those who reject its rules and are only concerned with them when and because they judge that unpleasant consequences are likely to follow violation¹⁴⁷.” Pragmatic utilitarians do not accept (or do not consider) the principle that it is unfair to punish those who did not have a fair opportunity to obey the law, but assert that people in general accept it, and they may from outside refer to the way in which people in general are concerned with it from the internal point of view¹⁴⁸.

In theory, that is if people in general were guided by the principle of utility, strict liability should be adopted. But *in practice*, that is given people’s aversion to strict liability, it should be rejected. *Prima facie* pragmatic utilitarians approve strict liability, but *ultima facie* they disapprove it. They do not have a *principled objection* to strict liability. They simply buy social peace.

However, as Hart explains, if the only problem with strict liability is its unpopularity, then pragmatic utilitarians should reject it only temporarily. They should try to educate people and to make strict liability popular. In this respect, Bentham was remarkably consistent: “This property [i.e. popularity], it is to be observed, necessarily supposes, on the part of the people, some prejudice or other, which it is the business of the legislator to endeavour to correct¹⁴⁹.”

In general, Hart is very suspicious of “populism” — he employs this word at least twice¹⁵⁰. In his view, members of parliament are not *delegates* but *representatives* and the duty of the House of Lords is not to *flatter* the public opinion, but to *lead* public opinion¹⁵¹. The duty of a

principles of Distribution which require that punishment should be only of an offender for an offence.” (*PR*, p. 9.)

147 *CL*, p. 90.

148 *CL*, p. 89.

149 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op. cit.*, p. 95.

150 The first occurrence is at the end of *LLM*: “It seems fatally easy to believe that loyalty to democratic principles entails acceptance of what may be termed moral populism: the view that the majority have a moral right to dictate how all should live.” (*LLM*, p. 79.) The second occurrence is at the end of *MCL*, where Hart comments Stephen’s view that it gratifies a natural public feeling to punish more severely the one who has caused greater harm: “This doctrine allocating to ‘public feeling’ so important a place in the determination of punishment reflects the element of populism which, as we have seen, is often prominent in English judicial conceptions of the morality of punishment.” (*MCL*, p. 52-53.)

151 *PR*, p. 249.

politician “is to do what he thinks right, and then to accept his dismissal if he cannot persuade the majority to retain him¹⁵²”. As he writes in a paper about death penalty:

The Government was convinced that public opinion was opposed to the abolition of the death penalty, and certainly many members of Parliament must have voted for abolition even though they believed that a majority of their own constituents were opposed to it. This illustrates the survival of the theory that the English Member of Parliament is not a delegate but a representative of his constituents. His duty even in a democracy is not to act on some real or supposed mandate from his constituents to vote in a given manner, but, at least when freed from party discipline, to consider each measure as it comes up before the House of Commons and to vote in accordance with his Judgement¹⁵³.

No reasonable conception of democracy requires a government to make a change only if there is a clearly overwhelming public sentiment in favour of the change: “Are no changes to be made unless the Government is convinced that they are popular as well as salutary¹⁵⁴?”

c) Utilitarianism and innocence

The conclusion that can be drawn from all these objections is paradoxical: innocents are both threatened and protected by utilitarianism.

Why are they threatened? “Innocent” may mean that I am not the perpetrator of the offence of which I am accused, that I have not done anything illegal or that I am not at fault. In each of these senses, utilitarianism can sacrifice the innocent to ensure better law enforcement and maximize the total welfare of society. It is possible that an ingenious utilitarian might be able to show that the utility principle does not have this kind of implication. However, even if he does, his argument will not put forward the innocence of the innocent¹⁵⁵.

Why are innocents at the same time protected? As Hart explains:

152 *LLM*, p. 81.

153 *PR*, p. 56-57.

154 H.L.A. Hart, “Should the Death Penalty Be Abolished?”, *The Listener*, n° 1403, 19 January 1956, p. 89.

155 “What is so deeply disturbing about the act-utilitarian position, then, is not that it implies that it could ever be acceptable to intentionally harm an innocent person, but rather that in determining in which cases it would be permissible, it gives absolutely no independent weight to the fact that the person being harmed is innocent.” (D. Boonin, *The Problem of Punishment*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 48.)

The appropriate contrast, Bentham would insist, was not between the one innocent and the many guilty but between two sets of innocents: those who might be wrongly convicted if the right to silence is withdrawn and those too often overlooked who become directly or indirectly the innocent victims of those criminals whom the law, because it concedes the right to silence, fails to incapacitate or fails to deter¹⁵⁶.

The word “innocent” has a third meaning according to the *OED*: not responsible for or directly involved in an event yet suffering its consequences. Bentham considers that innocent victims of the criminal justice system must be compared with innocents victims of criminals. The protection of the former must be balanced against the protection of the latter. Which is better: two innocent victims of the criminal justice system and five innocent victims of criminals *or* zero innocent victim of the criminal system and twenty innocent victims of criminals? Blackstone's maxim that “it is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer” was criticized by Bentham in *The Rationale of Judicial Evidence*, like almost everything Blackstone wrote.

Bentham believes that justice is paradoxically cruel: “it would be cruelty not only to the public, but the very persons in whose behalf it pleads: in its effects, I mean, however opposite in its intention. Cruelty to the public, that is, cruelty to the innocent, by suffering them, for want of an adequate protection, to lie exposed to the mischief of the offence¹⁵⁷ [...]”

2. Hart's pluralist justification

Hart's justification of his rule of responsibility manifests his value pluralism. It is based mainly on two values: liberty and justice¹⁵⁸.

a) Liberty

Hart is against punishing those who did not have a fair opportunity to obey the law (i.e. strict liability) because this would vastly diminish our individual freedom. The price to be paid in terms of individual freedom is simply too high. To realize this, all you have to do is to

¹⁵⁶ *EB*, p. 38.

¹⁵⁷ J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op. cit.*, p. 87-88.

¹⁵⁸ “it would stress the much more nearly universal ideas of fairness or justice and of the value of individual liberty.” (*PR*, p. 181.)

imagine criminal law operating without excusing conditions¹⁵⁹.

Firstly, our choices and our efforts to comply with the law would condition what befalls us to a lesser extent. Our destiny would no more be in our hands, for we could be punished and deprived of our liberty all of a sudden for something we could not have avoided.

Secondly, our capacity to plan our lives would be reduced, we would be “less able to foresee the times of the law’s interference¹⁶⁰”, we would have to take into account the risk to be deprived of our liberty for something we could not have predicted:

This is so because we can have very little ground for confidence that during a particular period we will not do something unintentionally, accidentally, etc.; whereas from their own knowledge of themselves many can say with justified confidence that for some period ahead they are not likely to engage intentionally in crime and can plan their lives from point to point in confidence that they will be left free during that period¹⁶¹.

Thirdly, “the occasions for official interferences with our lives and for compulsion [would] be vastly increased¹⁶²”. The number of punishments would increase and this would provide new opportunities for abuse of power.

Fourthly, as Rawls explains, the boundaries of our liberty would be uncertain and, to the extent that this is so, liberty would be restricted by a reasonable fear of its exercise¹⁶³.

Thus, Hart’s first argument “rests on a judgment of the value of individual liberty as compared with an increase in social security from harmful activities¹⁶⁴”. Individual liberty and social security are conflicting values and, in certain circumstances, we are obliged to make a choice and to favour one over the other. This very simple truth permeates *Punishment and Responsibility*.

It should be noted that Hart’s justification of the first component of his rule of responsibility is

¹⁵⁹ PR, p. 47, p. 181.

¹⁶⁰ PR, p. 182.

¹⁶¹ PR, p. 23-24.

¹⁶² PR, p. 206.

¹⁶³ J. Rawls, *A Theory of Justice*, Revised Edition, Oxford: Oxford University Press, 1999, §38, p. 210.

¹⁶⁴ PR, p. 209.

based on the same idea. Why not punish retroactively? Because it would be difficult for the individual to project himself into the future and plan his life. He would not have “the advantage of knowing in advance the ways in which his liberty will be restricted in the various situations in which he may find himself, and he needs this knowledge if he is to plan his life¹⁶⁵”. Why not punish bare intentions? Again to protect freedom: “Not only would it be a matter of extreme difficulty to ferret out those who were guilty of harbouring, but not executing, mere intentions to commit crimes, but the effort to do so would involve vast incursions into individual privacy and liberty¹⁶⁶.”

What Hart means by “individual freedom” needs to be clarified. By “freedom”, he means at least two things. The first thing is “freedom as autonomy”. The autonomous individual decides about his existence, his choices must be respected, but he must take responsibility for his decisions. As Fletcher writes: “Hart intimates that it is ideologically desirable for the government to treat its citizens as self-actuating, choosing agents. This principle of respect for individual autonomy is implicitly confirmed whenever those who lack an adequate choice are excused for their offenses¹⁶⁷.” The second thing is “freedom as security”. In *The Spirits of the Laws*, Montesquieu distinguishes between philosophical liberty (free will) and political liberty (the liberty of the citizen). He defines political liberty as follows: “Political liberty in a citizen is that tranquillity of spirit which comes from the opinion each one has of his security¹⁶⁸ [*sûreté*].” The French language distinguishes between “*sécurité*” and “*sûreté*”: the lower the crime rate, the higher the “*sécurité*”; the greater the power of the authorities, the lower the “*sûreté*”. The word “*sûreté*” means the guarantee against arbitrariness (of arrest, detention, punishment, etc.). Montesquieu argues that “*security* [*sûreté*] is never more attacked than by public or private accusations” and because of this “the citizen’s liberty depends principally on the goodness of the criminal laws¹⁶⁹”.

This conception of political liberty was adopted by Beccaria. Beccaria considers that the purpose of society is “a sense of one’s own security¹⁷⁰”: “Every citizen ought to believe

¹⁶⁵ *EJP*, p. 115.

¹⁶⁶ *PR*, p. 127.

¹⁶⁷ G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, *op. cit.*, p. 805.

¹⁶⁸ Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, trans. A.M. Cohler, B.C. Miller, H.S. Stone, Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p. 157. See also: “Political liberty consists in security or, at least, in the opinion one has of one’s security [*sûreté*].” (Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, *op. cit.*, p. 188.)

¹⁶⁹ Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, *op. cit.*, p. 188.

¹⁷⁰ C. Beccaria, *On Crimes and Punishments and Other Writings*, *op. cit.*, p. 73.

himself able to do anything which is not against the law without fearing any other consequence than what follows from the action itself¹⁷¹.” This has many consequences: *nulla poena sine lege*; the laws must be clear; no interpretation of the laws should be allowed; penalties should be fixed, etc.

Hart is in line with this philosophical tradition. What he means by individual freedom is what Montesquieu and Beccaria mean by political liberty: the opinion one has of one's security. The restriction of punishment to those who had a fair opportunity to obey the law contributes to individual freedom *in this sense*.

However, security was also very important for Bentham. In *The Principles of the Civil Code*, he explains that the legislator should aim at the happiness of the political body and, to do so, should aim at four subordinate objectives: subsistence, abundance, equality and security. “The more perfect the enjoyment of all these particulars, the greater the sum of social happiness¹⁷² [...]” Bentham argues that security is the most important objective for the following reason: without security, equality could not endure; if there are no laws for security, it is useless to make laws for subsistence; without security, there is no abundance. Security relates to the person, to the honour, to property and to condition. Just as Hart links individual freedom with the capacity to plan our lives, Bentham links security with expectation of the future:

This disposition to look forward, which has so marked an influence upon the condition of man, may be called expectation — expectation of the future. It is by means of this we are enabled to form a general plan of conduct; it is by means of this, that the successive moments which compose the duration of life are not like insulated and independent points, but become parts of a continuous whole. Expectation is a chain which unites our present and our future existence, and passes beyond ourselves to the generations which follow us. The sensibility of the individual is prolonged through all the links of this chain. The principle of security comprehends the maintenance of all these hopes; it directs that events, inasmuch as they are dependent upon the laws, should be conformed to the expectations to which the laws have given birth. Every injury which happens to this sentiment produces a distinct, a peculiar evil, which may be called pain of disappointed expectation.

171 C. Beccaria, *On Crimes and Punishments and Other Writings*, *op. cit.*, p. 25.

172 J. Bentham, *Principles of the Civil Code*, in *The Works of Jeremy Bentham*, Volume One, New York: Russell & Russell, 1962, p. 302.

In order not to cause pain of disappointed expectation, some principles must be respected¹⁷³: the laws must be known, understood, consistent with themselves, they should not be interpreted by the judge nor retroactive, etc. Most of the principles set out by Bentham roughly correspond to the requirements defining the concept of the rule of law.

So we can ask ourselves: what exactly is the difference between Hart and Bentham? Hart directly weighs individual freedom against social security. These two values lack a common measure. He does not defend his choice on the ground that it is for the “common good” or the “greatest happiness of the greatest number”. He is not guided by the principle of utility. He is simply guided by his commitment to individual freedom. He wants to protect it, even if the price to pay for it is a lower degree of security:

On the present view, which I advocate, excusing conditions are accepted as independent of the efficacy of the system of threats. Instead it is conceded that recognition of these conditions may, and probably does, diminish that efficacy [...]. On this view excusing conditions are accepted as something that may conflict with the social utility of the law's threats¹⁷⁴ [...].

Hart knows that his argument will not convince those who are not committed to individual freedom or place a much higher value on social security than on individual freedom:

The denunciation of restriction on liberty might be met by the claim that the sacrifice of liberty to [...] security was itself justified. Such differences of weight or emphasis placed on different moral values may prove irreconcilable. They may amount to radically different ideal conceptions of society and form the moral basis of opposed political parties¹⁷⁵.

Two objections can be made to Hart's justification of his rule of responsibility. Firstly, let us suppose that strict liability can greatly reduce crime or offences against the person and property. As a result, our destiny would be in our hands to a greater extent; our capacity to plan our lives would be enhanced; the occasions for *unofficial* interferences with our lives would diminish; the boundaries of our liberty would be more certain, and we would fear less

173 J. Bentham, *Principles of the Civil Code*, op. cit., p. 322-326.

174 PR, p. 48-49.

175 CL, p. 184.

to exercise it. Thus, one could object that the admission of strict liability or the rejection of it amount to the same thing¹⁷⁶.

Secondly, Hart's justification of his rule of responsibility does not apply to the second component of his rule, namely: those who are deprived of discernment or self-control should not be punished. In other words, his argument based on individual freedom may justify the rejection of *strict* liability (no excuses), but it cannot justify the rejection of *absolute* liability (no excuses nor exemptions). Indeed, punishing infants or persons suffering from intellectual disability or lunatics does not have the consequences mentioned by Hart: since they do not have individual freedom in Hart's sense or political liberty in Montesquieu's sense, absolute liability cannot threaten it.

Thus, Hart's justification of his rule of responsibility is *at best* incomplete.

b) Justice

Fortunately, Hart's justification of his rule of responsibility is not only based on the value of liberty, but also on the value of justice: "we should restrict even punishment designed as 'preventive' to those who at the time of their offence had the capacity and a fair opportunity or chance to obey the law: and we should do this out of considerations of fairness or justice to those whom we punish. This is an intelligible ideal of justice to the individual¹⁷⁷ [...]."

Let us suppose that in order to maximize the credibility of threats and minimize the opportunity for deceiving courts or juries, we decide that every person who committed an illegal act will be punished, even if he lacks certain capacities or did not have a fair opportunity to obey the law. Hart's objection is that some persons will be *treated as mere means* and *sacrificed for the welfare of society*. This objection is a leitmotiv of *Punishment and Responsibility*:

176 "If, as Hart admits, eliminating excuses would make the criminal law more effective in increasing personal security, then such increased personal security might outweigh the increased risk of being punished. Hence, on Hart's ground of increased personal security one should eliminate the requirement of *mens rea*." (M.D Bayles, *Hart's Legal Philosophy: An Examination*, Dordrecht: Springer, 1992, p. 276.) Also: "a reduction in crime will also enlarge the individual's freedom. Crime interferes with the lives of its victims, and thereby decreases the effectiveness of their own choices in determining the courses of their lives." (C.L. Ten, *Crime, Guilt, and Punishment*, Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 91.)

177 H.L.A. Hart, "Review: Barbara Wootton, *Crime and the Criminal Law*", *The Yale Law Journal*, vol. 74, n° 7, 1965, p. 1329.

it is *unjust*, or *unfair*, to take someone who has not broken the law, or who was unable to comply with it, and use him as a mere instrument to protect society and increase its welfare. Such an objection in the name of *fairness* or *justice* to individuals would still remain even if we were certain that in the case of the “punishment” of one who had not broken the law the fact of his innocence would not get out or would not cause great alarm if it did¹⁷⁸.

If we want to ensure justice (or secure fairness) to individuals considered separately, we have to respect Hart's rule of responsibility. Indeed, justice forbids to use a person *merely* as a means. This signifies that a person cannot be used for the benefit of others without his permission, consent, acceptation, etc. As Hart says, a “moral licence¹⁷⁹” is required. Now, if the person punished for his offence possess normal capacities, had a fair opportunity to obey the law, was fairly warned, we can consider that he is not used without his permission. Hobbes saw it well: “whosoever voluntarily doth any action accepteth all the known consequences of it; but punishment is a known consequence of the violation of the laws in every commonwealth¹⁸⁰ [...]”

Hart's rule of responsibility “represents a decision to prefer justice to the individual to the higher measure of security¹⁸¹”. Hart knows perfectly well that the price to be paid for justice to the individual is (arguably) a lesser measure of conformity to law, but he is ready to pay that price. However, others would not be ready to pay that price. Hart knows that his argument will not convince those who are not committed to justice or place a much higher value on social security than on justice:

I cannot, of course, [...] claim to have solved everyone's perplexities. In particular, I do not

178 *PR*, p. 77-78. Also: “each individual person is to be protected against the claim of the rest for the highest possible measure of security, happiness or welfare which could be got at his expense by condemning him for a breach of the rules and punishing him.” (*PR*, p. 21-22.) Also: “It seems to destroy the entire notion that in punishing we must be just to the particular criminal in front of us and that the purpose of excusing conditions is to protect him from society's claims.” (*PR*, p. 43.) Also: “it is clear that we look on excusing conditions as something that *protects* the individual against the claims of the rest of society.” (*PR*, p. 44.) Aussi: “the stipulation that punishment should not be applied except to an individual who has broken the law, may be made not to secure that moral evil should meet its return in punishment, but to protect the individual from society. It may be the recognition of the claim of the individual that he should not be sacrificed for the welfare of society unless he has broken its law [...]” (*PR*, p. 81) Also: “the individual has a valid claim not to be made the instrument of society's welfare unless he has broken its laws [...]” (*PR*, p. 82.)

179 *PR*, p. 22.

180 T. Hobbes, *Leviathan*, Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1994, p. 192. C.S. Nino explores this idea in “A Consensual Theory of Punishment”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 12, n° 4, p. 289-306.

181 *PR*, p. 245.

know what to say to a critic who urges that I have shown only that the system in which excusing conditions are recognized protects the individual better against the claims of society than one in which no recognition is accorded to these factors. This seems to me to be enough¹⁸² [...].

One could object that this justification of Hart's rule of responsibility is inconsistent. Indeed, Hart considers justice as an important value. But if that is the case, why does he invoke it only at the level of distribution? Why does not he invoke it at the level of justification? Why is not justice the general aim of punishment?

The answer to this objection is found in the conclusion of "The Enforcement of Morality": "Justice is a method of doing other things, not a substantive end and can be without inconsistency combined with a definition of the end of punishment as the protection of human beings from secular harm¹⁸³." What does this mean? This enigmatic answer can also be found in "Punishment and the Elimination of Responsibility": "Fairness between different offenders expressed in terms of different punishments is not an end in itself but a method of pursuing other aims which has indeed a moral claim on our attention¹⁸⁴ [...]."

In my view, what Hart means in these passages is that justice is a sort of *side-constraint*: we must respect its requirements when pursuing our objectives, but it is not an objective in itself. It sets out the "fair terms on which the general aims (protection of society, maintenance of respect for law, etc.) may be pursued¹⁸⁵". However, this side-constraint is not absolute, as we shall see in the next section. In truth, it is more of a guiding principle.

c) Hart's compromises

1/ As I said previously, Hart considers that in extreme circumstances it may be right to punish innocent people. We can give the example of German courts after the War. They punished people who "claimed that what they had done was not illegal under the laws of the regime in

¹⁸² *PR*, p. 49.

¹⁸³ *MCL*, p. 54.

¹⁸⁴ *PR*, p. 172.

¹⁸⁵ *PR*, p. 22.

force at the time these actions were performed¹⁸⁶”. They used retroactive punishments and punished people who were *legally* innocent, though *morally* guilty of atrocious crimes. According to Hart, German courts faced a dilemma:

after revolution or major upheavals, the Courts of a system have to consider their attitude to the moral iniquities committed in legal form by private citizens or officials under an earlier regime. Their punishment may be felt socially desirable, and yet, to procure it by frankly retrospective legislation, making criminal what was permitted or even required by the law of the earlier regime, may be difficult, itself morally odious, or perhaps not possible¹⁸⁷.

The dilemma is simple: either we respect the *nulla poena sine lege* principle and in that case we leave the Nazis unpunished; or we punish the Nazis and in that case we violate the *nulla poena sine lege* principle. Hart seems to suggest that leaving the Nazis unpunished was a greater evil than violating the *nulla poena sine lege* principle. However, he does not explain why. From a retributive point of view, the explanation is simple: justice conflicts with justice, but the injustice of leaving the Nazis unpunished is greater than the injustice of retroactive punishment. However, from a non-retributive point of view, the explanation is not so simple: the *nulla poena sine lege* principle must be violated, because the Nazis must be neutralized? Because private revenge must be avoided? Hart himself acknowledges that the perspective of the German courts was certainly retributivist:

Even the most faithful adherents of utilitarian doctrine must have felt tempted at times to acknowledge the simple claim that it is right or just that one who has intentionally inflicted suffering on others should himself be made to suffer. I doubt if anyone, reading the records of Auschwitz or Buchenwald, has failed to feel the powerful appeal of this principle; perhaps even the most reflective of those who supported the punishment of the criminals concerned were moved by this principle rather than by the thought that punishment would have beneficial future consequences¹⁸⁸.

2/ Concerning strict liability, Hart is open to negotiation. As I said in the Introduction, no value is overriding: individual freedom and justice are no exception to the rule. Hart remarks that every legal system compromises with competing values over the matter of excuses and

186 *EJP*, p. 75.

187 *CL*, p. 208.

188 *LLM*, p. 59.

exemptions:

Hence it is true that legal recognition of the importance of excusing conditions is never unqualified; the law, like every other human institution, has to compromise with other values besides whatever values are incorporated in the recognition of some conditions as excusing¹⁸⁹.

Let us suppose that a consequence of Hart's rule of responsibility is that too many dangerous criminals are acquitted or that law enforcement is made very difficult. Then, we may revise it or even sacrifice it: "the principle of responsibility, which may be sacrificed when the social cost of maintaining it is too high, has a value and importance quite independent of retributive or denunciatory theories of punishment which we may very well discard¹⁹⁰."

However, before violating Hart's rule of responsibility and sacrificing individual freedom and justice in the name of social security, social welfare, efficiency, etc., it is necessary to *prove* both that this sacrifice *will have the expected effects* and that *we need it* to have the expected effects:

But it is important to be realistic: to be aware of the social costs of making the control of anti-social behaviour dependent on this principle and to recognize cases where the benefits secured by it are minimal. We must be prepared *both* to consider exceptions to the principle on their merits *and* to be careful that unnecessary invasions of it are not made [...]. At present we have in strict liability clear exceptions to the principle, but no very persuasive evidence that the sacrifice of principle is warranted here by the amount of dishonest evasion of conviction which would ensue if liability were not strict¹⁹¹.

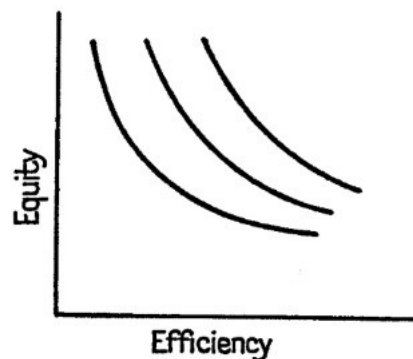
189 *PR*, p. 33-34. Also: "All legal systems in response either to tradition or to social needs both extend responsibility and cut it off in ways which diverge from the simpler principles of moral blame." (*CIL*, p. 67.) Aussi: "Not all these excusing conditions are admitted by all legal systems for all offenders. Nearly all penal systems [...] make some compromise at this point with other principles; but most of them are admitted to some considerable extent in the case of the most serious crimes." (*PR*, p. 14.) Aussi: "Every penal system in the name of some other social value compromises over the admission of excusing conditions and no system goes as far (particularly in cases of mental disease) as many would wish." (*PR*, p. 17-18.) Aussi: "Of course, the law compromises with competing values over this matter of the subjective element in responsibility as it does over other matters. All legal systems temper their respect for the principle that persons should not be punished if they could not have done otherwise, i.e. had neither the capacity nor a fair opportunity to act otherwise." (*PR*, p. 153.)

190 *PR*, p. 185. Also: "But of course it is certainly arguable that, at present, in certain cases, in the application of the doctrine of *mens rea*, we recognize this principle of justice in a way which pays too high a price in terms of social security. For there are indeed cases where the application of *mens rea* operates in surprising and possibly dangerous ways." (*PR*, p. 201.)

191 *PR*, p. 183. Also: "Sometimes, of course, it is not clear, when "strict liability" is imposed, what value (social welfare?) is triumphant, and there has consequently been much criticism of this as an odious and useless departure from proper principles of liability." (*PR*, p. 34.)

As Hart notes, the fear that the plea of diminished responsibility would allow many criminals to escape punishment has proven unfounded: six years after its recognition, the percentage of persons accused of murder who escaped conviction on the basis of mental defect remained virtually unchanged at 47%¹⁹².

Barry, who was one of Hart's students, describes the situation as follows¹⁹³. There are two political principles, efficiency and equity. We can draw a set of indifference curves (an indifference-map) showing different combinations of the two principles between which Hart would be indifferent:



Barry argues that the two principles can be substituted for one another to some extent. Let us take the example of grapes and potatoes. The question “Are the grapes in Paul’s diet more important than the potatoes?” must be interpreted as meaning “How many grapes would he have to be given to compensate for losing a potato?”. The notion of “importance” is related to the marginal rate of substitution. Likewise, “He regards efficiency as more important than equity” means “If a choice has to be made between efficiency and equity, a large potential increase in equity is necessary to make him accept a potential decrease in efficiency”.

Barry’s view is that we can make rational choices on the basis of two or more principles which are not reducible to a single one (such as the principle of utility) provided that the choices manifest a “consistent pattern of preference”.

3/ I explained above that the fairness or unfairness of the chance given to an individual should

¹⁹² *PR*, p. 192.

¹⁹³ B. Barry, *Political Argument*, London: Routledge & Kegan Paul, 1965, p. 3-8. Hart himself refers to this book in *PR*, p. 245.

be assessed *in concreto*: it is the fairest thing¹⁹⁴. However, Hart is aware that this poses difficulties, particularly in terms of evidence:

Further difficulties of proof may cause a legal system to limit its inquiry into the agent's "subjective condition" by asking what a "reasonable man" would in the circumstances have known or foreseen, or by asking whether "a reasonable man" in the circumstances would have been deprived (say, by provocation) of self-control; and the system may then impute to the agent such knowledge or foresight or control¹⁹⁵.

Although a maximum effort must be made to individualise the conditions of liability, unfortunately this is not always possible:

It is of course quite arguable that no legal system could afford to individualize the conditions of liability so far as to discover and excuse all those who could not attain the average or reasonable man's standard. It may, in practice, be impossible to do more than excuse those who suffer from gross forms of incapacity, viz. infants, or the insane, or those afflicted with recognizably inadequate powers of control over their movements, or who are clearly unable to detect, or extricate themselves, from situations in which their disability may work harm¹⁹⁶.

The dilemma was summed up extremely clearly by Fuller: if we apply an objective standard (like the reasonable man) we may impose on the defendant requirement he is unable of meeting, because of his educative and native capacities; if we try to ask whether the man before us, with all his individual limitations, "fell short of what he ought to have achieved, we enter upon a hazardous inquiry in which all capacity for objective judgment may be lost". To resolve this antinomy, the law is obliged to tread an "uncertain middle course, tempering the standard of the reasonable man in favor of certain obvious deficiencies, but formalizing even its definitions of these¹⁹⁷".

Fuller's example is very interesting since it illustrates an internal conflict within justice and

194 See G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, *op. cit.*, p. 510.

195 *PR*, p. 33. Also: "The most important compromise which legal systems make over the subjective element consists in its adoption of what has been unhappily termed the 'objective standard'. This may lead to an individual being treated for the purposes of conviction and punishment as if he possessed capacities for control of his conduct which he did not possess, but which an ordinary or reasonable man possesses and would have exercised." (*PR*, p. 153.)

196 *PR*, p. 155.

197 L.L. Fuller, *The Morality of Law*, Revised Edition, New Haven: Yale University Press, 1969, p. 72.

not a conflict between two distinct values: justice requires us to be impartial and not to blame an individual for failing to do what was not within his reach. Fuller's conclusion could have been Hart's, since his entire penal philosophy can be seen as an "uncertain middle course".

4/ Finally, with regard to the responsibility of people suffering from mental illness, Hart makes an important concession to Wootton and envisages a considerable departure from his rule of responsibility. We will develop this point in the last Chapter devoted to the Hart/Wootton debate.

d) Hart and Strawson

We should not confuse the question "Why ought we not to punish those who could not have acted otherwise?" with the question "Why do not men in fact punish those who could not have acted otherwise?". Hart gave a pluralist answer to the first question. However, his answer to the second question is an "anthropological" one and is very similar to that of Strawson. Let us quote a famous passage from "Punishment and the Elimination of Responsibility":

persons interpret each other's movements as manifestations of intention and choices, and these subjective factors are often more important to their social relations than the movements by which they are manifested or their effects. If one person hits another, the person struck does not think of the other as just a cause of pain to him; for it is of crucial importance to him whether the blow was deliberate or involuntary. If the blow was light but deliberate, it has a significance for the person struck quite different from an accidental much heavier blow. No doubt the moral judgments to be passed are among the things affected by this crucial distinction; but this is perhaps the least important thing so affected. If you strike me, the judgment that the blow was deliberate will elicit fear, indignation, anger, resentment: these are not voluntary responses; but the same judgment will enter into deliberations about my future voluntary conduct towards you and will colour all my social relations with you. Shall I be your friend or enemy? Offer soothing words? Or return the blow? All this will be different if the blow is not voluntary. This is how human nature in human society actually is and as yet we have no power to alter it.

Here, Hart says something simple: our emotions and our attitudes towards someone else are

deeply affected by what we know about the springs of his action (motive, intention, etc.) and his state of mind (sane, insane, etc.). What I will experience *in foro interno* and our relationship will be very different depending on whether you push me by accident or voluntarily in order to hurt me. This is not only a law of human nature, but also a law of the animal kingdom. As Holmes puts it: “even a dog distinguishes between being stumbled over and being kicked¹⁹⁸.”

Therefore, we can explain why men in fact do not punish those who could not have acted otherwise: they simply do not *resent* them. Just as we resent *less* those who have done harm by negligence, we *do not* resent those who have done harm because they suffer from insanity or intellectual disability.

As I said, Hart probably took inspiration from “Freedom and Resentment” by Strawson. This lecture was delivered in 1960¹⁹⁹, that is one year before “Punishment and the Elimination of Responsibility” (delivered on 16 May 1961). Moreover, “Freedom and Resentment” is quoted twice in the notes of *Punishment and Responsibility*²⁰⁰. In his lecture, Strawson starts from a commonplace: our “reactive attitudes” are closely related to the attitudes and intentions of others towards us. He gives an example very close to that of Hart:

If someone treads on my hand accidentally, while trying to help me, the pain may be no less acute than if he treads on it in contemptuous disregard of my existence or with a malevolent wish to injure me. But I shall generally feel in the second case a kind and degree of resentment that I shall not feel in the first²⁰¹.

Then, Strawson distinguishes two types of consideration that can modify, mollify or even remove a specific reactive attitude, namely resentment. The first type of consideration is that the offensive action is “defective” though the agent who committed it is fully responsible (he did not mean to, he did not know, he had no choice, etc.). The second type of consideration is that the agent who committed the offensive action is not or not fully responsible (he is a child, he is a hopeless schizophrenic, etc.). We recognize here the distinction between excuses and

198 O.W. Holmes, *The Common Law*, Cambridge: Belknap Press, 2009, p. 5.

199 Though it was published in 1962: “1960 was a full year. I was elected to the British Academy and delivered there a lecture, ‘Freedom and Resentment’, which is one of my very few ventures into moral philosophy.” (P.F. Strawson, *Freedom and Resentment and Other Essays*, London: Routledge, 2008, p. xxvi.)

200 *PR*, p. 239, p. 259.

201 P.F. Strawson, *Freedom and Resentment and Other Essays*, *op. cit.*, p. 6.

exemptions. In the latter case, we adopt what Strawson calls the “objective attitude”:

To adopt the objective attitude to another human being is to see him, perhaps, as an object of social policy; as a subject for what, in a wide range of sense, might be called treatment; as something certainly to be taken account, perhaps precautionary account, of; to be managed or handled or cured or trained; perhaps simply to be avoided²⁰² [...].

Strawson argues that punishment “expresses” or “manifests” our reactive attitudes²⁰³: hence, it is not surprising that men in fact do not punish those who could not have acted otherwise, for we do not resent them.

IV. Determinism and Hart's rule of responsibility

Strawson's lecture offers a perfect transition to the last section of my study of Hart's rule of responsibility. This section concerns the relationship between determinism and Hart's rule of responsibility. In general, Hart was suspicious of metaphysics. However, he recognizes that criminal law may raise metaphysical issues:

Even on the broadest interpretation of legal philosophy, the truth and status of the belief in universal causation seems a problem which may be safely left outside, except perhaps when the moral foundations of criminal responsibility are under scrutiny, and the spectre of the “free will” problem arises²⁰⁴.

Indeed, is Hart's rule of responsibility compatible or incompatible with determinism? At first glance, determinism rules out the possibility that the accused could have acted otherwise:

many factors besides the decay of retributive ideas have contributed to the modern scepticism of the idea that a necessary condition of criminal punishment should be an act which the criminal could have avoided doing. Among these other factors is a certain interpretation of determinism. It is not unnatural that those who in general take a scientific approach to social problems should be powerfully influenced by what may be termed the ideology of science, and think that loyalty to scientific principles requires that we should abandon the idea that a

202 P.F. Strawson, *Freedom and Resentment and Other Essays*, *op. cit.*, p. 9.

203 P.F. Strawson, *Freedom and Resentment and Other Essays*, *op. cit.*, p. 27.

204 *CIL*, p. 14.

man could have done something which he in fact did not do²⁰⁵.

However, is the incompatibilist thesis not due to a misunderstanding of the meaning of the statement “The accused could have acted otherwise”? Does not the interpretation of this statement in terms of capacity and fair opportunity imply, on the contrary, the compatibilist thesis?

At the end of the fifties, Hart's interests partly revolved around the problem of determinism: he was working hard with Honoré on the problem of causation (*Causation in the Law*, 1959); he wrote an article with Hampshire that was partly about the predictability of our decisions (“Decision, Intention and Certainty”, 1958); and he delivered (during the first meeting of the New York University Institute of Philosophy on “Determinism and Freedom in the Age of Modern Science”) a lecture about the compatibility of excusing conditions with determinism (“Legal Responsibility and Excuses”, 1958). What can we learn from these texts?

1. What is determinism?

First of all, we have to clarify the notion of determinism. For Hart, the notion of determinism seems to include at least two minimum ideas.

The first minimum idea is that human conduct is “the product of sufficient conditions, or sets of jointly sufficient conditions, which include the individual's character²⁰⁶”. In other words, *if* a complex set of conditions is satisfied, *then* a conduct of a given type will always or invariably occur. Hart does not say that determinism is the idea that human conduct is the product of *necessary* and sufficient conditions; he does not say that a conduct of a given type *never* occurs unless a complex set of conditions is satisfied. Indeed, this would exclude the doctrine of the plurality of causes. The doctrine of the plurality of causes is the doctrine that “there may be several sets of independent conditions sufficient for the production of a certain *type* of event which may thus have different causes on different occasions²⁰⁷”.

The second minimum idea is that there may (or must) exist laws which we can use “for the

205 *PR*, p. 179.

206 *PR*, p. 28, note 1.

207 *CIL*, p. 20.

detailed and exact prediction of our own and others' conduct²⁰⁸ (and the word "conduct" includes decisions, choices, etc.). As Kant says, if our knowledge was not so limited, we could calculate someone's future conduct with as much certainty as a lunar or a solar eclipse²⁰⁹. However, Hart insists on the fact that we do not (yet) know these laws.

Of course, these two definitions are the two sides of the same coin: the reason why we speak of laws of human conduct enabling us to predict human conduct is that "an occurrence of a given kind regularly follows when a complex set of conditions is satisfied²¹⁰". Causal laws simply assert invariable connection between a sum of several antecedents and a consequent.

Determinism must be clearly distinguished from fatalism. Let us take the example of Oedipus. The fatalist says that Oedipus will necessarily kill his father. He is doomed to kill his father. It is his destiny. The determinist says that, *if* a complex of conditions is satisfied, Oedipus will kill his father, unless a miracle occurs. Fatalism asserts unconditional necessity, while determinism asserts conditional invariability.

Fatalism makes us powerless: Oedipus cannot escape his destiny, whatever his choices, whatever his efforts. On the contrary, determinism makes us powerful: the knowledge of causal laws enables us to predict phenomena, to avoid them, to reproduce them, etc.

A fatalist can say that Oedipus could not have acted otherwise, could not have avoided his parricide. In my view, a cautious determinist will never say that Oedipus could not have acted otherwise *tout court*. He will say that it was "normal" or "predictable" for him to act that way, given the sum of the antecedents of his parricide, but he will not say that the sum of the antecedents could not have been different. As Hart puts it: "I will not deal here with a determinist who is so incautious as to say that it may be false that anyone has ever acted 'voluntarily', 'of his own free will', or 'could have done otherwise than he did'²¹¹."

208 *PR*, p. 29, note 1.

209 I. Kant, *Critique of Practical Reason*, trans. M. Gregor, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 80-81.

210 *CIL*, p. 16.

211 *PR*, p. 30.

2. Compatibilism²¹²

At first sight, Hart leans towards compatibilism:

Perhaps it may be shown that statements of the form “He did it of his own free will” or “He could have done otherwise”, etc., are not logically incompatible with the existence of the type of laws the determinist claims may exist; if they do exist, it may not follow that statements of the kind quoted are always false, for it may be that these statements are true given certain conditions, which need not include the non-existence of any such laws²¹³.

the defence I make in this paper of the rationality, morality, and justice of qualifying criminal responsibility by excusing conditions will be compatible with any form of determinism²¹⁴ [...].

there is a rationale for our insistence on the importance of excusing conditions in criminal law that no form of determinism that I, at any rate, can construct could impugn²¹⁵.

Is the claim that the accused has certain cognitive et volitional capacities incompatible with the existence of the type of laws the determinist claims exist? The answer is no. Let us suppose that we can predict with certainty that the Prime Minister will dissolve Parliament: it does not prove that the Prime Minister does not have the (legal) power of dissolution, quite the contrary. He will do it because he *can* do it. Let us take the example of a motorist whom a illness has rendered unable of driving properly. As Hart explains, “‘determinism’ presents no special difficulty here²¹⁶”. If the motorist was really unable of driving properly, “the causal origin of the incapacity is surely beside the point, except that if it was of long standing, this would suggest that he knew of it and was negligent in driving with that knowledge²¹⁷”.

Is the claim that the accused had a fair opportunity to obey the law incompatible with the existence of the type of laws the determinist claims exist? This is a more difficult question. Suppose we can predict with certainty, as in *Minority Report*, that Paul will recklessly kill

212 I am inspired here by A. Kenny, *Freewill and Responsibility*, London: Routledge, 1978, p. 31-32 and M.S. Pardo, D. Patterson, *Minds, Brains, and Law: The Conceptual Foundations of Law and Neuroscience*, Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 199-201.

213 *PR*, p. 30.

214 *PR*, p. 28, note 1.

215 *PR*, p. 30.

216 *PR*, p. 156.

217 *PR*, p. 156.

John in three hours and that, as predicted, three hours later he kills him. Did Paul have a fair opportunity to avoid this killing? Arguably, yes. Avoiding this homicide did not require any form of heroism. No one was threatening him, his ignorance of the fact that John was behind the door was vincible, and so on. All he would have had to do was be careful; if he had been careful, the accident would not have occurred. Now, a determinist may very well admit that avoiding this homicide did not require any form of heroism and that if Paul had been careful, the accident would not have happened, since the antecedents, in this scenario, would have been different.

One might object that we knew for certain that he would be reckless and that because of that he would kill John. Moore saw that the same objection could be made to his conditional analysis: "Granted that we often *should* have acted differently, *if* we had chosen differently, yet it is not true that we have Free Will, unless it is *also* often true in such cases that we *could* have *chosen* differently²¹⁸." We can also see that the conditional analysis from which I started and which was chased out of the door is somehow coming back in through the window.

3. Incompatibilism

Thus, Hart's rule of responsibility might be compatible with determinism. However, determinism challenges the whole business of punishment. If we knew the laws of human conduct and could use them for the detailed and exact prediction of our own and others' conduct, we should intervene *ante delictum*. It would be irrational to wait until crimes have been committed: "From the point of view of pure social hygiene it is absurd to wait until crimes have been committed: where there is reliable evidence of anti-social or criminal tendencies, this is enough to justify compulsory measures²¹⁹."

It would not only be absurd, but also morally questionable. Indeed, it is morally questionable to punish someone for a conduct which we knew would happen and which we did not try to prevent. We could be accused of inaction. Who is most guilty: the offender who had a normal capacity and a fair opportunity to avoid his offence *or* the authorities who knew with scientific certainty that the offence was about to be committed and did nothing? As a comparison, it would be very strange to put two boys in the same room knowing with

218 G.E. Moore, *Ethics*, *op. cit.*, p. 218.

219 *PR*, p. 232.

scientific certainty that they will fight (just like caesium + water = explosion) and then to punish them because they fought.

Hart sometimes leans towards incompatibilism. If we knew the laws of human conduct, this would upset our practices and concepts. If we knew such laws, many things would not make sense anymore (in both meanings of the expression): “Of course if we knew the laws and could use them for the detailed and exact prediction of our own and others’ conduct, deliberation and choice would become pointless, and perhaps in such circumstances there could not (logically) be ‘deliberation’ or ‘choice’²²⁰.”

In a note, Hart writes that “it is logically impossible for a man both to claim to know on inductive grounds what he will try to do on a specific occasion and also to regard the matter as one for his deliberation and choice²²¹ [...]”. This echoes the paper he wrote with Hampshire in 1958. In this paper, Hampshire & Hart distinguish two kinds of certainty about one’s own future actions: “inductive certainty”, that is certainty based upon empirical evidence, and “practical certainty”, that is certainty based upon reasons or decision. I can say “I am certain that I will do X” *either* because I know my character very well and I did X in similar situations in the past; *or* because I have reflected on the reasons for doing X and I made up my mind. In the first case, my announcement will count as a *prediction*; in the second case, it will count as a *decision*. Hampshire & Hart argue that these two kinds of certainty can conflict and that this is part of the problem of free will. Let us suppose that a man is offered a job. He hesitates, deliberates and says “I will perhaps accept this job”. But can he say this if we have scientific evidence that he will refuse the job?

If he is convinced by empirical evidence alone that he will *certainly* refuse, then he must have been convinced by this evidence that it is not in his power not to refuse, and that, in spite of appearances, the outcome will not be determined by his decision. And there certainly are occasions when a man may in this way adopt a spectator’s attitude to his own conduct, convinced by experience, or perhaps even by scientific knowledge, that the appearance of free decision is delusive and that, when it comes to the moment of action, he will certainly act in a certain way. If he *admits* that this is his conviction, it would be senseless for him to claim that he was making any decision in the matter; nothing would count as a decision to do that which

220 *PR*, p. 29, note 1.

221 *PR*, p. 241.

he is certain on other grounds that he will in any case do, and nothing would count as a decision to do that which he is certain that he will not do²²².

Hart insists that today we do not know these laws²²³. However, one could go further and argue that we will never know these laws because of what Popper calls the Oedipus effect²²⁴. There is, Popper explains, a very close connection between predictions and predicted events. Predictions can influence the predicted event, either by causing the predicted event, or by preventing it: this is the Oedipus effect. The consequence of this effect is that the social sciences will never be able to make exact scientific predictions:

if such a novel kind of scientific social calendar were constructed and became known (it could not be kept secret for long since it could in principle be re-discovered by anybody) it would certainly cause actions which would upset its predictions. Suppose, for instance, it were predicted that the price of shares would rise for three days and then fall. Plainly, everyone connected with the market would sell on the third day, causing a fall of prices on that day and falsifying the prediction. The idea, in short, of an exact and detailed calendar of social events is self-contradictory; and exact and detailed scientific social predictions are therefore impossible²²⁵.

222 H.L.A. Hart, Stuart Hampshire, "Decision, Intention and Certainty", *Mind*, vol. 67, n° 265, 1958, p. 5.

223 "if human conduct so understood is in fact subject to such laws (though at the present time we do not know it to be so) [...]" (*PR*, p. 29.) Also: "The determinist does not assert and could not truly assert that we *already know* the laws that he says may exist or (in some versions) *must* exist." (*PR*, p. 29, note 1.)

224 A. Ross, *On Guilt, Responsibility and Punishment*, Berkeley: University of California Press, 1975, p. 146. Hart himself takes this possibility into account: "it may be true – though we cannot yet show and *may never be able to show that it is true* – that human conduct [...] [is] subject to certain types of law [...]" (*PR*, p. 29, my italics.)

225 K.R. Popper, *The Poverty of Historicism*, Boston: The Beacon Press, 1957, p. 13-14.

Chapter 3.2: The determination of the quality and quantity of punishment

Table

I. Hart's principles concerning the quality/quantity of punishment.....	236
1. Ordinal proportionality: maximum penalties should be proportional.....	236
2. Humanity: no one shall be subjected to inhuman or degrading punishment.....	244
3. Equality of treatment: treat like cases alike and different cases differently.....	246
4. Individualization: sentences should be individualized without exceeding the maximum penalty.....	248
II. The justification of Hart's principles concerning the quality/quantity of punishment.....	251
1. The justification of ordinal proportionality.....	251
a) Maximum penalties.....	251
b) Proportional maximum penalties.....	253
i) Bentham.....	253
ii) The criticism of Bentham.....	255
iii) Hart's arguments.....	259
2. The justification of humanity.....	263
3. The justification of equality of treatment.....	265
4. The justification of individualization.....	268

The previous Chapter was devoted to the first aspect of the distribution of punishment, i.e. criminal responsibility. This Chapter will be devoted to the second aspect of the distribution of punishment, i.e. the determination of the quality and quantity of punishment. Let us assume that a person is convicted of a crime. What should be the quality (nature) and the quantity (amount) of his punishment? The answer that immediately comes to mind is the *lex talionis*:

But what kind and what amount of punishment is it that public justice makes its principle and measure? [...] But only the law of retribution (*ius talionis*) — it being understood, of course, that this is applied by a court (not by your private judgment) — can specify definitely the quality and the quantity of punishment; all other principles are fluctuating and unsuited for a sentence of pure and strict justice¹ [...].

However, as Hart explains, this instinctive answer is not satisfactory:

The simple equivalences of an eye for an eye or a death for a death seem either repugnant or inapplicable to most offences, and even if a refined version of equivalence in demanding a degree of suffering equivalent to the degree of the offender's wickedness is intelligible, there seems to be no way of determining these degrees².

1 I. Kant, *The Metaphysics of Morals*, trans. M. Gregor, Cambridge: Cambridge University Press, 1991, p. 141.

2 *PR*, p. 233.

Then what principle should be adopted? One of the difficulties of this question is that it arises at two different levels. Firstly, it arises at the legislative level: the legislator may establish maximum, minimum or fixed penalties for this or that offence. How to choose them? Secondly, it arises at the judicial level: the judge generally has some latitude between the minimum and maximum penalty. What rules does he have to follow in making his decision?

Hart defends four principles concerning the quality and quantity of punishment³. The first two principles are addressed to the legislator: maximum penalties should be proportional; no one shall be subjected to inhuman or degrading punishment. The last two are addressed to the judge: treat like cases alike and different cases differently; sentences should be individualized without exceeding the maximum penalty. My aim in this Chapter is to examine the meaning and the justification of these four principles.

I. Hart's principles concerning the quality/quantity of punishment

Just as in the previous Chapter I devoted an entire section to the meaning of Hart's rule of responsibility, so in this first section I will attempt to clarify the meaning of the principles defended by Hart concerning the quality and quantity of punishment.

1. Ordinal proportionality: maximum penalties should be proportional

In "Prolegomenon to the Principles of Punishment", Hart writes that "different kinds of offence of different gravity (however that is assessed) should not be punished with equal severity⁴". For instance, car theft should not be punished as severely as rape, reckless homicide should not be punished as severely as murder. This principle is relevant only at the legislative level, when building "a scale or tariff of punishments and offences⁵":

Sometimes the legislature will mark off a greater maximum penalty for things done with a certain intention than for the same thing done without that intention. So wounding with

³ "the principles determining the severity and manner of punishment [...]" (*EB*, p. 47.)

⁴ *PR*, p. 25.

⁵ *PR*, p. 162.

intention to kill, (even though the victim is not killed) or wounding with intention to resist arrest, is punishable with the maximum penalty of life imprisonment, 1 and thus much more severely than the simple offence of “unlawfully and maliciously wounding” a man, for which the maximum penalty is five years⁶.

This principle can be called the principle of ordinal proportionality. Ordinal (comparative) proportionality should be distinguished from cardinal (non comparative) proportionality⁷. The penalty incurred for a petty offence is *ordinally* or *comparatively disproportionate* if it is as severe as the penalty incurred for a serious crime. The penalty incurred for a petty offence is *cardinally* or *non-comparatively disproportionate* if it is *intrinsically* too severe. In other words, ordinal proportionality means that the penalties incurred should be graduated according to the gravity of the offence; cardinal proportionality means that the penalties incurred should correspond to the gravity of the offence. Hart does not defend cardinal proportionality. As he explains:

what is required is not some ideally appropriate relationship between a single crime and its punishment, but that on a scale or tariff of punishments and offences, punishments for different crimes should be “proportionate” to the relative wickedness or seriousness of the crime. For though we cannot say *how* wicked any given crime is, perhaps we can say that one is *more* wicked than another and we should express this ordinal relation in a corresponding scale of penalties⁸.

Hart rejects cardinal proportionality for the following reasons: we cannot measure either the gravity or suffering in the absence of units of either; we cannot say how serious any given crime is; there is no natural relationship between the gravity of an offence and punishment of a certain degree, so that we can say the latter naturally “fits” the former, etc.⁹

Although Hart defends the principle of ordinal proportionality, he recognizes that this principle also raises many issues.

1/ First issue: What is seriousness? How do you establish that an offence is more serious than

6 PR, p. 115-116.

7 A. von Hirsch, “Proportionality in the Philosophy of Punishment”, *Crime and Justice*, vol. 16, 1992, p. 77-78.

8 PR, p. 162.

9 PR, p. 161-162.

another? In his principle of ordinal proportionality, Hart refers to the “commonsense scale of gravity¹⁰”. Hart holds that this scale is based mainly on two factors: the intention of the offender, the harm caused by the offender.

However, criminology showed that the commonsense scale of gravity is more complex than that. The key studies on this topic are those made by Wolfgang and his colleagues. Here is a quick description of their methodology:

The National Survey of Crime Severity was conducted as a supplement to the National Crime Survey over a 6-month period beginning in July 1977. A total of 60,000 persons participated in the survey, each rating the seriousness of 25 specific criminal events. Twelve different forms were used, each with a different set of items, so that the total of items scored was 204. Some items appeared on more than one form, and five practice items appeared on all of the forms:

“A person steals a bicycle parked on the street.” (Assigned a score of 10 as a starting point [...].)

“A person robs a victim. The victim is injured but not hospitalized.”

“A person under 16 years old plays hooky from school.” (received the lowest score)

“A person stabs a victim to death.”

“A person plants a bomb in a public building. The bomb explodes and 20 people are killed.” (received the highest severity score)

The persons interviewed were all 18 years of age or older and were members of households that composed half of the National Crime Survey (NCS) sample¹¹.

What are the results of this study? Firstly, this study confirms that intention and harmfulness are important factors. “*A person plants a bomb in a public building. The bomb explodes and one person is killed*” (seriousness score = 43,9) is less serious than “*A person plants a bomb in a public building. The bomb explodes and 20 people are killed*” (= 72,1) but is more serious than “*A person plants a bomb in a public building. The bomb explodes but no one is injured*” (= 24,5). “*A person kills a victim by recklessly driving an automobile*” (= 19,5) is less serious than “*A person intentionally injures a victim. As a result, the victim dies*” (= 35,6).

However, the study also shows that other factors are involved. One of them is the type of

¹⁰ PR, p. 25.

¹¹ M.E. Wolfgang, R.M. Figlio, P.E. Tracy, S.I. Singer, *The National Survey of Crime Severity*, U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, 1985, p. vi.

victim. “*A man beats his wife with his fists. She requires hospitalization*” (seriousness score = 18,3) is less serious than “*A parent beats his young child with his fists. The child requires hospitalization*” (= 22,9) and “*A teenage boy beats his father with his fists. The father requires hospitalization*” (= 7,9) is less serious than “*A teenage boy beats his mother with his fists. The mother requires hospitalization*” (= 15,9). As Wolfgang and his colleagues summarize: “The more vulnerable or weaker the victim is viewed as compared to the offender, the greater the severity of the act even though the physical injury is stated in the stimulus as invariant¹².”

Another factor is the use or type of weapon. “*A person, armed with a lead pipe, robs a victim of £10. No physical harm occurs*” (seriousness score = 7,5) is less serious than “*A person robs a victim of £10 at gunpoint. No physical harm occurs*” (= 9,4) but is more serious than “*A person, using force, robs a victim of £10. No physical harm occurs*” (= 5,1). Let me quote again Wolfgang and his colleagues: “the gravity of the perceived injury seriousness varies strongly and directly as weapon type progresses from fists to lead pipe, knife, gun, and terrorist bomb, even though the extent of the actual injury incurred by the victim is held constant by explicit definition in the item stimulus¹³.”

Hart could perfectly recognize this point. Indeed, he notes in 1985 that the notion of gravity *used by the Courts* (which may correspond to the commonsense notion of gravity, since the notion of cause used by the Courts is, according to Hart and Honoré, the commonsense notion of cause) does not depend solely on intention and harmfulness:

the Courts often purport to be guided by a “tariff” range of sentences loosely grading punishments according to the “gravity” of different kinds of offence and different instances of the same offence. But this by no means coincides with grading punishment according to deserts. [...] the “gravity” to which the Courts claim to make their punishments proportionate comprises much besides moral culpability or wickedness of conduct. It includes such matters as the prevalence of the type of offence committed, the social disapproval felt for an offence, the alarm caused by it, the amount of harm done, even when unintended. The inclusion of such factors only tenuously, if at all, related to the moral blameworthiness of an offender blurs the retributive picture of giving offenders their deserts¹⁴.

12 M.E. Wolfgang, R.M. Figlio, P.E. Tracy, S.I. Singer, *The National Survey of Crime Severity*, op. cit., p. 30.

13 M.E. Wolfgang, R.M. Figlio, P.E. Tracy, S.I. Singer, *The National Survey of Crime Severity*, op. cit., p. 28.

14 H.L.A. Hart, “Arthur Rupert Neale Cross, 1912-1980”, *Proceedings of the British Academy*, 70, 1984, p. 425.

Hart notes that in many legal systems, the maximum penalty for an attempt is less severe than the maximum penalty for a completed crime. Likewise, criminal negligence which has a fatal outcome is usually punished more severely than the same negligence which does not cause death. How is this to be justified? “Why should the accidental fact that an intended harmful outcome has not occurred be a ground for punishing less a criminal who may be equally dangerous and equally wicked¹⁵?” Similarly, “it is very difficult to see that where two persons are guilty of equally negligent conduct the immorality differs because in one case some specific form of unforeseen harm unfortunately eventuates and in the other it does not¹⁶”.

In fact, the explanation is very simple. For common sense, there is a difference in seriousness between attempt and completed crime, between fatal negligence and non-fatal negligence: one is less harmful than the other and in our comparative judgements of seriousness, we take into account the harm caused.

In *Causation in the Law*, Hart & Honoré give a similar example. Let us imagine that the accused failed to achieve his objective in the manner contemplated, but owing to some coincidence the intended harm is brought about (for example, X pulls out his gun and is about to shoot Y but lightning strikes Y and kills him instantly). Should the accused be punished less severely? Hart & Honoré answer in the affirmative:

the plain man's sense of justice refuses to identify what he has done with a crime successfully completed in the manner contemplated. The upshot seems too extraordinary or too dependent on another's volition to be the “doing” of the accused. To this obstinate sense of a difference the law should defer by treating less severely the anomalous case and it may do so normally without diminishing its deterrent force. [...] How abnormal, coincidental, or unexpected the manner of upshot must be to require a different penalty in deference to the sense of justice is not susceptible of precise definition¹⁷.

Secondly, Wolfgang's study confirms the result of previous studies that there is strong agreement among people as to the *ordering* of offences on a scale from least to most grave.

¹⁵ *PR*, p. 131.

¹⁶ *MCL*, p. 51-52.

¹⁷ *CIL*, p. 397.

Hart is right to argue that “for all social moralities certain major evaluations hold good¹⁸”. As noted by A. von Hirsch, the ordering of offences according to seriousness was not a problem in the elaboration of the sentencing guidelines in some American states, and criticisms of the sentencing guidelines were not directed at this¹⁹.

Thirdly, this study showed that there is less agreement among people regarding the *scoring* of the seriousness of an offence:

the greatest difference in the observed magnitude of responses was reported with race specific to serious injury offenses. Nonwhites generally exhibited lower scores than whites. Other significant differences existed by education, occupation, and victimization. The difference was in the expected direction in that lower income, occupation, and education groups produced lower scores, again mainly for serious injury offenses²⁰.

For instance, the perceived seriousness for a single death due to injury is 845 for Whites, *versus* 413 for Blacks; 1024 for white collars, *versus* 552 for farmers; 370 for not educated people, *versus* 1124 for highly educated people; 722 for not victimized persons, *versus* 1024 for victimized persons, etc.

2/ Second issue: What is severity? How do you establish that a penalty is more severe than another? At first sight, the answer is very simple. If the penalty is a fine, the higher the fine, the more severe the penalty: a £1000 fine is more severe than a £10 fine. If the penalty is imprisonment, the longer the term of imprisonment, the more severe the penalty: 6 months of imprisonment is less severe than 15 years of imprisonment.

However, this answer is too simple. Firstly, is a huge fine more severe than short-term imprisonment? Can we answer this question without taking into account the personality of the offender? For instance, a huge fine is more severe than short-term imprisonment for a poor repeat offender, but the opposite is true for white collars. As Bentham explains:

The same *nominal* punishment is not, for different individuals, the same *real* punishment. Let the punishment in question be a fine: the sum that would not be felt by a rich man, would be

18 *PR*, p. 171.

19 A. von Hirsch, “Proportionality in the Philosophy of Punishment”, *art. cit.*, p. 81.

20 M.E. Wolfgang, R.M. Figlio, P.E. Tracy, S.I. Singer, *The National Survey of Crime Severity*, *op. cit.*, p. 77.

ruin to a poor one. The same ignominious punishment that would fix an indelible stigma upon a man of certain rank, would not affect a man of a lower rank. The same imprisonment that would be ruin to a man of business, death to an old man, and destruction of reputation to a woman, would be as nothing, or next to nothing, to persons placed in other circumstances²¹.

One possible answer would be to say that we are at the legislative level and that the severity of penalties is measured with reference to an “average” or “standard” person. However, does it make sense to measure the severity of penalties with reference to an “average” person if offenders are not in general “average” people?

Secondly, the severity of a prison sentence depends on the prison in which the offender is incarcerated: six months in an overcrowded, unsanitary and violent prison may be more severe than three years in a well-maintained, quiet prison. Again, it could be answered that we are at the legislative level and that the severity of prison sentences is measured with reference to “average” or “standard” prisons.

Thirdly, the assumption that severity of punishment is linear with the duration of imprisonment is naïve. As Robinson & Darley explain, a “short sentence will be experienced as more aversive than a much longer sentence that is equally aversive at the beginning but less so at the end²²”. This is due to what Kahneman calls “duration neglect”: duration contributes little to the remembered experience of pain. Participants subjected 1/ to a short and intense pain and 2/ to the same pain, but followed by a less intense pain, paradoxically prefer to repeat the longer experience²³.

Again, if Hart relies on the common sense scale of gravity, he could also rely on the common sense scale of severity: it has been less studied, but the results are broadly similar: strong consensus on relative severity, significant variability on absolute severity²⁴.

3/ Third issue: We need an “anchoring point²⁵”. As Hart explains: “even if it were possible to

21 J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, London: Robert Heward, 1830, p. 37.

22 P.H. Robinson, J.M. Darley, “Does Criminal Law Deter? A Behavioural Science Investigation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n° 2, 2004, p. 190.

23 P.H. Robinson, J.M. Darley, “Does Criminal Law Deter? A Behavioural Science Investigation”, *art. cit.*, p. 189-190.

24 P. Tremblay, S. Gravel, M. Cusson, “Équivalences pénales et solutions de rechange à l’emprisonnement: la métrique pénale implicite des tribunaux criminels”, *Criminologie*, vol. 20, n° 2, 1987, p. 69-88.

25 A. von Hirsch, “Proportionality in the Philosophy of Punishment”, *art. cit.*, p. 77-78.

arrange all crimes on a scale of relative seriousness, our starting point or base of comparison must be a crime for which a penalty is fixed otherwise than by comparison with others²⁶.” This problem was also encountered by Wolfgang and his colleagues: they arbitrarily assigned a score of 10 as a starting point to “A person steals a bicycle parked on the street”.

How can we fix this penalty fixed otherwise than by comparison with others? Tradition can be our starting point: “We must start somewhere, and in practice the starting point is apt to be just the traditional or usual penalty for a given offence²⁷.” However, this starting point must be refined by utility. For instance, the traditional penalty for murder in the fifties was the death penalty. But is the death penalty needed to prevent murder? Hart argues that it is not needed. Are long sentences of imprisonment necessary? Hart denies it: “even where there is no death penalty, extended sentences of imprisonment are not in fact necessary for the public safety. Only one of the murderers whose sentence of death had been commuted to imprisonment and had been released is known to have committed a murder in England in this century²⁸.” Thus, if the penalty for murder is our point of reference, this penalty should not be “longer than ten years [...] except under the most extreme circumstances²⁹”.

4/ Fourth issue: We need to space the penalties. Let us suppose that the penalties incurred for murder, rape and car theft are respectively 10 years, 9 years and 8 years of imprisonment. Is ordinal proportionality respected? In a sense, it is respected: the more serious the offence, the more severely it is punished. However, in another sense, it is not respected: the difference of gravity between these three offences is not expressed by this scale. Car theft appears to be almost as serious as rape, but rape is much more serious. But how much more serious? Twice as serious? Five times more serious? Ten times more serious?

Here, Wolfgang's study could help. It explains that, for instance, “[t]he killing of 20 people by bombing a building is judged to be 71 times more serious than the theft of £1, while the killing of one person is about 36 times more serious than the theft of £1³⁰”. However, how can we reflect the fact that the killing of 20 people by bombing a building is 71 times more serious than the theft of £1, given that it is very difficult to measure the severity of a sentence?

26 *PR*, p. 162.

27 *PR*, p. 162.

28 *PR*, p. 64.

29 *PR*, p. 63.

30 M.E. Wolfgang, R.M. Figlio, P.E. Tracy, S.I. Singer, *The National Survey of Crime Severity*, *op. cit.*, p. 46.

Given all the difficulties of ordinal proportionality, I understand why Hart insisted on its “roughness”:

No doubt if we consider *types* of crime — average cases — only loosely representative of actual individual crimes, a rough approximation can be made to the idea of adapting the severity of punishment to the different “culpability” or seriousness of different offences. We can lay down a few rough discriminations between intentional and unintentional injury [...]. We shall consider later the social purpose of such a rough conventional tariff. But it is well to remember its roughness³¹.

The legislator's mission is not to build a perfect scale, but to *avoid gross disproportions*: murder is more serious than rape, therefore the penalty incurred for murder must be more severe; rape is *much* more serious than car theft, therefore the penalty incurred for rape must be *much* more severe (according to our current social conventions)³².

2. Humanity: no one shall be subjected to inhuman or degrading punishment

At the legislative level, decisions are made not only on the quantity of punishment, but also on the quality of punishment. (In fact, before fixing the quantity, we have to fix the quality.) The legislator can decide that the maximum penalty for murder will not be the death penalty but life imprisonment. Should we exclude certain penalties in advance?

Some of Hart's assertions seem to go in this direction. In “Murder and the Principles of Punishment” (1957) Hart explains that there are ethical limits to the pursuit of the utilitarian

31 *PR*, p. 162-163. Also: “The guiding principle is that of a proportion within a system of penalties between those imposed for different offences where these have a distinct place in a commonsense scale of gravity. This scale itself no doubt consists of very broad judgements both of relative moral iniquity and harmfulness of different types of offence: it draws rough distinctions like that between parking offences and homicide [...]” (*PR*, p. 25.) Also: “we also limit punishments in order to maintain a scale for different offences which reflects, albeit very roughly, the distinction felt between the moral gravity of these offences.” (*PR*, p. 80.) Also: “the conception of the relative moral gravity of different offences is far from simple, and some of its difficulties and the compromises involved in the rough recognition of it as a determinant of the severity of punishment in English courts were explored in the fifth and seventh of these essays.” (*PR*, p. 234.)

32 This is close to Morris' view that sentences should not be deserved, but rather should be “not undeserved”: indeed, we will often agree that a particular sentence is clearly undeserved (too harsh, too lenient), but we will rarely agree that a particular sentence is clearly deserved. See N. Morris, *Madness and the Criminal Law*, Chicago: University of Chicago Press, 1983, p. 179-209.

goal and writes: “Some punishments are ruled out as too barbarous or horrible to be used whatever their social utility³³ [...]” In “Prolegomenon to the Principles of Punishment” (1959) he says that “we try to educate people out of their preference for savage penalties³⁴”. In “Punishment and the Elimination of Responsibility” (1961) he writes that human society is a society of persons and that the law should treat human beings as persons, not “merely as alterable, predictable, curable, or manipulable things³⁵”. In *Law, Liberty and Morality* (1962), he argues that “the exclusion of torture or cruel punishments may represent other values with which we may wish to compromise, and our compromise with them may restrict the extent to which we pursue the main values which justify punishment³⁶”. Finally, in “Beccaria and Bentham” (1964), Hart explains that one important difference between Beccaria and Bentham is that “there is in Beccaria a respect for the dignity and value of the individual person which is absent in Bentham³⁷”. He says that Bentham’s speculations have sometimes “an almost inhuman flavour; as if he was concerned with manipulable and predictable animals or machines — pleasure and pain machines — rather than men³⁸”. He quotes Beccaria who says that “[t]here is no freedom when the laws permit a man in some cases to cease to be a *person* and to become a *thing*³⁹”. He explains that for Beccaria, “what may be done in the name of utility should be limited by consideration of what befits the dignity of a man⁴⁰”. Finally, he supports Beccaria’s claim because Beccaria understood, unlike Bentham, “the moral importance of the fact that humanity is divided into separate individual persons⁴¹”.

I have chosen to sum up these scattered remarks using the following principle: no one shall be subjected to inhuman or degrading punishment. But what is meant by “inhuman or degrading punishment”? A very convincing answer, based on ordinary language, is given by Waldron in “Inhuman and Degrading Treatment: The Words Themselves”. His first semantic thesis is that an inhuman treatment (whether punitive or not) is a treatment that cannot be endured because it deprives the person suffering it of human basic needs:

33 *PR*, p. 80.

34 *PR*, p. 21.

35 *PR*, p. 183.

36 *LLM*, p. 37-38.

37 *EB*, p. 50.

38 *EB*, p. 50-51.

39 C. Beccaria, *On Crimes and Punishments and Other Writings*, trans. R. Davies, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, chap. XX, p. 50.

40 *EB*, p. 51.

41 *EB*, p. 52.

I think that “inhuman treatment” in the victim-oriented sense refers to treatment which cannot be endured in a way that enables the person suffering it to continue the basic elements of human functioning such as self-control, rational thought, care of self, ability to speak, and so on. [...] Treatment may be described as inhuman if it fails in sensitivity to the most basic needs and rhythms of a human life: the need to sleep, to defecate or urinate, the need for daylight and exercise, and perhaps even the need for human company⁴².

His second semantic thesis is that a degrading treatment (whether punitive or not) is a treatment that reduces the person suffering it from a higher to a lower rank. Thus, the idea of a degrading treatment presupposes that there is a socially accepted *hierarchy* between beings: human beings are superior to animals, animals are superior to things, etc. Waldron gives four examples of degrading treatment: bestialization, instrumentalization, infantilization, demonization.

Thus, an inhuman punishment is a punishment that cannot be borne by the convicted person because it hinders his basic needs, which are essential to his physical and moral integrity; a degrading punishment is a punishment that lowers the convicted person to a lower rank.

3. Equality of treatment: treat like cases alike and different cases differently

Once the legislator has excluded inhuman or degrading punishments and established a rough conventional tariff (concerning maximum penalties), how should sentences be chosen *at the judicial level*? Do judges have the obligation to apply systematically the maximum penalty?

The first principle for sentencers is that offenders should not be treated differently if there is no relevant difference between them. This is indisputably a requirement of justice or fairness between offenders. For instance, a Black rapist should not be punished more severely than a White rapist, just because he is Black.

Of course, as Hart explains, this principle is not very helpful. It “cannot afford any

42 J. Waldron, “Inhuman and Degrading Treatment: The Words Themselves”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. XXIII, n° 2, 2010, p. 280.

determinate guide⁴³ to sentencers. Firstly, it does not establish what differences are relevant or irrelevant: The amount of harm done? The wickedness of the crime? The dangerousness of the offender? Disagreement is possible and common on this subject: “Fundamental differences, in general moral and political outlook, may lead to irreconcilable differences and disagreement as to what characteristics of human beings are to be taken as relevant⁴⁴ [...].” Secondly, it does not establish how offenders should be treated, i.e. the nature of their treatment: Should they be punished by imprisonment? Punished by fine? Pardoned? Disagreement is also possible and common on this subject.

This principle is formal: it only states that if an offender is treated in a certain way, other offenders should be treated alike unless there is a relevant difference between them. We can even go further: if an offender is treated in a certain way, *other offenders are entitled to be treated alike* unless there is a relevant difference between them. As Hart writes: “human beings are entitled to be treated alike and [...] differences of treatment require more to justify them than just an appeal to the interests of others⁴⁵.” Equality of treatment is a moral right⁴⁶.

This principle is formal but is not “normatively inert⁴⁷”. As Rawls writes: “the precept that like decisions be given in like cases significantly limits the discretion of judges and others in authority. The precept forces them to justify the distinctions that they make between persons by reference to the relevant legal rules and principles⁴⁸.” One of the implications of this principle is that differences of treatment must be justified by the punishing authorities. If a Black rapist is punished more severely than a White rapist, he is entitled to explanations, and if good explanations are not given, he is entitled to challenge the decision. In other words, the Courts have a duty to *state their reasons* for particular sentences. (In France, “la motivation des peines” have only recently been declared as an obligation by the Constitutional Council.) Hart's colleague, Rupert Cross, thought that the articulation of reasons was useless. But as Hart explains: “but others have since argued cogently that only by forcing judges to articulate their reasons, including the moral judgments by which their sentenced are

43 CL, p. 159.

44 CL, p. 161.

45 CL, p. 200. See also CL, p. 159, p. 162.

46 “All persons are deemed to have a *right* to equality of treatment, except when some recognized social expediency requires the reverse.” (J.S. Mill, *Utilitarianism and On Liberty*, Second Edition, Blackwell Publishing, 2003, p. 234.)

47 I borrow this expression from J. Gardner, “Legal Positivism: 5½ Myths”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, n° 1, 2001, p. 202-203.

48 J. Rawls, *A Theory of Justice*, Revised Edition, Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 209.

influenced, are we likely to get a clear understanding of the principles and preferences upon which their sentencing is based.⁴⁹” What Hart forgets to say is that the articulation of reasons is not only useful (for instance for researchers), but also *due to* offenders (when they are treated differently).

4. Individualization: sentences should be individualized without exceeding the maximum penalty

Hart holds that the choice of the sentence should be guided by the goal of crime reduction and respect the legal maximum. A similar combination is quickly mentioned at the end of the postscript of *Punishment and Responsibility*: “many self-styled retributivists treat appropriateness to the crime as setting a maximum within which penalties, judged most likely to prevent the repetition of the crime by the offender or others, are to be chosen⁵⁰.”

Hart remarks that English judges tend to think in terms of “just deserts”, not in forward-looking terms: “until the turn of the century there was nothing to place on our judges the duty of choosing penalties designed for reform or rehabilitation, or of adapting the punishment in any other way to the needs or potentialities of the criminal⁵¹.” This is something Hart deplores. It is natural that judges choose desert-based sentences, because they usually do not understand the social conditions and psychology of criminals, the methods and aims of new penal measures, the relevant social sciences, etc. However, “though natural it does not follow that this is as it should be⁵²”. Hart is very critical of desert-based sentences:

So undoubtedly there is, for modern minds, something obscure and difficult in the idea that we should think in choosing punishment of some right intrinsic relation which it must bear to the wickedness of the criminal's act, rather than the effect of the punishment on society and on him. [...] the obscure notions of fitness, equivalence, or proportion to the act done seem to turn our thoughts uselessly in the wrong direction. Even Plato thought that looking back to the past deed (except as a symptom indicating what was likely to cure or prevent) was irrational⁵³.

49 H.L.A. Hart, “Arthur Rupert Neale Cross, 1912-1980”, *art. cit.*, p. 427.

50 *PR*, p. 237.

51 *PR*, p. 164.

52 *PR*, p. 169.

53 *PR*, p. 163.

Against Rupert Cross who holds that the infliction of punishment in accordance with deserts is justified even if it is more severe than what is required for the reduction of crime, Hart argues that inflicting punishment beyond that required for the reduction of crime is to play the role of the Deity⁵⁴. He repeatedly states in *Punishment and Responsibility* that nothing can justify our using penalties more severe than what requires the goal of crime reduction⁵⁵.

Thus, there are two kinds of maximum. The judge must stay below the utilitarian maximum, and if the utilitarian maximum requires going beyond the legal maximum, the judge must stay below the legal maximum: “the utilitarian position, to be plausible, must be regarded as a claim to the *outer* limits of punishment; as fixing a *maximum* beyond which punishment is not justified⁵⁶.”

However, it is well known that the goal of crime reduction is ambiguous: should punishment be aimed at the prevention of recidivism (special prevention) or the prevention of first offences (general prevention)? These two sub-objectives may conflict: “Penalties which we believe are required as a threat to maintain conformity to law at its maximum may convert the offender to whom they are applied into a hardened enemy of society; while the use of measures of Reform may lower the efficacy and example of punishment on others⁵⁷.”

In a note, Hart makes a concession to Wootton: “since we know so little of the effect on potential offenders of punishment of the guilty, we should normally give priority in the choice of sentence to the likely effect of a particular decision upon the offender⁵⁸.” Now, the priority of special prevention means individualisation of punishment: punishments must be adapted to the individual in order to prevent recidivism. However, though we should *normally* give priority to special prevention, it does not follow that we should *always* give priority to special prevention. For instance, if a trial is highly publicized, we may give priority to general prevention and inflict a very severe punishment (though below the legal maximum) to the offender in order to make an impact on people's minds. (More on this point below.)

54 H.L.A. Hart, “Arthur Rupert Neale Cross, 1912-1980”, *art. cit.*, p. 424. Compare with Mill: “it is not just, at least for man, to inflict on a fellow-creature, whatever may be his offences, any amount of suffering beyond the least that will suffice to prevent him from repeating, and others from imitating, his misconduct.” (J.S. Mill, *Utilitarianism*, *op. cit.*, p. 229.)

55 *PR*, p. 11, p. 81, p. 172.

56 *PR*, p. 79-80.

57 *PR*, p. 27.

58 *PR*, p. 241.

Individualization is of course a difficult task: “we need all the resources of reason, experience and science; we cannot here be guided by our intuitions; we cannot know by looking only at what the criminal has done, what should be done to him⁵⁹.” It requires the scientific education of judges⁶⁰. However, criminological or penological expertise is not sufficient, moral judgment is also necessary:

With us the task of sentencing in criminal cases is the one that seems most obviously to demand from the judge the exercise of moral judgment. Here the factors to be weighed seem clearly to be moral factors: society must not be exposed to wanton attack; too much misery must not be inflicted on either the victim or his dependants; efforts must be made to enable him to lead a better life and regain a position in the society whose laws he has violated. To a judge striking the balance among these claims, with all the discretion and perplexities involved, his task seems as plain an example of the exercise of moral judgment as could be; and it seems to be the polar opposite of some mechanical application of a tariff of penalties fixing a sentence careless of the moral claims which in our system have to be weighed. So here intelligent and rational decision is guided however uncertainly by moral aims⁶¹.

Does individualization conflict with equality of treatment? Hart denies it:

the somewhat hazy requirement that “like cases be treated alike” [...] is certainly felt to be infringed at least when the ground for different punishment for those guilty of the same crime is neither some personal characteristic of the offender connected with the commission of the crime nor the effect of punishment on him⁶².

If an offender has a stable job and a family, it is a relevant difference with an offender who is jobless and has no family; if an offender does not need to be severely punished to stop breaking the law, it is a relevant difference with an offender who does need to be severely punished to stop breaking the law. As Saleilles explains in his book on individualization, the

⁵⁹ *PR*, p. 160.

⁶⁰ “it is still necessary and salutary in England to plead [...] for more whole-hearted recognition of the obvious implications of a sentencing policy aimed primarily at the prevention of crime. Certainly if the responsibility for sentencing is to be left to the courts the efficiency of judicial sentencing should be improved by the provision of both some instruction in penology and as much relevant information as the still imperfect prediction studies and the follow-up of particular case-histories can provide.” (H.L.A. Hart, “Review: Barbara Wootton, *Crime and the Criminal Law*”, *The Yale Law Journal*, vol. 74, n° 7, 1965, p. 1326-1327.)

⁶¹ *EJP*, p. 70.

⁶² *PR*, p. 24.

equality that justice demands is not an equality of treatment for the same offence:

the equality that justice demands is an equality of treatment for the same established degree of criminality. But how can one establish any comparison between the insensitiveness of the recidivist, hardened to prison life, a total stranger to the exciting emotions of a first sentence, and the keen impressionability of the first offender upon contact with his cruel and humiliating fate⁶³ [...].

II. The justification of Hart's principles concerning the quality/quantity of punishment

Just like Hart's defence of his rule of responsibility reflects his moral pluralism, his defence of the aforementioned principles is also based on his moral pluralism.

1. The justification of ordinal proportionality

Justifying ordinal proportionality means justifying at least two things: justifying the action of the legislature fixing maximum penalties, justifying the proportionality of the maximum penalties.

a) Maximum penalties

In "Two Concepts of Rules", Rawls holds that the institution of punishment works like a price system: "by altering the prices one has to pay for the performance of actions it supplies a motive for avoiding some actions and doing others⁶⁴." He then argues that if the penalties incurred were indeterminate, the institution of punishment would "have about as much point as a price system (if one may call it that) where the prices of things change at random from day to day and one learns the price of something after one has agreed to buy it⁶⁵".

However, I think that a utilitarian case for indetermination can be made. In 2004, Baker, Harel

63 R. Saleilles, *The Individualization of Punishment*, trans. R.S. Jastrow, Boston: Little, Brown, and Company, 1911, p. 59.

64 J. Rawls, "Two Concepts of Rules", *The Philosophical Review*, vol. 64, n°1, 1955, p. 12.

65 J. Rawls, "Two Concepts of Rules", *art. cit.*, p. 12.

& Kugler made an experiment showing that predictability in punishment is inefficient⁶⁶. Here is a quick summary of their experiment: the participants had the choice between receiving £8 (option A) or receiving £14 with a risk of being caught and required to pay a fine (option B); the size of the fine was in some cases certain, in other cases uncertain. One of the results of the experiment is that the more uncertain the size of the fine, the more people avoid option B. According to the authors of the experiment, this result can be partly explained by the “aversion to ambiguity”. The results are not very surprising: if I know that the worst thing that can happen to me is a £5,000 fine, I may take the risk; however, if I do not know what is the worst thing that can happen to me, if everything is possible, I may not take the risk.

Baker, Harel & Kugler argue that the criminal law should exploit the deterrent virtues of uncertainty and that sentencing lotteries are desirable from a utilitarian point of view. They give the example of Rudolph Giuliani who created “a program in which one day was chosen at random each week when all street level drug dealers apprehended by local authorities would be prosecuted in federal court and consequently subjected to harsher sanctions⁶⁷”.

Thus, maximum penalties are not necessarily entailed by utilitarianism. However, Hart has every argument to justify it. In “Legal Responsibility and Excuses”, he makes like Rawls a “mercantile analogy⁶⁸”: instead of considering the criminal law as “a system of stimuli goading the individual by its threats into conformity⁶⁹”, we should regard it as a “*choosing* system⁷⁰” in which individuals can find out the costs they have to pay if they act in certain ways. This mercantile analogy would be impossible if there were no maximum penalties specifying the worst that can happen to us.

If you want to treat individuals, including potential criminals, as autonomous agents, it is necessary to set out maximum penalties: the criminal law has to “guide individuals’ choices as to behaviour by presenting them with reasons for exercising choice in the direction of obedience, but leaving them to choose⁷¹.” Thanks to maximum penalties, the individual “can

66 T. Baker, A. Harel, T. Kugler, “The Virtues of Uncertainty in Law: An Experimental Approach”, *Faculty Scholarship*, n° 701, 2004, p. 443-487.

67 T. Baker, A. Harel, T. Kugler, “The Virtues of Uncertainty in Law: An Experimental Approach”, *art. cit.*, p. 472. On this point, see also D.H. Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 28.

68 *PR*, p. 44.

69 *PR*, p. 44.

70 *PR*, p. 44.

71 *PR*, p. 44.

weigh the cost to him of obeying the law — and of sacrificing some satisfaction in order to obey — against obtaining that satisfaction at the cost of paying ‘the penalty’⁷². Thanks to maximum penalties, “the criminal law respects the claims of the individual as such, or at least as a *choosing being*, and distributes its coercive sanctions in a way that reflects this respect for the individual⁷³”.

Moreover, without maximum penalties, “our power of predicting what will happen to us will be immeasurably diminished⁷⁴”, in other words our individual freedom (the opinion one has of one’s security) will be immeasurably diminished.

Finally, we have to give a “fair warning” of the punishment incurred in the event of an offence. As Hart would say, the objection to “penal lottery” normally would be couched as the insistence that it is *unfair* to threaten someone with punishment without specifying the nature and quantum of the punishment⁷⁵.

Autonomy, freedom, justice: three values to which Hart is attached and which the criminal justice system reflects by setting, at least approximately, the price to be paid for a particular type of offence.

b) Proportional maximum penalties

In this sub-section, I will present Bentham’s interpretation of ordinal proportionality. Then, I will examine the criticism of the utilitarian justification of ordinal proportionality. Finally, I will analyse Hart’s arguments in favour of ordinal proportionality.

i) Bentham

According to Bentham, the more mischief an offence tends to produce, the more severely it should be punished. Whatever the punishment for five blows, the punishment for ten blows

⁷² *PR*, p. 47.

⁷³ *PR*, p. 49.

⁷⁴ *PR*, p. 47.

⁷⁵ *PR*, p. 77. See also: “we may punish only people who have faced the threat of punishment; justice requires giving people advance warning that they face a penalty for certain acts. This is a basic element of due process and legality.” (E.I. Kelly, *The Limits of Blame*, *op. cit.*, 2018, p. 133.)

should be more severe⁷⁶. Bentham explains that the mischief of the act can be divided into two shares or parcels: the primary mischief (sustained by assignable individuals) and the secondary mischief (extending over the whole community). The primary mischief and the secondary mischief can again be divided into two branches. The primary mischief includes the original mischief (suffered by the direct victims) and the derivative mischief (suffered by the indirect victims). The secondary mischief includes the alarm (the apprehension of suffering the primary mischief) and the danger (the risk of suffering the primary mischief)⁷⁷.

Let us imagine that someone attacks you on the road and steals your money and your car. The mischief of this act can be represented using the following table:

Mischief			
Primary mischief		Secondary mischief	
Original mischief	Derivative mischief	Alarm	Danger
You have lost your money and your car. You have been victimized and you are in shock.	You can no longer meet the person with whom you had an appointment, who has come for nothing. You can no longer pay rent to the owner, who needs the money.	This story makes the headlines in the regional press. The people who use this road every day are afraid of being attacked and of being victimized in turn.	The police are corrupt and take their share of the loot. People who use this road are really at risk of being attacked.

Why an involuntary blow is punished less severely than an intentional blow, when in both cases, *at first glance*, the mischief is the same? According to Bentham, an involuntary blow is much less mischievous than an intentional blow. Indeed, an involuntary blow does not cause any secondary mischief: there is nothing in this event that can give other people the least reason to apprehend anything on the part of the man who gave the involuntary blow⁷⁸.

Similarly, an act of violence committed in order to steal should be punished more severely

⁷⁶ This example is given by Bentham himself, see J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, in *The Works of Jeremy Bentham*, Volume One, New York: Russell & Russell, 1962, p. 88, note.

⁷⁷ J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op. cit.*, p. 69.

⁷⁸ J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op. cit.*, p. 74.

than the same act of violence committed in order to take revenge, because the first act of violence produces more mischief than the second. Indeed, the risk of recidivism (and therefore the risk of pain) is much greater in the first case than in the second: "No man is always in a rage. But, at all times, every man, more or less, loves money⁷⁹."

Thus, contrary to what one might think, Bentham takes into account the state of mind of the offender in the gradation of penalties, because punishment must be commensurate with the mischief produced, and the mischief produced by an act varies according to the state of mind in which it was committed.

What is the rationale of ordinal proportionality? According to Bentham, it is a corollary of the goal of the utilitarian legislator, which is to induce the individual "to commit an offence *less* mischievous, *rather* than one *more* mischievous: in other words, to choose always the *least* mischievous of two offences that will either of them suit his purpose⁸⁰". Let us imagine that a burglar has the choice between 1/ killing a person and then robbing him or 2/ threatening a person and then robbing him. If the two crimes are punished in the same way, then it is more "rational" to kill the person than to threaten him, since in this way an embarrassing witness is eliminated and the risk of being disarmed is reduced. If violent robbery is punished more severely than non-violent robbery, the burglar is induced, according to Bentham, to prefer non-violent robbery. An analogy could be made with wages: if the wage for difficult work requiring long studies, e.g. a surgeon, is the same as the wage for less difficult work requiring little education, e.g. a car park attendant, society may be short of surgeons.

ii) The criticism of Bentham

After presenting Bentham's interpretation of the principle of proportionality, Hart writes:

The general trend of Bentham's complex utilitarian interpretation of the proportionality of punishments, including his careful provision of lower punishment as an incentive to commit a less rather than a more serious offence, was markedly humane in favouring far less severity than most of the legal systems of his day. None the less his argument leads, at points, to conclusions which would be welcomed by few even among those who shared his reforming

79 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op. cit.*, note.

80 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op. cit.*, p. 86.

aims and were as opposed as he was to allowing mere estimates or intuitions of the moral wickedness of an offence to determine the severity of punishment⁸¹.

In what follows, I will explain why Bentham's argument has implications which would be welcomed by few.

1/ Hart insists that for Bentham the principle of proportionality is: "if one kind of crime causes greater suffering than another then a greater penalty may be used, if necessary, to repress it⁸²." The problem is that this is not always necessary: "the point is often made that no greater punishment may be needed to deter a murderer than a robber⁸³ [...]." Indeed, one of the few robust findings from research on general deterrence is that what deters is not the severity of punishment, but the certainty of apprehension⁸⁴.

In *Economic Analysis of Law*, Posner holds (despite his admiration for Bentham) that the principle of "marginal deterrence⁸⁵" (the incentive to substitute less for more serious crimes) may not be that important from an economic standpoint.

Firstly, even if all offences were punished with the same severity, marginal deterrence could be preserved by varying the probability of punishment with the gravity of the offence, that is by reducing uncertainty for serious offences (e.g. offences against persons) and increasing uncertainty for less serious offences (e.g. traffic offences)⁸⁶.

Secondly, marginal deterrence would be uninteresting if all offences were deterred. In other words, a single tariff preventing all offences is better than a gradual tariff preventing only some offences⁸⁷. Bentham seems to be aware of this, since he explains that the first objective of the legislator is to prevent all offences, to manage that no offence is committed. Only if all offences cannot be prevented should the legislator induce individuals to commit an offence

81 H.L.A. Hart, "Bentham's Principle of Utility and Theory of Penal Law", in *The Collected Works of Jeremy Bentham: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. cv.

82 *PR*, p. 15.

83 *PR*, p. 237.

84 D.S. Nagin, "Deterrence in the Twenty-First Century", *Crime and Justice*, vol. 42, n° 1, 2013, p. 201-202.

85 R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Third Edition, Boston: Little, Brown, 1986, p. 208.

86 R. Posner, *Economic Analysis of Law*, *op. cit.*, p. 208, note 2.

87 R. Posner, *Economic Analysis of Law*, *op. cit.*, p. 208.

less mischievous, rather than one more mischievous⁸⁸.

Thirdly, let us imagine that the government wants to reduce the number of murders committed in the course of robberies. One solution would be to sentence all robbers to life imprisonment. This would violate the principle of marginal deterrence and the frequency of violent robberies would be higher. However, there would be far fewer robberies in the first place, and therefore far fewer murders committed in the course of robberies⁸⁹.

As Posner concludes: "Maybe, then, marginal deterrence should not be a very important factor in the design of a schedule of penalties⁹⁰."

Two additional difficulties can be pointed out. 1/ Where Bentham argues that the more mischief an offence tends to produce, the more severely it should be punished, it is not clear whether he considers the offence in isolation or globally. Dangerous driving, when considered in isolation, is less mischievous than murder. However, as Wootton notes, when considered globally, it is more mischievous than murder (or at least as mischievous as murder, for it causes less secondary mischief). In 1961, 299 people were convicted of dangerous driving causing death, five times as many as those convicted of murder⁹¹. Let us make a comparison. A man is less at risk from a mosquito than from a shark. However, each year, mosquitoes cause far more deaths than sharks because of their numbers. That is why it is more rational to fight mosquitoes more vigorously than sharks. Thus, two parameters have to be taken into account: the mischief caused by an offence *and* the frequency of this offence. What matters from a benthamian point of view is the mischief of an offence when considered globally. Therefore, since dangerous driving is at least as mischievous as murder, it should be punished at least as severely as murder.

2/ According to Bentham, punishment must be increased in point of magnitude in proportion as it falls short in point of certainty⁹², in other words uncertainty must be counterbalanced by

88 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op. cit.*, p. 86.

89 R. Posner, *Economic Analysis of Law*, *op. cit.*, p. 208.

90 "Maybe, then, marginal deterrence should not be a very important factor in the design of a schedule of penalties." (R. Posner, "An Economic Theory of the Criminal Law", *Columbia Law Review*, vol. 85, n° 6, 1985, p. 1208.)

91 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, Second Edition, London: Steven & Sons, 1981, p. 49.

92 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op. cit.*, p. 89.

severity: if I have ten out of ten chances of being arrested and punished, a £100 fine is enough to deter me, but if I only have one out of ten chances of being arrested and punished, the fine must be increased to deter me. The problem is that this principle of counterbalancing uncertainty by severity competes with the principle of ordinal proportionality. Let us see why. Generally speaking, the clearance rate for burglary is very low (less than 10%) and the clearance rate for homicide is very high (around 90%). In application of the principle of ordinal proportionality, burglary should be punished less severely than homicide. However, in application of this principle of counterbalancing uncertainty by severity, burglary should be punished as severely or even more severely than homicide, which contravenes the principle of ordinal proportionality. Indeed, let us suppose that the minimum and maximum penalty for burglary is two years of imprisonment: no less, no more is needed to deter burglars when the perceived probability of being arrested is very high and the estimated profit is very high (e.g. several million euros). Since burglars have less than a one in ten chance of being punished, according to Bentham's theory, the penalty should be multiplied at least by ten and burglars should be sentenced to at least twenty years of imprisonment, i.e. the same sentence as for some murderers.

2/ Bentham's argument is based on a certain anthropology, on the idea that the individual calculates, especially before committing an offence: "Men calculate, some with less exactness, indeed, some with more: but all men calculate. I would not say, that even a madman does not calculate⁹³." However, this is unrealistic: "the old Benthamite confidence in fear of the penalties threatened by the law as a powerful deterrent, has waned with the growing realization that the part played by calculation of any sort in anti-social behaviour has been exaggerated⁹⁴." According to Hart, murders are committed to a very large extent by people who either are mentally deranged, or who are sane but do not calculate (fights caused by alcohol that go wrong, crimes of passion, etc.). For Hart, the threats of criminal law rarely operate on Bentham's rationalistic model: they most often function as a goad that makes us pay attention to what we do⁹⁵.

93 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op. cit.*, p. 90.

94 *PR*, p. 1. Also: "We may well think that Bentham's complex doctrines rested on an uncritical belief in the part played by calculation in anti-social behaviour." (*PR*, p. 163.) Also: "Some critics, while sympathizing with Bentham's conception of the general utilitarian aim of a system of criminal law and punishment, reject as quite unrealistic his quasi-economic picture of potential offenders calculating the costs and benefits of law-breaking." (H.L.A. Hart, "Bentham's Principle of Utility and Theory of Penal Law", *art. cit.*, p. civ.)

95 *PR*, p. 134.

3/ Bentham might object that disproportionate punishments will cause more misery than they will prevent. However, this answer is not satisfactory:

Long sentences of imprisonment might effectually stamp out car parking offences, yet we think it wrong to employ them; [...] not because we are convinced that the misery caused by such sentences (which might indeed be slight because they would rarely need to be applied) would be greater than that caused by the offences unchecked (as a Utilitarian might argue).

Thanks to their deterrent power, disproportionate punishments, on balance, will cause less misery than proportionate punishments because they will almost never be inflicted, because they will prevent more crime: it might be better to have one disproportionate punishment inflicted (with the terror and other undesirable consequences that this entails) and fifty crimes prevented than to have ten proportionate sentences inflicted and five crimes prevented.

iii) Hart's arguments

What are Hart's arguments for ordinal proportionality?

1/ The argument from demoralization. Hart argues that if ordinal proportionality is not respected, there is a risk of "confusing common morality or flouting it"⁹⁶. This argument raises at least two problems. The first problem is that Hart denies elsewhere that the law affects moral judgments. He denies it in his writings on the death penalty. For centuries, theft and other minor offences were punishable by death. However, individuals did not consider theft to be as serious as murder. On the contrary, it was the conviction that theft was a less serious offence than murder that led to the abolition of the death penalty for theft: "Hence, if we can draw any inference from this feature of our legal history it is that the moral gradation of offences is not determined by the forms of punishment"⁹⁷.

He also denies it in his writings on the legal enforcement of morality. Some object the decriminalization of suicide on the grounds that it would weaken the moral condemnation of suicide and cause moral opinion to move in a permissive direction. Hart replies, on the basis of empirical studies made by Walker & Argyle after the abolition of the crime of attempted

⁹⁶ *PR*, p. 25.

⁹⁷ H.L.A. Hart, "Should the Death Penalty Be Abolished?", *The Listener*, n° 1403, 19 January 1956, p. 88.

suicide, that there is “an absence of association between moral attitudes and knowledge of the law⁹⁸”.

When Hart does not deny that the law affect moral judgments, he is at least very cautious: “it is obvious that we have here vast generalisations concerning something about which very little is at present known: the creation and maintenance of moral distinctions⁹⁹”.

2/ The argument from unpopularity. Hart argues that if ordinal proportionality is not maintained, there is a risk of “bringing the law into contempt¹⁰⁰” or disrepute and nullifying the criminal law. The “nullification” hypothesis is a plausible hypothesis even if the empirical evidence is thin. However, even if it were to be confirmed, should disproportionate punishments be banned? From a Benthamian perspective, not necessarily. The gains from disproportion would first have to be weighed against the costs of nullification. If nullification results in 100 acquittals but disproportion saves 200 lives, then the balance tips in favour of disproportion.

Moreover, in the last Chapter, I made a distinction between those like Hart who look upon the principle of responsibility from the internal point of view, and those like utilitarians who look upon this principle from the external point of view. Strangely enough, Hart uses here the utilitarian arguments he criticizes elsewhere. If the risk of nullification is the only reason for respecting the principle of proportionality, then we should simply reject the utilitarian reform of the criminal justice system at a later date and, in the meantime, start a vast work of education, explaining to people why proportionality is not in their interest.

3/ The argument from formal justice. Hart tries to derive ordinal proportionality from the principle that like cases should be treated alike (and different cases should be treated differently):

Holmes' objective theory of liability [...] runs counter to some very firm principles of the morality of punishment which hold both that it is less wicked to inflict harm by grossly negligent conduct than to inflict the harm deliberately and that cases so morally disparate as

98 *MCL*, p. 44.

99 H.L.A. Hart, “Should the Death Penalty Be Abolished?”, *art. cit.*, p. 87.

100 *PR*, p. 25.

these should not be punished alike, especially where the punishment is death. For as long as we have the institution of criminal punishment, as distinct from a system of preventive social hygiene, the law should reflect the principle of justice that morally disparate cases should not be punished with the same severity unless there is some overriding moral reason for departing from this principle¹⁰¹.

If different cases are to be treated differently, then the criminal law must treat cases of different gravity differently. This inference is not self-evident. Hart must explain why seriousness is a relevant difference. But how can we establish that a difference is a relevant difference? Hart gives us the following method: “sometimes a consideration of the object which the law in question is admittedly designed to realize may make clear the resemblances and differences which a just law should recognize and they may then be scarcely open to dispute.” In other words, the relevance of a difference must be assessed in light of our objectives.

However, if we use this method, we will not establish the relevance of seriousness, quite the contrary. Indeed, as we saw earlier, ordinal proportionality is not a corollary of the utilitarian objective of crime reduction. Moreover, this method contradicts one of the most important principles of Hart's penal philosophy, namely “that we cannot infer from principles applied in deciding the severity of punishment what the aims of the system of punishment¹⁰²” and vice versa.

4/ The expressivist argument. Hart holds that the scale of punishments *expresses* or *reflects* the legal scale of gravity:

we attach importance to the principle that the moral difference between offences should be reflected in the gradation of legal punishments [...]. There are many reasons why we might wish the legal gradation of the seriousness of crimes, expressed in its scale of punishments, not to conflict with common estimates of their comparative wickedness¹⁰³.

¹⁰¹ *MCL*, p. 51. Also: “principles of justice or fairness between different offenders require morally distinguishable offences to be treated differently and morally similar offences to be treated alike.” (*LLM*, p. 37) Also: “It is indeed important that the law should not in its scale of punishments gratuitously flout any well-marked common moral distinctions. But this is because the claim of justice that ‘like cases should be treated alike’ should always be heard; and where the law appears to depart from common estimates of relative wickedness it should make clear what moral aims require this.” (*PR*, p. 172.)

¹⁰² *LLM*, p. 37.

¹⁰³ *LLM*, p. 36. Also: “we also limit punishments in order to maintain a scale for different offences which reflects, albeit very roughly, the distinction felt between the moral gravity of these offences.” (*PR*, p. 80.)

This observation opens a promising route. By manipulating legal maxima, we indicate our level of tolerance (or society's level of tolerance) for particular types of behaviour. Decreasing the penalty indicates that our tolerance level is increasing, increasing the penalty indicates that our tolerance level is decreasing. When the law punishes this or that behaviour with imprisonment, it sends the message that it no longer treats it as a minor offence, but as a serious crime. Imprisonment has a symbolic meaning: it means that the act for which one is being punished is serious.

Now, let us imagine that the law punishes car theft and rape just as severely. In a way, it puts these two offences on the same level. It does not reflect the fact that the first is less serious than the second. That *in itself* is a problem. If I am liable to imprisonment for a petty offence, the reality is distorted: minor things appear to be serious things. Now, *everything should be recognized at its fair value*.

Again, an analogy could be made with the scoring of essays. If you put 9/20 on a very good essay and 8/20 on a poor essay, the "message" you send is that the first essay is only slightly better than the second (because the scores and the differences between the scores have a conventional meaning), which is unfair. This does not reflect the difference in quality between the two works. Similarly, if rape is punishable by four years in prison and car theft by three years in prison, the "message" that is sent is that rape is only slightly more serious than car theft (because the penalties and the differences between the penalties have a conventional meaning), which is unfair (to the car thief) and revolting (to the rape victims). This does not reflect the difference in gravity between the two acts. As Hart says: "we think it right [...] to mark moral differences between different offenders¹⁰⁴."

It could be argued that this justification of ordinal proportionality is inconsistent with Hart's rejection of expressivist theories of punishment. However, as we have seen in previous Chapters, Hart criticizes only the expressivist *justification* and (to some extent) the expressivist *definition* of punishment. He does not reject expressivist *theories of law*¹⁰⁵. On the contrary, he explicitly asserts that the law *announces* to society that certain actions are not to

¹⁰⁴ LLM, p. 38.

¹⁰⁵ "there is no doubt that Hart was an expressivist of some kind." (M.H. Kramer, *H.L.A. Hart: The Nature of Law*, Cambridge: Polity Press, 2018, p. 184.)

be done; that criminal legislation *denounces* certain types of conduct as something not to be practised¹⁰⁶.

5/ The Liberal argument. We can mention a last argument, which is not given by Hart, but which fits very well with his penal philosophy. It is Montesquieu's liberal argument. In a Chapter of *The Spirit of the Law* entitled: "That liberty is favoured by the nature of penalties, and by their proportion", he writes: "It is the triumph of liberty when criminal laws draw each penalty from the particular nature of the crime. All arbitrariness ends; the penalty does not ensue from the legislator's capriciousness but from the nature of the thing, and man does not do violence to man¹⁰⁷." Why does liberty (i.e. the opinion one has of one's security) triumph thanks to the principle of proportionality? Because we know what to expect. Indeed, proportional sentences correspond to our natural expectations. No one expects to be punished more severely for car theft than for rape. Moreover, as Carrithers explains, where there is no fair scale of penalties, the penalties are likely to be an expression of the anger of the sovereign authority and will be excessive¹⁰⁸. Proportionality protects us against arbitrariness, it is a kind of safeguard that increases our freedom.

2. The justification of humanity

In his *Essays on Bentham*, Hart explains that humanity is not a corollary of the principle of utility and shows that Bentham himself rejected humanity as a non-reason: "Bentham's indifference to this kind of consideration is palpable at many points: it is to be seen not only in the lengths that he was prepared to go to make punishments analogous with their crimes or to encourage treachery among criminals¹⁰⁹." Let us give other examples:

- Bentham's criticism of slavery does not appeal to the notion of dignity, but is based on the fact that slavery is unprofitable to society.
- When Bentham is accused of not treating children as persons, he replies: "Call them soldiers, call them monks, call them machines; so they were happy ones I

¹⁰⁶ *PR*, p. 6-8.

¹⁰⁷ Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, trans. A.M. Cohler, B.C. Miller, H.S. Stone, Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p. 189.

¹⁰⁸ D.W. Carrithers, "Montesquieu's Philosophy of Punishment", *History of Political Thought*, vol. 19, n° 2, 1998, p. 222.

¹⁰⁹ *EB*, p. 51.

should not care¹¹⁰.”

- Bentham was against the citizen's right to remain silent when accused of some crime or not to have his silence used as evidence against him. According to Bentham, this protection to the accused rested on sentimentality (“the old woman's reason”), on the non-reason that “it was bad and inhuman that any pressure should be brought to bear upon a guilty person to contribute to his own conviction¹¹¹”.
- Finally, in his *Rationale of punishment*, Bentham explains that humanity is a “capricious objection¹¹²”. Saying that a given form of punishment should be rejected because it is tyrannical and cruel is the language of “sentimental orators¹¹³”. He argues that castration is the most appropriate punishment for rape and that it should not be rejected simply because it is inconsistent with decency or inhuman¹¹⁴.

Thus, like other distributive conditions, humanity has to be defended on non-utilitarian grounds. I think Hart would defend it on the basis of fundamental human rights, as the following passage suggests:

During the last half century man's inhumanity to man has been such that the most basic and elementary freedoms and protections have been denied to innumerable men and women guilty, if of anything, only of claiming such freedoms and protections for themselves and others, and sometimes these have been denied to them on the specious pretence that this denial is demanded by the general welfare of a society¹¹⁵.

Inflicting inhuman punishments – that is inflicting punishments ignoring some of the most basic needs of human beings – and inflicting punishments violating fundamental human rights, are one and the same thing, for fundamental human rights (as we saw in Chapter 2) protect some essential human needs. For instance, the conditions of detention in some institutions are such that the right of detainees to security and subsistence is not guaranteed. Therefore, the authorities have the duty to take action, for such conditions of detention cannot be tolerated.

110 Quoted by Hart in *EB*, p. 51.

111 *EB*, p. 37.

112 J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, *op. cit.*, p. 69.

113 J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, *op. cit.*, p. 73.

114 J. Bentham, *The Rationale of Punishment*, *op. cit.*, p. 71.

115 *EJP*, p. 196.

What about degrading punishments? As for degrading sentences, Hart could justify their exclusion on the basis of an interpretation of the maxim “Treat like cases alike”. Indeed, to inflict degrading punishment on a human being is to treat him as less than a human being. Different cases must be treated differently. A higher-ranking being cannot be treated as a lower-ranking being: to each according to his or her rank. The idea of degrading punishment, like that of human dignity, is a paradoxical idea, both egalitarian and aristocratic. It is egalitarian in the sense that any human being, *qua* human being, is entitled to a certain respect, is entitled to a certain treatment (different from that reserved for things). However, it is aristocratic in that it logically presupposes a hierarchy among beings and considers that differences in rank are relevant in the distribution of burdens or benefits¹¹⁶.

Of course, humanity is not an overriding value. Like all other values, it is conditional. Indeed, Hart writes: “we try to educate people out of their preference for savage penalties even if we might in extreme cases of threatened disorder concede them¹¹⁷.” Fortunately, it is extremely rare that savage penalties are the only or best solution to prevent a moral catastrophe.

3. The justification of equality of treatment

In *Utilitarianism*, Mill argues that the principle of perfect impartiality between persons, which is an obligation of justice, is contained in the principle of utility:

we should treat all equally well (when no higher duty forbids) who have deserved equally well of us, and that society should treat all equally well who have deserved equally well of it, that is, who have deserved equally well absolutely. This is the highest abstract standard of social and distributive justice; towards which all institutions, and the efforts of all virtuous citizens, should be made in the utmost possible degree to converge. But this great moral duty rests upon a still deeper foundation, being a direct emanation from the first principle of morals, and not a mere logical corollary from secondary or derivative doctrines. It is involved in the very meaning of Utility; or the Greatest Happiness Principle¹¹⁸.

According to Hart, Mill is wrong. Although Bentham's maxim that “everybody to count for

116 J. Waldron, “Inhuman and Degrading Treatment: The Words Themselves”, *art. cit.*, p. 281-282.

117 *PR*, p. 21.

118 J.S. Mill, *Utilitarianism*, *op. cit.*, p. 233.

one and nobody for more than one” is indeed contained is the principle of utility, the principle of equality of treatment does not rest on utilitarian foundations¹¹⁹. Bentham's maxim is only a weighting principle:

in the determination of what would most advance aggregate happiness, the equal pleasures and pains, satisfactions and frustrations of different persons must be given equal weight. Differences of status, race, sex, religion, age, and intelligence are morally irrelevant except when they affect as they may sometimes do the amount or intensity of pain or pleasure caused by human conduct. Suffering is suffering no matter whose it is and if suffering is equal, it is equally bad to inflict it on blacks or white, women or men, Jews or Christians, the stupid and intelligent¹²⁰.

This weighting principle is compatible with gross inequalities of treatment. The impartial calculation of what will maximize aggregate happiness may show that treating differently a minority will advance net aggregate happiness, even if there is no relevant difference between this minority and the majority¹²¹.

One possibility is to apply Hart's defence of excuses based on the value of freedom to the principle of equality of treatment. This is Rawls' strategy:

if the precept of no crime without a law is violated, say by statutes, being vague and imprecise, what we are at liberty to do is likewise vague and imprecise. The boundaries of our liberty are uncertain. And to the extent that this is so, liberty is restricted by a reasonable fear of its exercise. The same sort of consequences follow if similar cases are not treated similarly¹²² [...].

Another strategy would be to say that equality of treatment does not need to be grounded. It is

119 “it seems clear that utilitarian principles alone cannot give any account of the moral importance attached to equality [...]” (*EJP*, p. 117.) See also: “pure utilitarianism is in no way committed to equality of treatment as an independent value.” (*EJP*, p. 193.)

120 *EB*, p. 98.

121 *EJP*, p. 200-201.

122 J. Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, p. 210. Also: “Formal justice in the case of legal institutions is simply an aspect of the rule of law which supports and secures legitimate expectations. One kind of injustice is the failure of judges and others in authority to adhere to the appropriate rules or interpretations thereof in deciding claims. A person is unjust to the extent that from character and inclination he is disposed to such actions. Moreover, even where laws and institutions are unjust, it is often better that they should be consistently applied. In this way those subject to them at least know what is demanded and they can try to protect themselves accordingly [...]” (J. Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, p. 51.)

simply an essential ingredient of the idea of justice¹²³ and justice is itself a thing of value. As Hart puts it: "Perhaps we (or I) ought simply to say that it is a requirement of Justice, and Justice simply consists of principles to be observed in adjusting the competing claims of human beings¹²⁴ [...]." We also saw earlier that Hart does not hesitate to refer to equality of treatment as a right.

Equality of treatment can conflict with general prevention and exemplarity. Hart is aware of it:

Fairness between different offenders expressed in terms of different punishments is not an end in itself but a method of pursuing other aims which has indeed a moral claim on our attention; and we should give effect to it where it does not impede the pursuit of the main aims of punishment. Very often English judges have looked upon claims to equal treatment for different offenders in just this light. When a crime has become exceptionally or dangerously frequent judges have defended punishing an offender more severely than previous offenders on the ground that this step is necessary to check a major evil¹²⁵.

The fact that a trial is highly publicized and may make an impact on people's minds is not a relevant difference between the accused and previous offenders: it is not even a difference between *them*, but a contextual difference. However, this injustice is mitigated by the fact that the penalty, though severer than the usual penalty, does not go beyond the legal maximum penalty. In any case, we do not have reliable evidence that exemplary sentences serve their intent¹²⁶. Therefore, they should not be used:

It is well that this and other sacrifices of principles of equality between different offenders should be made only with hesitation and with full explanation; for there is always great danger

123 "'Treat like cases alike and different cases differently' is a central element in the idea of justice [...]" (*CL*, p. 159.) See also: "It is, however, true that *one* essential element of the concept of justice is the principle of treating like cases alike." (*EJP*, p. 81.)

124 *PR*, p. 22.

125 *PR*, p. 172. Also: "In this brief outline of justice we have considered only some of its simpler applications in order to show the specific form of excellence attributed to laws which are appraised as just. Not only is this distinct from other values which laws may have or lack, but sometimes *the demands of justice may conflict with other values*. This may occur, when a court, in sentencing a particular offender for a crime which has become prevalent, passes a severer sentence than that passed in other similar cases, and avowedly does this 'as a warning'. There is here a sacrifice of the principle 'Treat like cases alike' to the general security or welfare of society." (*CL*, p. 165-166, my italics.)

126 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, *op. cit.*, p. 101-102. N. Walker, *Why Punish? Theories of punishment reassessed*, Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 19-20.

that they may be made in moments of panic or without reliable evidence that they will prevent a worse evil¹²⁷.

4. The justification of individualization

After having introduced the idea of open texture, Hart explains that so-called “formalists” try to eliminate it by freezing the meaning of legal rules in order to maximize certainty and predictability. He does not think it is reasonable:

To do this is to secure a measure of certainty or predictability at the cost of blindly prejudging what is to be done in a range of future cases, about whose composition we are ignorant. We shall thus indeed succeed in settling in advance, but also in the dark, issues which can only reasonably be settled when they arise and are identified. We shall be forced by this technique to include in the scope of a rule cases which we would wish to exclude in order to give effect to reasonable social aims, and which the open-textured terms of our language would have allowed us to exclude, had we left them less rigidly defined¹²⁸.

Most legal systems are more reasonable because they are based on a compromise:

In fact all systems, in different ways, compromise between two social needs: the need for certain rules which can, over great areas of conduct, safely be applied by private individuals to themselves without fresh official guidance or weighing up of social issues, and the need to leave open, for later settlement by an informed, official choice, issues which can only be properly appreciated and settled when they arise in a concrete case¹²⁹.

In my view, what Hart says about open texture applies *mutatis mutandis* to individualization. Some thinkers, like Beccaria, hold that penalties should be *fixed, invariable* in order to close the door to uncertainty; that the judge should construct a syllogism about every criminal case. However, this is not reasonable¹³⁰: it would be a waste of suffering and money, this would have brutalizing effects¹³¹. The French Penal Code of 1791, applying strictly Beccaria's

127 *PR*, p. 172.

128 *CL*, p. 129-130.

129 *CL*, p. 130.

130 Hart is quite severe with Montesquieu's idea that the judge is the mouth which reads the letter of the law: “Decisions made in a fashion as blind as this would scarcely deserve the name of decisions; we might as well toss a penny in applying a rule of law.” (*EJP*, p. 67.)

131 R. Saleilles, *The Individualization of Punishment*, *op. cit.*, p. 58-61.

philosophy, was a failure and was soon replaced by the Code of 1810 introducing a certain elasticity between a minimum limit and a maximum limit¹³².

In fact, we have to compromise between two different needs. Firstly, we have to prevent arbitrary sentences and secure a measure of certainty or predictability (these two things go together). Secondly, we have to “leave open, for later settlement by an informed, official choice, issues which can only be properly appreciated and settled when they arise in a concrete case”. The individualization of sentences below the maximum penalties should be interpreted as a compromise between these two different needs.

132 R. Saleilles, *The Individualization of Punishment*, *op. cit.*, p. 56-58.

Chapter 4: The Hart/Wootton debate

Table

I. Identifying offenders.....	272
II. Dealing with offenders.....	274
III. Wootton's arguments.....	282
IV. Hart's objections.....	286

In this last Chapter, I will address the Hart/Wootton debate. This debate is commonly described as a debate on criminal responsibility, *mens rea*, diminished responsibility, mentally abnormal offenders, etc. However, the Hart/Wootton debate is broader. It is a debate on the *penal system*: What are the advantages and shortcomings of this system? Is it rational? Are there alternative systems? If so, are they superior to the penal system?

As we saw in Chapter 1, the practice of punishment should not be confused with the penal system. The penal system is a set of legal institutions whose main mission is, as its name suggests, to punish criminal offences (whatever the function of punishment). However, the practice of punishment can exist independently from the penal system. Wootton rightly criticizes Hart for being obsessed with the penal system, for not seeing that the use of punitive measures can exist within other systems (for example within the preventive system she defends) that do not systematically respond to crime with a punishment:

Even Professor Hart, in his Hobhouse lecture on “Punishment and the Elimination of Responsibility”, seems to be incurably obsessed with the notion of punishment, which haunts his text as well as figuring in his title. Although rejecting many traditional theories, such as that punishment should be “retributive” or “denunciatory”, he nevertheless seems wholly unable to envisage a system in which sentence is not automatically equated with “punishment”. [...] the forward-looking aims of social protection might, on occasion, have absolutely no connection with punishment¹.

I have decided to conclude with the Hart/Wootton debate because Hart himself considered that this debate should not come first. Before considering alternatives to the penal system, it is

¹ B. Wootton, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, Second Edition, London: Steven & Sons, 1981, p. 45-46. See also: “Hart believed that a system based on the abolition of *mens rea* would not be a system of punishment. Precisely so, Barbara said.” (A. Oakley, *A Critical Woman: Barbara Wootton, Social Science and Public Policy in the Twentieth Century*, London: Bloomsbury Academic, 2011, p. 261.)

necessary to understand and account for the complexity of the penal system. Indeed, in the introduction of “Prolegomenon to the Principles of Punishment”, after mentioning the “mounting perplexities” surrounding the penal system and Wootton’s “modern scepticism”, he writes: “Till we have developed this sense of the complexity of punishment (and this prolegomenon aims only to do this) we shall be in no fit state to assess the extent to which the whole institution has been eroded by, or needs to be adapted to, new beliefs about the human mind².” Furthermore, at the end of “Prolegomenon to the Principles of Punishment”, he writes that the debate about reform and the individualization of punishment “brings us to the topic to which this paper is a mere prolegomenon: modern sceptical doubt about the whole institution of punishment³”.

The importance of this debate should not be underestimated. It is as important, if not more important, as the debate between retributivism and utilitarianism. Its practical consequences are immense. Hart did not underestimate this debate. Wootton haunts almost every Chapter in *Punishment and Responsibility* under different names: scepticism, social hygiene, Erewhon, etc. This is not surprising. As Finnis pointed out, Hart’s philosophy is characterized by a “resistance to scepticism⁴”, whether it be rule scepticism or penal scepticism.

The common view is that Hart won the debate against Wootton. As Matravers & Cocoru write, “it would be fair to say that the consensus is that insofar as there is a ‘Hart/Wootton’ debate [...], Hart emerged the victor⁵”. My aim in this Chapter is to challenge this consensus. Hart was too easily declared the winner, Wootton has not been taken seriously enough⁶.

Wootton’s preventive system proceeds in two stages: firstly, *identifying* the offender (the courts determine whether the accused actually committed the offence charged); secondly, *dealing with* the offender (the courts decide, if necessary, to impose a preventive measure to prevent the offender from reoffending). In the first part of this Chapter, I will focus on the first step and in the second part, I will focus on the second step. In the third part, I will examine

2 PR, p. 3.

3 PR, p. 27.

4 J.M. Finnis, “H.L.A. Hart: A Twentieth-Century Oxford Political Philosopher”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 54, 2009, p. 180.

5 M. Matravers, A. Cocoru, “Revisiting the Hart/Wootton Debate on Responsibility”, in C. Pulman (ed.), *Hart on Responsibility*, Basingstoke: Palgrave Macmillan, p. 148.

6 An exception is R.A. Wasserstrom, “H.L.A. Hart and the Doctrines of *Mens Rea* and Criminal Responsibility”, *University of Chicago Law Review*, vol. 35, n° 1, 1967, p. 112-125. This is, in my view, the most penetrating paper on the Hart/Wootton debate.

Wootton's arguments for her proposal. Finally, I will examine Hart's objections and concessions to Wootton.

Before getting to the heart of the matter, a few words about Wootton. Wootton's profile is both very close to and far removed from that of Hart. 1/ Both have legal experience, but in different fields. Hart was a barrister between 1932 and 1940 at the Chancery Bar. Wootton was a magistrate for more than fifty years. It is important to point out that Wootton worked mainly with young offenders, as her proposal can be interpreted as an extension of the logic of juvenile justice (centred on the personality of the minor and his re-education) to criminal justice as a whole. 2/ Both are academics, but in different fields. Hart was a philosopher of law. Wootton was an empirically-minded social scientist. 3/ Both were politically left-wing. Hart was on the non-communist left. Wootton was a socialist and a supporter of the welfare state (Hart's wife, Jenifer Hart, is said to have joined the Communist Party in part because of her reading of Wootton's *Plan or No Plan*⁷).

I. Identifying offenders

Wootton wants to replace the penal system with what she calls a "preventive system". One could immediately object that this is a false opposition, since the penal system is a system designed to prevent offences. However, there is a big difference between a system whose main mission and *raison d'être* is to punish offences (even if punishment has a preventive function) and a system whose function is to prevent offences and which uses punitive measures when necessary, if this is the best solution. The difference will become clearer as my explanations progress.

Wootton's preventive system would operate in two steps: first identifying offenders, second dealing with offenders (Wootton says that she has tried to choose the most neutral — the least moralistic — words possible⁸). Let us focus on the first step. One of Wootton's major theses is that at this stage, *mens rea* is irrelevant. (Wootton takes the expression *mens rea* literally: by *mens rea*, she means *guilty or culpable mind*.) The courts need only establish that the accused

7 N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 66. See also A. Oakley, *A Critical Woman: Barbara Wootton, Social Science and Public Policy in the Twentieth Century*, *op. cit.*, p. 259.

8 Cf. B. Wootton, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, *op. cit.*, p. 31.

committed the prohibited act, regardless of whether he committed it while under the influence of drugs, during a delirium, because of an invincible error, etc. As Hart puts it:

Certain Utilitarian-minded thinkers share a scepticism about the whole idea that the courts can usefully enquire into whether or not a person could have done what he did not do, and to them the enlightened policy seems to be the one in which we by-pass this question: we should neither assert nor deny that the accused could have done otherwise than he did⁹.

Let us consider an example. The first prohibition of the preventive system could be: thou shalt not kill. Homicide would be the first offence. The only question the courts must first answer is: Did the accused kill the victim? They must only establish the facts, without asking whether the homicide is excusable, whether the accused is blameworthy or could have acted otherwise.

In my opinion, Wootton is half right and half wrong here. Of course, establishing the facts is not establishing whether the accused is at fault (for saying that X committed a fault is to make a judgment). However, establishing the facts also means establishing the state of mind in which the offence was committed: Did the accused premeditate his attack? Did he act impulsively following a provocation? Was he perfectly lucid? Hart is correct in recalling Lord Justice Bowen's view that "the state of a man's mind is as much a fact as the state of his digestion"¹⁰. If the first stage of the preventive system is to be turned into a "moment of truth" where the full light is shed on what happened, where real answers are given to our questions, then the state of mind of the accused cannot be ignored. There seems to be a problem of consistency in Wootton: if one eliminates the *mens rea* in the strict sense (guilty mind), in this case it is useless at both the first and the second stage; if one takes into account the state of mind of the offender, in this case it must be taken into account at both stages.

Sometimes there will be no doubt that the accused committed a homicide (DNA testing will help us); sometimes there will be no evidence. In the latter case, the accused will have to be released. Why is it so important to establish that a person committed this or that offence? In medicine, before prescribing treatment to a patient, we must make sure that he is sick. Similarly, before imposing a preventive measure on an individual, aimed at preventing his reoffending, it is essential to ensure that he has indeed committed an offence. If this is not the

⁹ *PR*, p. 178.

¹⁰ *PR*, p. 188.

case, the preventive measure is meaningless.

In Wootton's preventive system, the first stage verdict would not be "guilty" or "not guilty". It would indeed be odd to find guilty a person who has committed a prohibited act but is not at fault. The verdict could be, for example, "perpetrator" or "not perpetrator": considering all the evidence, the court considers that the accused is indeed the perpetrator of the offence. This first step would no longer be called "conviction". It could simply be called "establishment of the facts".

II. Dealing with offenders

Let us imagine that the first step has been completed: we have established that an individual did commit this or that offence. The second step can begin: dealing with the offender.

There would be no criminal responsibility in Wootton's preventive system. The question would not be: are the conditions for a person to be punished met? Rather, the question would be: are the conditions for a preventive measure to be imposed met? But what are these conditions? There are at least two. First, a preventive measure can only be imposed on an offender. Second, a preventive measure can only be imposed on an offender if there is a risk of reoffending. Let us elaborate on these two conditions.

The first condition may seem surprising. Why wait until an offence has been committed before taking preventive measures? Why not intervene *ante delictum*, as soon as "anti-social tendencies" appear? There are two main reasons for this.

The first reason is that *ante delictum* interventions endanger individual liberties. Wootton does not think that crime should be prevented or reduced at all costs. She considers freedom as an intrinsic value¹¹. She defends a principle of minimal interference.

The second reason is that the theories concerning "dangerousness" or "criminal tendencies" are very fragile¹². Currently, the best evidence that an individual is dangerous is that he has

11 "freedom to live one's life after the fashion of one's choice is of value in itself [...]" (B. Wootton, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, *op. cit.*, p. 97.)

12 "Since, in the present state of knowledge, dangerousness is not as identifiable a quality as, say, red hair, it is

committed a serious crime¹³ ..

Although Hart often refers to Wootton's system as a system of social hygiene, he corrects himself in the 1968 postface of *Punishment and Responsibility*. He makes it clear that Wootton's preventive system must be distinguished from social hygiene:

there are those who would wish to eliminate one element that distinguishes the official treatment of crime advocated by Lady Wootton from pure social hygiene, and constitutes a last tenuous connexion between her theory and what would still be called theories of punishment. This element is the requirement that for conviction and subsequent compulsory treatment there must be an offender who has, at least so far as outward conduct is concerned, committed an offence. From the point of view of pure social hygiene it is absurd to wait until crimes have been committed: where there is reliable evidence of anti-social or criminal tendencies, this is enough to justify compulsory measures. Just as Lady Wootton says (wrongly in my view) that the doctrine of *mens rea* has no place within a system of criminal law which aims at the prevention of crime, and attributes loyalty to that doctrine to lingering traces of retributivism, so those who would go further than she does regard as retribution her insistence on a criminal act (i.e. the outward elements of crime) as a necessary condition of conviction¹⁴.

The second condition (a preventive measure can only be imposed on an offender if there is a risk of reoffending) introduces a central notion, that of risk. Let us imagine that the courts establish that Peter did hit Mary with his car and killed her. However, it turns out that Peter was attacked by a swarm of bees and lost control of his vehicle. What is Peter's risk of reoffending? The risk is zero. No preventive measure should be imposed on him. The preventive system can close his case. (It is also likely that, from the outset, no prosecution was initiated.)

Now, let us imagine that Peter did hit Mary because he was drunk. He proved that he is a dangerous driver and measure must be taken to prevent such an accident from happening again: for example, withdrawal of his driving licence, road safety awareness training, etc.

necessary to start from the presumption that anyone who has committed a serious assault or a murder is more likely to do it again than anyone who has never done something of the sort." (B. Wootton, *Crime and Penal Policy: Reflections on Fifty Years' Experience*, *op. cit.*, p. 246.)

13 "the crime is the best indicator that preventive intervention is needed [...]." (M. Matravers, A. Cocoru, "Revisiting the Hart/Wootton Debate on Responsibility", *art. cit.*, p. 137, note 24.)

14 *PR*, p. 232-233.

What matters is not whether Peter is blameworthy or not (for Wootton, this is a matter of conscience), but whether he is likely to do it again, what can be done to protect society. The courts must look to the future. As Wootton writes in a lecture on mentally abnormal offenders:

The problem of the mentally abnormal offender raises in a particularly acute form the question of the primary function of the courts. If that function is conceived as punitive, mental abnormality must be related to guilt; for a severely subnormal offender must be less blameworthy, and ought therefore to incur a less severe punishment, than one of greater intelligence who has committed an otherwise similar crime, even though he may well be a worse risk for the future. But from the preventive standpoint it is this future risk which matters, and the important question to be asked is not: does his abnormality mitigate or even obliterate his guilt? but, rather, is he a suitable subject for medical, in preference to any other, type of treatment¹⁵?

But how do we assess this risk? Wootton points out that there are two methods: clinical and statistical methods. The clinical method is based on the expertise of clinicians (who have a first-hand contact with offenders). The statistical method is based on prediction tables. Wootton considers that the statistical methods are more efficient than the clinical methods: "I do not forget that some of the best predictions of the risk of recidivism have been made without any first-hand contact with their subjects, and that the stage may well some day be reached when this risk will be estimated by computers who must be presumed to be quite unmoved by personal contacts¹⁶." However, since statistical methods are not perfect, it is preferable, in her view, to supplement them with clinical methods.

Thus, Wootton's system can be said to be a risk management system. Strict liability is an intermediate step between the traditional penal system and the preventive system. With strict liability, as in the preventive system, fault is not taken into account. However, strict liability is an anomaly within the penal system: if I commit a strict liability offence, I will be found guilty and punished, even though I could not have acted otherwise.

In order to ensure that what happened does not happen again, at least two types of measure

15 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, op. cit., p. 65.

16 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, op. cit., p. 113.

can be taken: structural measures (macro measures) and individual measures (micro measures). Structural measures consist in tackling the root causes of crime. Wootton considered that, on this subject, the Marxist is 75% right:

In short, the causes of crime (and here the Marxist is, in my view, at least three-quarters right) lie deep in the whole economic and social structure of contemporary society — in the distribution of opportunity, in the principle or lack of principle governing relative pay in different employments, and not least in the time-lag by which the social and moral valuations of yesterday are carried over into the quite different situations of today¹⁷.

In this Chapter, however, we will focus on individual measures, those taken by the courts and not by politicians. There are two possibilities: we can focus either on special prevention or on general prevention. In other words, we can look for a solution so that the offender does not reoffend or we can try to deter all those who might be tempted to offend. There is obviously a tension between these two objectives. Wootton gives the following example. A youth of 16 who committed a rape appeared before a juvenile court in which Wootton was presiding. The juvenile court decided that a probation order would be the “right treatment” for him, because he was unlikely to reoffend and would be damaged by prison. However, it was pointed out this decision could send a dangerous message in the offender’s tough neighbourhood: you can do what you like with a girl, nothing will happen to you¹⁸. Wootton puts the dilemma in these terms: “it may all too well be true that there is nothing like experience of harsh treatment for hardening a man’s character in an anti-social mould; and at the same time that there is nothing like the fear of such treatment for deterring those who have not had this experience from running the risk of exposing themselves to it¹⁹.”

However, Wootton thinks that we should “give priority (though not necessarily always exclusive consideration)²⁰” to the prevention of recidivism. Why is this so? Wootton does not believe in general deterrence. Let us suppose that an offender is sentenced by a judge to a very severe, exceptional punishment in order to discourage potential imitators. Will it work?

17 B. Wootton, *Crime and Penal Policy: Reflections on Fifty Years’ Experience*, London: George Allen and Unwin, 1978, p. 245.

18 B. Wootton, *Crime and Penal Policy: Reflections on Fifty Years’ Experience*, *op. cit.*, p. 38-39.

19 B. Wootton, *Social Science and Social Pathology*, London: George Allen and Unwin, 1959, p. 336-337. Compare with Hart: “Penalties which we believe are required as a threat to maintain conformity to law at its maximum may convert the offender to whom they are applied into a hardened enemy of society; while the use of measures of Reform may lower the efficacy and example of punishment on others.” (*PR*, p. 27.)

20 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, *op. cit.*, p. 102.

Firstly, it requires that potential imitators are aware of the sentence imposed. Secondly, it requires “some kind of rational, even if crude and semi-conscious, calculation on the part of the would-be offender²¹”. Thirdly, it requires that the prospective offender will receive the same sentence. Fourthly, it requires that the risk of detection is high. However, these conditions are not met. Firstly, sentences are known mainly by relatives. Secondly, “many crimes (and this certainly includes some of the most serious) are committed on an impulse that overrides any consideration whatsoever of their likely consequences²²”. Thirdly, “sentences are known to vary very widely in accordance with the personal prejudices of those who impose them²³”. Fourthly, the probability of apprehension is objectively low and subjectively perceived as very low by risk-prone offenders. Hart says something similar in his paper about the death penalty: according to him, in case of murder, “the chance of conviction appears to be one in six, and the chance of execution one in twelve²⁴”. Moreover, “murder is committed to a very large extent either by persons who, though sane, do not in fact count the cost, or are so mentally deranged that they cannot count it²⁵”.

Hart sees very clearly what consequences to draw from this data:

If we believed that nothing was achieved by announcing penalties or by the example of their infliction, either because those who do not commit crimes would not commit them in any event or because the penalties announced or inflicted on others are not among the factors which influence them in keeping the law, then some dramatic change concentrating wholly on actual offenders, would be necessary²⁶.

Thus, the principle that should guide the courts is: to take the minimum action which offers an adequate prospect of preventing recidivism²⁷. This echoes the Benthamian requirement of frugality. But how do we choose the measures? Who chooses them?

Firstly, in choosing preventing measures, the state of mind of the agent at the time of the commission of the offence must first be taken into account. Indeed, the problems and the

21 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, op. cit., p. 99.

22 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, op. cit., p. 99.

23 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, op. cit., p. 99.

24 PR, p. 86-87.

25 PR, p. 87.

26 PR, p. 27.

27 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, op. cit., p. 97.

measures to be taken will be very different depending on whether X killed Y by accident, recklessly, negligently, with premeditation, after provocation, etc.

Secondly, the personality of the offender and his past must be taken into account. Indeed, the problems and the measures to be taken will be very different depending on whether the offender is a first-time offender or a multi-recidivist who has had several victims in the past; depending on whether the offender has a stable job and a family or has neither; depending on whether the offender is diagnosed as a psychopath or a kleptomaniac.

Thirdly, it is necessary to rely on science, on studies regarding which methods work and which do not (for this or that type of case). Wootton gives the example of a study that showed that burglars respond better to probation and that thieves respond better to fines²⁸ (this study is certainly outdated, but that is not the issue here).

Thus, the choice of preventive measures cannot be left to amateurs: it is a job for experts. Wootton notes that judges are not at all trained for the task that should be theirs²⁹. One could imagine a division of labour within the preventive system: the first stage would be entrusted to one body, the second stage would be entrusted to another body, since each stage requires different skills.

Hart also criticizes the amateurism of English judges. Those responsible for sentencing are not trained for this task³⁰. As a result, the choice of the sentence is based on intuition, deserts or “tariff”. At best, they clumsily try to combine two contradictory objectives: to give everyone their due and to reduce crime.

An important characteristic of preventive measures is that they are individualized. A good solution to prevent recidivism for one individual may be a very bad solution for another individual:

28 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, *op. cit.*, p. 118.

29 “Most magistrates were and are lay people: a small proportion are trained lawyers and are paid. This use of untrained amateurs – the juries in jury trials as well as magistrates – is a peculiar feature of the English and Welsh penal systems, and the heavy dependence on what Barbara called ‘this vast army of amateurs’ meant that sentences of great importance to offenders were handed out by people who had no training in criminal law, and who were not obliged to give any reasons for their sentences.” (A. Oakley, *A Critical Woman: Barbara Wootton, Social Science and Public Policy in the Twentieth Century*, *op. cit.*, p. 251.)

30 *PR*, p. 168-169.

everyone knows that human beings respond to a variety of stimuli; and that the responses vary both as between one individual and another and in the same individual in different circumstances. One man may make rich use of opportunity where another may be shocked into change only by the loss of cherished privileges. One responds to psychotherapy, another to strict discipline, while for a third perhaps the only hope is an extremely liberal and rewarding regime. *Quot homines tot — in a new sense — sententiae*³¹.

Individualization can sometimes go very far. Wootton gives the example of a shoplifter who was a good pianist. She was proposed a community service order: to spend her evenings playing the piano in an old people's home³².

Individualization seems to have unfair consequences. Let us suppose that two children committed an offence together. The parents of the first child are stable and responsible, the parents of the second child are feckless and irresponsible. As a result, the child in the former case will be left with his family, while the child in the latter case will be uprooted from home. In this example, *equality of treatment* seems to be violated: "To a public conditioned to the belief that the punishment should fit the crime, such inequalities of treatment can only appear as monstrous injustices³³."

Wootton gives another example. In the preventive system, "an old lag with a long string of convictions" may be "given probation as a last (and quite often successful) attempt to make a good citizen of him³⁴"; and a child who committed a petty offence may be removed from his home for a long period if the home background is bad³⁵. In this example, *proportionality* seems to be violated: the measure is either too lenient (first case), or too severe (second case).

However, this objection confuses the penal system with the preventive system:

If two people go to a doctor complaining of internal pains, one may be diagnosed as suffering from nervous indigestion and sent home with some tranquillizing pills: the other may be found to have a malignant tumour and be subjected to a distressing and possibly unsuccessful

31 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, *op. cit.*, p. 114.

32 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, *op. cit.*, p. 56-57.

33 B. Wootton, *Social Science and Social Pathology*, *op. cit.*, p. 335-336.

34 B. Wootton, *Crime and Penal Policy: Reflections on Fifty Years' Experience*, *op. cit.*, p. 37.

35 *PR*, p. 173, note 20.

surgical operation; but the doctor is not blamed for the “injustice” of his differential treatment of the two cases³⁶.

In fact, Wootton redefines equality of treatment and proportionality. For Wootton, equality of treatment is violated when the principle “to each according to his needs” is violated³⁷. (There is no inconsistency between Wootton's socialism and her penal philosophy if the slogan “From each according to his ability, to each according to his needs” sums up the principle of a socialist society.) If two offenders have the same needs (so as not to reoffend), they must be treated similarly. There is no relevant difference between them that justifies treating them differently. On the other hand, if they have different needs, it is not unfair to treat them differently.

For Wootton, measures are proportional when they correspond both to the nature of the risk and its magnitude. The risk of stealing candy again is not the same as the risk of raping a woman again: “the adequacy of any safeguard against further offences must be related to the gravity of the social damage which would result should such a recurrence in fact occur. In other words, it is proper to take risks with a petty thief which would be wholly unjustifiable in the case of a murderer³⁸.” Having a very low risk of recidivism is not the same as having a very high risk of recidivism. Therefore, serious risks justify taking serious action.

This remark leads us to another point, that is incapacitation measures, aimed at incapacitating an offender by locking him up, not in prison (since this is not a punishment), but in a place of safety. Wootton considered that these measures should be exceptional. They can be used for certain criminals with serious mental disorders, for certain “desperate” cases in which all other alternatives have failed. These measures would be of indefinite duration: a person who has been locked up to be neutralized must be released when he is no longer a threat. As Wootton summarizes:

Here the top priority is to establish the principle that protection of the public is the only

36 B. Wootton, *Crime and Penal Policy: Reflections on Fifty Years' Experience*, *op. cit.*, p. 35.

37 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, *op. cit.*, p. 115. See also: “prisons and hospitals are merged into non-specific custodial establishments, accommodating those who cannot safely be left in the community, and catering, so far as our limited knowledge permits, for each individual according to his needs.” (B. Wootton, *Crime and Penal Policy: Reflections on Fifty Years' Experience*, *op. cit.*, p. 237-238.)

38 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, *op. cit.*, p. 98.

unchallengeable justification for locking anybody up; and that the period of detention should be governed only by the likelihood that a prisoner would be a danger (or perhaps one should add an intolerable nuisance) to other people, if he was released³⁹.

Wootton insists that her proposal is not original: in most penal systems, if a psychopath commits a crime and is found to be irresponsible, he is sent for an indefinite period to a psychiatric hospital. However, such incapacitation measures are dangerous and must be strictly controlled. In order to protect individual liberties, Wootton holds that the courts should set a maximum duration, even if this is contrary to the logic of such measures⁴⁰.

Wootton's idea was too often distorted (and Hart is partly responsible for that). Wootton never proposed to lock up and treat any offender indefinitely. On the contrary, she was very critical of psychiatry⁴¹ and favoured the use of alternatives to prison (such as community service orders)⁴². She even dreamed of the day when prison would be abolished:

I would just add the hope that, by one route or another, the time is not too far off when the formidable fortresses that now disfigure our cities and countryside will either be allowed to crumble into ruins or be converted to more agreeable uses; and that reliance on imprisonment as a major element in the penal system will take its place alongside transportation and the stocks in the history books as one of the strange delusions of our forbears⁴³.

III. Wootton's arguments

Now that I have presented Wootton's alternative, let us see why she defends it.

Hart attributes to Wootton the following argument: if the purpose of punishment is to prevent offences, not to make the offender pay, then it makes no sense to take *mens rea* into account.

39 B. Wootton, *Crime and Penal Policy: Reflections on Fifty Years' Experience*, *op. cit.*, p. 246.

40 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, *op. cit.*, p. 112.

41 "Barbara did not like psychiatrists. She did not like them when she wrote *Social Science and Social Pathology* in 1959 and she certainly did not like them when she understood the full extent of their 'wholly exceptional powers' over people who came into contact with the penal system." (A. Oakley, *A Critical Woman: Barbara Wootton, Social Science and Public Policy in the Twentieth Century*, *op. cit.*, p. 261.)

42 "She was responsible for the work of two committees both of which resulted in a 'Wootton Report', on cannabis and on alternatives to prison respectively, [...] the latter introducing Community Service Orders [...]." (A. Oakley, *A Critical Woman: Barbara Wootton, Social Science and Public Policy in the Twentieth Century*, *op. cit.*, p. 250.)

43 B. Wootton, *Crime and Penal Policy: Reflections on Fifty Years' Experience*, *op. cit.*, p. 248.

It makes sense to look for fault in a retributive theory of punishment, but not in a preventive theory of punishment⁴⁴. This argument is indeed invalid, and Hart explains very well why it is invalid. However, this is not really Wootton's argument. Rather, Wootton's argument is the following one: if our goal (or the goal of our system) is to prevent what happened from happening again, then it is irrelevant and unhelpful to ask whether the offender could have acted otherwise, whether the offender is at fault, etc. This argument is more convincing and even commonsensical. When a person feels guilty and keeps repeating that he could have acted differently, we tell him that what is done cannot be undone, that he should no longer be preoccupied with that and we should instead seek a solution so that it does not happen again.

Wootton is right to insist that the doctrine of *mens rea* is crucial within the paradigm of punishment (whatever the function of punishment may be). But it ceases to be crucial within the paradigm of prevention. Indeed, it is not unjust to neutralize a dangerous madman by locking him up in a "place of safety", even if he could not have acted otherwise, whereas it is unjust to punish him by locking him up in prison. When we neutralize him in a place of safety, we do not blame him, we do not seek to make him suffer, whereas when we punish him in prison, we blame him and we seek to make him suffer.

Moreover, can we really answer the question whether a person could have acted differently, whether he had a fair opportunity, whether his *mens* is *rea*? For Wootton, this question is insoluble. It depends on one's moral convictions⁴⁵. What we can do is only to diagnose mental disorders, to investigate the personality and past history of the offender, to establish what his mental state was at the time of the offence, and that is all her theory require to guide the choice of the measure.

According to Wootton, the preventive system would have many advantages that the criminal justice system does not have. Let us look at them in turn.

1/ The preventive system would be efficient, whereas the penal system is inefficient. Wootton observes that year after year the volume of crime continues to increase, not only in England

44 H.L.A. Hart, "Review: Barbara Wootton, *Crime and the Criminal Law*", *The Yale Law Journal*, vol. 74, n° 7, 1965, p. 1328-1329. Voir également *PR*, p. 200-201.

45 "Assessments of guilt are, and must remain, purely subjective; and we can all cling to our own opinions secure in the knowledge that no one can prove us wrong." (B. Wootton, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, *op. cit.*, p. 103.)

but almost in all Western countries. Hart is aware of this: he mentions in 1963 “the general increase in crime by which we are all vastly disturbed⁴⁶”. In addition to being ineffective, the criminal justice system, because of its massive use of imprisonment, may be criminogenic:

all convicted persons, and more particularly all those who have been imprisoned, have suffered one highly significant experience which the innocent and the undetected guilty alike escape; and it is at least a possibility that it is to that experience that any peculiarities which they exhibit may in part be due. That this possibility is nearly always ignored is as understandable as it is methodologically lamentable. To admit it would be too grave an admission of the failure of our penal system⁴⁷.

2/ The preventive system would be perfectible, whereas the penal system is doomed to stagnate. Indeed, the accumulation of data does not allow us to show that one offence is objectively more grave than another, that one sentence is more deserved than another. Opinions about what an offender deserves are foreign to scientific knowledge. Conversely, we can evaluate the success or failure of the preventive system, learn from its mistakes, perfect it through the accumulation of data and scientific results:

the frequency with which reconviction follows a sentence for a given offence is a fact. If the purpose of a sentence is to reduce this frequency, an objective criterion immediately becomes available by which the merits of the courts' policy can be estimated. In course of time, as evidence of the results of sentencing policy accumulates, all of us can be proved right or wrong⁴⁸ [...].

At first glance, this objection does not apply to Hart, who advocates the individualization of punishment, which is also based on scientific research and aims at the rehabilitation of the convicted person. However, a penal system based on the individualization of punishment is less perfectible than a preventive system based on individualized measures, inasmuch as its means are more limited. Varying the *punishments* is a first step forward, but varying the *responses* to offences is a further step forward.

46 *LLM*, p. 6-7. Also: “the worst of our social problems.” (*PR*, p. 159.)

47 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, *op. cit.*, p. 14. See also: “one conviction, and still more one period of imprisonment, is a great impediment to a subsequent honest and respectable living; and that the experience of conviction, and still more of imprisonment, is itself only too likely to be criminogenic.” (B. Wootton, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, *op. cit.*, p. 11.)

48 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, *op. cit.*, p. 103.

3/ The preventive system is compatible with determinism, whereas the penal system may be weakened by determinism. We saw in Chapter 3.1 on criminal responsibility that determinism undermines the foundations of the criminal justice system, which must await the commission of the offence before punishing the offender. Moreover, some will argue that it is difficult to say that X had a fair chance to obey if it was certain (given such and such predictive laws) that he would disobey.

Conversely, as Wootton notes, the issue of determinism (about which she cautiously suspends her judgment) is not important in her preventive system⁴⁹. The fact that a conduct is the invariable result of a set of antecedent conditions does not make it illegitimate to attempt to prevent the recurrence of that conduct.

4/ The preventive system would be fair, whereas the penal system is unfair. Wootton notes that, in our system, the disparities between sentences are very significant and are often unjustifiable. Simulations concerning the choice of the sentence reveal that there are large disparities from one judge to another.

In a penal system based on the individualization of punishment, these disparities could be better justified: one sentence will prevent recidivism better than another. However, it is not certain they would be better accepted: as long as we remain within the paradigm of punishment, most people will continue to think that it is unfair that two persons who committed the same crime should be punished differently.

In Wootton's preventive system, the choice of measures as well as differences of treatment could be rationally justified. Since we are looking for appropriate solutions against recidivism, it is normal that the solutions vary from case to case. If we move away from the paradigm of punishment, the differences of treatment will be no more difficult to accept than the individualization of treatment in a medical institution.

5/ The preventive system would be modern, whereas the penal system is out of date. Wootton deplores the "atmosphere of archaic majesty and ritual"⁵⁰ in the higher courts. Some argue that

49 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, *op. cit.*, p. 81-82.

50 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, *op. cit.*, p. 31.

the formalities of the courts have a beneficial effect on offenders. However, Wootton believes “that the formal and unfamiliar language, the wigs and robes, the remoteness of the judge from the lives and temptations of many defendants detract from, rather than add to, the effectiveness of British justice⁵¹”.

On this point, Hart is in complete agreement with Wootton. In “Bentham and the Demystification of Law”, he develops exactly the same idea:

But surely, in the light of a changed general attitude, not only to ceremonies and forms but to authority of all kinds, we should reconsider the question whether our legal rituals help us now or obstruct us. Do not our inherited forms instead of inspiring irrational or undeserved respect (as Bentham chiefly feared) make the law appear anachronistic, out of touch because out of date, or, as one critic has illuminatingly put it, do they not make the law and lawyers appear like ‘some contemporary remnants of a society dominated by the upper classes’, marked off from the rest by a special style of dress and diction? Would not dropping these forms, dimming the lustre and the splendour, do something to lessen the risks of dissociation between law and the rest of the community, which is surely among the great dangers of our time? Would it not be better to let judge and lawyer appear, as Bentham wished, merely as life-sized contemporary figures, so that in entering a law court the plain man would no longer feel that he is entering a strange world of half-intimidating and half-comic historical pantomime? We do not when we go to a doctor find ourselves confronted with someone in the guise of a seventeenth-century apothecary, complete with ruff and doublet and sword, and if we did we might feel even more uncomfortable than we do about swallowing his, that is, our, medicine. At a time when authority of all kinds is under the most irrational forms of attack why make authority more difficult to accept by dressing it up as a ghost from the past⁵²?

However, the question arises as to the extent to which the criminal justice system can be freed from the formalities that Hart denounces. Does not “doing justice” by definition imply certain rituals?

IV. Hart's objections

Hart's criticism is very ambiguous: he makes several objections that he does not consider

51 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, *op. cit.*, p. 31.

52 *EB*, p. 33-34.

insuperable, and he makes a very problematic concession to Wootton regarding mentally abnormal offenders.

The logical objection: In Wootton's preventive system, attempts could no longer be punished. Why not? Because in order to establish that a person attempted to kill X, it must be established that he intended to kill X. But Wootton defends the elimination of *mens rea*⁵³.

Hart admits that this objection can be surmounted by some ingenuity: instead of defining attempt as an act *intended* to have a certain consequence, Wootton could define attempt as an act *likely* to have a certain consequence⁵⁴. However, it is possible to give a simpler answer to this objection. In my view, Wootton's proposal should be construed as a proposal that we stop trying to establish whether the offender had a culpable/guilty intention or a fair opportunity to obey the law. We simply have to establish that a person committed an offence, and if this offence is a theft, we have to establish that this person had the intention — guilty or not guilty, whatever — of depriving the owner of the object stolen permanently. Once we have established the *fact* that he committed a theft, we have to examine the circumstances of his theft to choose an appropriate preventive measure: did he commit his theft under threat of death? To have fun? Because he was starving to death? Because he suffers from kleptomania? Because he drank alcohol? This information is crucial to choose the right preventive measure, if needed.

The political objection:

In a system in which proof of *mens rea* is no longer a necessary condition for conviction, the occasions for official interferences with our lives and for compulsion will be vastly increased. Take, for example, the notion of a criminal assault. If the doctrine of *mens rea* were swept away, every blow, even if it was apparent to a policeman that it was purely accidental or merely careless and therefore not, according to the present law, a criminal assault, would be a matter for investigation under the new scheme, since the possibilities of a curable or treatable condition would have to be investigated and the condition if serious treated by medical or penal methods. No doubt under the new dispensation, as at present, prosecuting authorities would use their common sense; but very considerable discretionary powers would have to be entrusted to them to sift from the mass the cases worth investigation as possible candidates for

⁵³ *PR*, p. 209.

⁵⁴ *PR*, p. 264.

therapeutic or penal treatment. No one could view this kind of expansion of police powers with equanimity, for with it will come great uncertainty for the individual: official interferences with his life will be more frequent but he will be less able to predict their incidence if any accidental or careless blow may be an occasion for them⁵⁵.

This objection requires us to clarify the function of the police in Wootton's preventive system. In Wootton's preventive system, the role of the police would not be very different: the police would collect complaints, search for and arrest offenders (and as a priority, dangerous offenders). Now, collecting complaints, searching for and arresting offenders logically presupposes that there is a list of offences. But would "hitting someone" count as an offence in Wootton's system? Probably not, because if it were the case the police would have an impossible and absurd task. Moreover, as Hart says, considerable discretionary powers would have to be entrusted to the police and to the prosecuting authorities. In Wootton's system, the police would continue to search for and arrest only those who are suspected of having committed a criminal assault. The only difference would be that, in the first instance, we would not ask the question whether the offender is mentally abnormal, could have acted otherwise or had an evil or culpable intention, etc. The question would simply be: did he commit a criminal assault?

The moral objection: "If we imprison a man who has broken the law in order to deter him and by his example others, we are using him for the benefit of society, and for many people, including myself, this is a step which requires to be justified by (*inter alia*) the demonstration that the person so treated could have helped doing what he did⁵⁶."

Wootton does not exclude the use of punitive measures⁵⁷. In certain cases, a heavy fine will be, all things considered, the best measure to prevent an offender from reoffending.

Hart requires that before using punitive measures, his rule of responsibility must be respected: one cannot punish a person who had no fair chance to obey the law or who does not possess certain cognitive or volitive capacities. But Wootton might simply answer: What would be the

⁵⁵ *PR*, p. 206.

⁵⁶ *PR*, p. 207.

⁵⁷ "a sentencing policy which makes the prevention of crime its primary objective is not necessarily to be equated with one that is 'soft' [...]. But, while adhering to the principle of minimum action, it does not rule out the use of penalties or discard deterrence altogether." (B. Wootton, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, *op. cit.*, p. 114.)

point, in a system focused on preventing recidivism, of punishing a person who has broken the law because of an invincible mistake or because of a mental disability? That would simply be absurd⁵⁸. That would be like giving an antibiotic treatment to someone who has chicken pox. The argument used by Hart against Bentham of the risk of dishonest evasion does not work here because Wootton does not think in terms of responsibility, excuses or exemptions.

Moreover, Hart himself gives this simple answer when he proposes his middle-way between the elimination of responsibility and the retention of responsibility. Why give up the pleas of insanity and continue to excuse “normal” people for accidents, invincible errors, etc.? His answer is: “Presumably the justification of this halfway measure would be that in most cases of mere accidental or unintentional conduct, or crimes committed under duress, the accused is not likely to repeat his crime and punishment or treatment is not necessary⁵⁹.”

The criminological objection:

At present one of the features distinguishing punishment from treatment is that unlike a medical inspection followed by detention in hospital, conviction by a court followed by a sentence of imprisonment is a public act expressing the odium of society for those who break the law, or at least for their conduct in doing so. [...] if with the operation of the new system, conviction and imprisonment will in time be assimilated to, and no more odious than, a compulsory medical inspection followed by detention in hospital, it seems that the law will lose an important element in its authority and deterrent force. Some would say that this element is more important as a deterrent than the actual punishment administered⁶⁰.

Hart admits himself that this objection may have no empirical basis. Indeed, it “involves a belief about the dependence of the efficacy of the criminal law on the publicity and odium at present attached to conviction and sentence and on deterrence by example; psychological and sociological researches may one day show that this belief is false⁶¹”. Wootton precisely denounces the naivety of this objection:

58 See also: “Once again, this view is sound and significant. The difficulty, though, is that it is anything but clear that Lady Wootton would have us applaud the punishment of persons in such circumstances.” (R.A. Wasserstrom, “H.L.A. Hart and the Doctrines of *Mens Rea* and Criminal Responsibility”, *art. cit.*, p. 115.)

59 *PR*, p. 179.

60 H.L.A. Hart, “Review: Barbara Wootton, *Crime and the Criminal Law*”, *art. cit.*, p. 1330.

61 *PR*, p. 209.

I can only say that such faith in the omnipotence of the deterrent effect of social disapproval strikes me as extremely naïve, and as certainly not borne out by the facts. No one can have personal contacts with even a handful of serious offenders without encountering entrenched anti-authoritarian attitudes in which, not only are reproaches from official quarters counterproductive, but so also are kindly and generous attitudes on the part of persons in authority. [...] This is not, however, to deny that now and then an offender, especially if he comes from a “respectable background”, may be shamed into new attitudes by the disgrace of a conviction. Such cases are, however, far from typical⁶².

Moreover, it is clear that the two steps of Wootton's preventive system, establishing the facts and dealing with the offender, will never be equated with medical diagnosis and prescription. Establishing that X has committed rape is not the same as diagnosing X with an ear infection; imposing a binding measure on X to prevent his recidivism is not the same as offering X (non-binding) treatment to treat his illness.

The ad dystopia objection. After addressing these four objections to Wootton, Hart writes: “Nonetheless I am certain that the questions I have raised here should worry advocates of the elimination of responsibility more than they do; and until they have been satisfactorily answered I do not think we should move the whole way into this part of the Brave New World⁶³.” Probably without realizing it, Hart uses a fallacious argument: the *ad dystopia* argument. This is an argument by which one seeks to convince one's interlocutor by referring to a dystopian work (or one of its elements). It is halfway between the slippery slope argument and the argument from authority. This argument, in addition to being fallacious, probably contributed to demonizing Wootton and, in so doing, impeded a charitable interpretation of her proposal. Ironically, what Hart considers as a dystopia is considered by Wootton a utopia: “That the criminal courts should unashamedly aim at the reduction of criminal behaviour, and that regard should be paid to questions of guilt and responsibility only in so far as they are related to this aim, will no doubt be regarded by some as monstrous, and by others as Utopian⁶⁴.”

Hart's concession. Let us now move on to Hart's biggest concession to Wootton. Hart is ready to adopt (what he believes is) Wootton's proposal, but only for mentally abnormal offenders.

62 B. Wootton, *Crime and Penal Policy: Reflections on Fifty Years' Experience*, op. cit., p. 222.

63 PR, p. 209.

64 B. Wootton, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, op. cit., p. 114.

Instead of eliminating *mens rea*, we should proceed “by eliminating the pleas of insanity and diminished responsibility⁶⁵”. In others words, during the first step of the criminal trial, “no form of insanity or mental abnormality would bar a conviction, and this would no longer be investigated before conviction⁶⁶”. Thus, a mentally abnormal person could be found guilty of rape, murder, etc. However, after conviction, during the second step of the criminal trial, mental abnormality would be investigated and, if there is evidence of mental abnormality, “the Courts should no longer be permitted to think in terms of responsibility and mete out penal sentences instead of compulsory medical treatment⁶⁷”. Why does Hart advocate this “moderate” — as he says — form of Wootton’s alternative? His arguments directly come from Wootton:

the forensic debate before judge and jury of the question whether a mentally disordered person could have controlled his action or whether his capacity to do this was or was not “substantially impaired” seems to me very often very unreal. The evidence tendered is not only often conflicting, but seems to relate to the specific issue of the accused’s power or capacity for control on a specific past occasion only very remotely. I can scarcely believe that on this, the supposed issue, anything coherent penetrates to the minds of the jury after they have heard the difficult expert evidence and heard the judge’s warning that these matters are “incapable of scientific proof”. And I sympathize with the judges in their difficult task of instructing juries on this plea⁶⁸.

Hart knows that his “moderate” proposal raises many technical issues⁶⁹. But it does not raise only technical issues, but also moral issues he ignores. One difference between Wootton’s proposal and Hart’s proposal is that, in Wootton’s proposal, offenders are not *found guilty* or *convicted* of anything: they are “identified” and “dealt with”. By contrast, Hart’s proposal is a simple adjustment of the penal system as we know it: we would continue to have the full-blown trial and those who suffer from mental abnormality would be adjudged guilty and convicted. This is very disturbing. As Wasserstrom cleverly points out, Wootton’s “proposal is more moderate than Hart’s just in the sense that it precludes incorrect and specious assessments of blame and responsibility, while Hart’s appears to invite them⁷⁰”.

65 *PR*, p. 205.

66 *PR*, p. 195.

67 *PR*, p. 205.

68 *PR*, p. 204-205.

69 See *PR*, p. 205-206, note 31.

70 R.A. Wasserstrom, “H.L.A. Hart and the Doctrines of *Mens Rea* and Criminal Responsibility”, *art. cit.*, p. 125.

In any event, what must be emphasized here is that Hart attempted to strike a balance between the penal system (as we know it) and the preventive system advocated by Wootton (although, as is often the case, he did not attempt to do so in depth). It is unfortunate that post-Hartian penal philosophy, instead of recognizing this (real) attempt, attributed to Hart an (imaginary) mixed theory of punishment; and that instead of exploring this (promising) path, it focused on the (illusory) conciliation between retributivism and utilitarianism.

Conclusion

In this general conclusion, I will proceed in two stages. Firstly, I will summarize the main results of my work. Secondly, I will attempt to answer to Thorburn's criticism that Hart's penal philosophy is radically orthodox.

At the beginning, I wanted to justify my work by explaining why the four most common interpretations of Hart's penal philosophy are unsatisfactory. According to the first interpretation, Hart defends a mixed theory of punishment, i.e. a compromise between utilitarianism and retributivism. In my view, Hart makes no concession to retributivism, unless the notion of "retribution" is so distorted as to render it meaningless. Moreover, the debate between utilitarianism and retributivism is not his main concern: the real challenge comes from the "penal scepticism" represented in England by Wootton. According to the second and third interpretations, Hart defends a form of utilitarianism: either a rule-utilitarianism, or a liberal-utilitarianism. The thesis that Hart defends rule-utilitarianism must be rejected: Hart explicitly disassociates himself from rule-utilitarianism (as can be seen in his criticism of young Rawls and Lyons); moreover, we have no evidence that he considers the distinction between act-utilitarianism and rule-utilitarianism to be relevant. The thesis that Hart defends a liberal form of utilitarianism must also be rejected: the combination of utilitarianism and liberalism is either redundant or a contradiction in terms; moreover, utilitarianism and liberalism were for Hart as much sources of inspiration as they were targets. According to the fourth interpretation, Hart defends a goal/constraint approach. This interpretation, although better than the other three, is not satisfactory either. On the one hand, the principles of justice restricting the pursuit of the goal of crime reduction are not conceived by Hart as deontological (or quasi-deontological) side-constraints. On the other hand, this interpretation does not explain what moral philosophy underlies this seemingly *ad hoc* combination of teleological considerations and consideration of justice or fairness.

Having set aside these four interpretations, I have presented my own. In my view, Hart's penal philosophy can be reconstructed as the articulation of a method (the analytical method of distinguishing problems) and a moral philosophy (moral pluralism). The analytical method of distinguishing problems, as its name indicates, reflects Hart's attachment to analytical philosophy and consists in distinguishing four issues that are too often conflated and between

which there is no necessary connection: the definition of punishment, the justification of punishment, criminal responsibility and the determination of punishment. For Hart, one cannot rescue the utilitarian justification of punishment by saying that by definition punishment of the innocent is impossible; and just because one accepts the utilitarian justification of punishment does not mean that one has to justify the conditions of criminal responsibility or the principles of determination of punishment with utilitarian arguments¹.

Hart's moral pluralism has two aspects: value pluralism and pluralism about forms of moral reasons. Hart's value pluralism is very close to that of Isaiah Berlin, his closest friend. For both thinkers, there is an irreducible plurality of moral values (such as equality, freedom, security, justice, happiness, truth, etc.), not always commensurable, not always compatible, between which we are forced to choose or find a compromise without being guided by an ultimate principle. For Hart as for Berlin, monism (especially utilitarian monism) is a mistake and a danger: one cannot reduce or subordinate all values to an ultimate value, for example general utility. Moral dilemmas and the choices they require are an essential component of human existence.

Hart's pluralism about forms of moral reason is opposed to what Hart calls Bentham's restrictive doctrine of reason, according to which any reason for action other than general utility is a pseudo-reason. On the contrary, for Hart, there is an irreducible plurality of forms of moral reason that come from different "segments" of morality: rights, duties, special obligations, general obligations, beneficial or harmful consequences, virtues, and so on. Like values, they can conflict or cumulate. This view parallels Nagel's view that there are both impersonal and agent-centred moral reasons; or Dancy's view that consequentialism "counts as a formal restriction on the sorts of moral reasons there can be"².

How do Hart's analytical method of distinguishing problems and his moral pluralism fit into his penal philosophy? Firstly, value pluralism allows Hart to resolve the issue of criminal responsibility and that of the determination of punishment. Indeed, the distributive principles he defends (punishing only those who had a fair chance to obey the law, excluding inhuman and degrading punishments, etc.) reflect "values with which we may wish to compromise, and our compromise with them may restrict the extent to which we pursue the main values which

1 N. McCormick, *H.L.A. Hart*, Stanford: Stanford University Press, 2008, p. 173.

2 J. Dancy, *Moral Reasons*, Oxford: Blackwell, 1993, p. 167.

justify punishment³". These values are primarily justice, freedom and legal certainty. For Hart, the tension within the criminal justice system between ends and means, between justification and distribution, must be understood as a tension between incompatible values that one tries to accommodate as best one can.

Secondly, pluralism about forms of moral reasons allows Hart to resolve the issue of the justification of punishment. In my view, Hart does not rule out the possibility that the practice of punishment may be justified for several reasons that are not of the same kind. Indeed, it is quite possible that he accepts, in addition to the Benthamian justification, what I have called the right-based justification and that the practice of punishment is doubly justified: on the one hand, it is necessary to prevent a greater evil, and on the other hand, it is necessary for a reasonable level of security and for the obedience of free riders to which we are entitled.

Furthermore, Hart recognizes that the reasons for punishing a particular individual are not the same as the reasons for punishing those who have broken the law. Political obligation explains why the mere fact of having broken the law is in itself a reason to punish the offender. However, one cannot explain why those who have broken the law are punished by saying "because they have broken the law": other reasons are needed.

After outlining my interpretation, I showed why it fits particularly well with the anti-reductivism (typical of ordinary language philosophy) that permeates all of Hart's work. Then, I turned to the first of the four issues Hart distinguished: the definition of punishment.

In "Prolegomenon to the Principles of Punishment", Hart proposes a definition of standard punishment very close to that of Flew. Following his method of definition, he lists the salient features of the standard act of punishing, of which only a few are necessary (i.e. common to both standard and non-standard cases). He insists on the fact that this definition does not allow us to solve the punishing the innocent objection: in fact, it does not exclude this possibility, but only makes it a non-standard case.

Hart's definition, as long as it is understood as a characterization of what standard *legal* punishment is, is consensual (which probably explains why it is so often quoted). However, I

3 LLM, p. 37-38.

have attempted to develop a more inclusive definition of legal punishment: I have sought to find out what characteristics are common to standard and non-standard cases by examining the five criteria of Hart's definition one by one. The first point is that not every punishment involves consequences normally considered unpleasant, but involves consequences normally considered aversive. The act of punishing an individual consists in presenting him with an aversive stimulus. Moreover, the aversive consequences of punishment (or at least some of them) are intended as such: they are not a foreseeable or inevitable side effect. The second point is that not every punishment is for an offence against legal rules, but for a past thing which is the subject of an accusation. The third point is that not every punishment is of an actual or supposed offender for his offence, but of a being, whether human or non-human, guilty or innocent. We only have to think of the punishments inflicted during a rigged trial or an animal trial.

After having broadened Hart's definition, I turned to Feinberg's thesis that every punishment in the emphatic sense, as distinct from mere penalties, expresses attitudes of resentment and indignation (affective element) as well as judgments of disapproval and of reprobation (cognitive element). Does Hart agree with this thesis? Hart writes twice that *conviction by a court* followed by a *sentence of imprisonment* is a public act expressing the odium of society. However, he does not assert that this applies to any act of punishment. Moreover, a strong argument against Feinberg's thesis can be found in other texts: it is sociologically naïve, because it presupposes that when a crime is committed, society is outraged by it and disapproves of it collectively and to the same degree. In spite of its flaws, Feinberg's thesis nevertheless contains part of the truth: on the one hand, some punishments, such as prison, are infamous and have a strong symbolic significance; on the other hand, every punishment is based on a past thing which is the subject of an accusation.

Before moving on to the next Chapter, I highlighted a number of conceptual distinctions that are rarely taken into account or made explicit. I made a distinction between: 1/ the act of punishing and the practice of punishment, which is based on the regular performance of acts of punishing within a community; 2/ punishment and the penal system. The practice of punishment can exist independently of the penal system, which is a set of legal institutions whose main mission and *raison d'être* is to punish offences. This distinction is essential for understanding the Hart/Wootton debate; 3/ punishment and criminal law. As Hart admits, even

if Austin's theory of law does not work as a theory of *law*, it is acceptable as a theory of *criminal* law: criminal laws are indeed general orders backed by threats. The distinction between punishment and criminal law is important, because one can defend an expressive theory of criminal law (like Hart) while rejecting expressive definitions or justifications of punishment; 4/ punishment and threats by the legislator. It is crucial to distinguish between the infliction of punishment by a judge and the threats of the legislator directed against those who are tempted to break the law. Indeed, Hart's famous criticism of Bentham is based on this distinction; 5/ fines and taxes. Hart places great emphasis on this distinction even though, as he admits, the difference between the two may become imperceptible, for example in the case of a "prohibitive tax"; 6/ punishment and measures (or, if one prefers, punitive and non-punitive measures). Wootton's position is difficult to understand if one does not understand this distinction. Measures, unlike punishment, are not based on a past thing which is the subject of an accusation and their aversive consequences are not intended as such.

The second Chapter was devoted to the justification of punishment. I thought it important to begin with a clarification of the issue (which is often confused with the issue concerning the function of punishment). Justifying punishment means explaining why the practice of punishment should not be abolished like the death penalty, defending it against its critics, showing why we have adequate grounds for punishing. For Hart, punishment needs to be justified because it is objectionable. Without an overview of the reasons why it is objectionable, it is impossible to know whether it can be justified. In his view, the strongest objection to the practice is the misery it creates (directly or indirectly). But it is not the only one. Punishment under the rule of law is expensive and, despite precautions, necessarily leads to the conviction of innocent people. Punishment reproduces (at least materially) the offences it punishes: murder, sequestration, extortion, etc.

The first justification accepted by Hart is that given by Bentham: punishment is justified if and only if 1/ it prevents an evil greater than the one it causes, 2/ it is not possible to achieve the same result at a cheaper rate and as effectually. According to Hart, the punishment of homosexuality or abortion does not meet the first condition and is therefore not justified. On the other hand, the punishment of offences against property and persons seems to fulfil the first condition. But does it meet the second condition? Hart argues that punishment is a "natural necessity". I have sought to check this assertion by examining the main alternatives

to punishment: therapy, rehabilitation, reparation, reward. Hart knows them all, but discusses them little, if at all. Probably because none of them seems to be able to replace punishment in all cases: the majority of offenders are not “sick”, offenders do not always need to be “rehabilitated”, reparation is a pseudo-alternative that is often inapplicable, and reward is too costly. However, it would be desirable, in my view, to make more frequent use of the alternatives to punishment where possible and beneficial.

Bentham's justification raises many problems. One of them is that it seems incomplete. For the punishment of an offence to be justified, it is not enough that this is necessary to prevent a greater evil: it must also be shown that it is not due to the fault of the government and that those punished are not sacrificed to society. According to Hart, these two conditions are met: the necessity of punishment is not due to a fault of the government but to human nature (half angel, half demon); those who are punished are not sacrificed to society if they had a fair chance to obey the law.

Then, I asked myself whether punishment can be doubly justified, i.e. justified for an additional reason. The first candidate is the retributive justification of punishment. This can be formulated in several ways: consequentialist (the return of suffering for the moral evil done is an intrinsic good to be maximized), deontological (the return of suffering for the moral evil done is an imperative of justice), biblical (the return of suffering for the moral evil done makes it possible to redistribute happiness equitably). However, whichever formulation is chosen, this justification is not convincing. For Hart, the retributive justification is either nonsense, or confusion between punishment and compensation, or a hidden form of utilitarianism, or a pseudo-answer to the question of justification.

One might object that, in *The Concept of Law*, Hart writes that the judge, in punishing, takes the breach of the rule as his justification for punishing the offender. However, just because you hold that punishing an individual is justified simply because he has committed an offence does not mean that you are a retributivist; it rather means that you take seriously the rule that was violated. If an individual has an obligation to respect a rule, it follows analytically that the violation of that rule justifies the infliction of the penalty provided for, otherwise it would be meaningless to speak of an obligation or a rule.

A second candidate is the expressive justification. This too can be formulated in several ways: in the manner of Durkheim (punishment is necessary for social cohesion that it protects by reaffirming the values violated by crime and by revitalizing the *conscience collective*) or in the manner of Lord Denning (the death penalty is justified because only it expresses with sufficient force the condemnation of murder). We saw that the disagreement between Hart and Durkheim was extremely subtle, since Hart too holds that punishment is a social cement: it offers individuals a necessary guarantee for their cooperation. On the other hand, the disagreement between Hart and Lord Denning is total. It is false that punishment is necessary to denounce crime and, even if it were true, what is the point of creating so much misery just to denounce crime?

The last candidate is what I have called the right-based justification. Hart only touches on it, but he gives us all the ingredients. The first formulation of the right-based justification can be taken from “Are There Any Natural Rights?”: if the mutuality of restrictions entitles cooperating members to obedience from all those who benefit from the rules, and if punishment is necessary to ensure that obedience, then cooperating members are entitled to have the violators punished and the state has an obligation to punish them. This justification of punishment should not be confused with the fair-play theory of punishment outlined by Morris. Hart does not say that punishment takes away an unfair advantage from the offender.

The second formulation of the right-based justification is not based on a “positive moral right” (the right that the mutuality of restrictions gives to cooperating members), but on a “basic human right”: the right to security. I have shown that this right (in addition to being asserted several times by Hart) fits perfectly with his underdeveloped conception of basic human rights as protecting the minimum essential needs of every human being. If every human being is entitled to a reasonable level of security, and if this reasonable level of security cannot be guaranteed without punishing certain offences, then the state has an obligation to punish those offences.

Some may be surprised that I attribute such a view to Hart. But why should they be surprised? From the very beginning of his philosophical career, Hart showed a near obsession with the question of rights and constantly searched a way to overcome the narrowness of utilitarian positivism with regard to rights. Moreover, he constantly asserted the essential link between

rights and justified coercion.

I have explained why the Benthamian justification and the right-based justification are both close and different. Certainly, both justifications are instrumental. However, they justify the use of this instrument – punishment – with different arguments. Bentham's perspective is arithmetic: the aim is to do as little harm as possible. The right-based perspective is non-quantitative: it is about securing moral rights.

I devoted the next Chapter to the question of criminal responsibility, that is, the question of under what conditions an individual can be punished. Hart's answer lies in what I called his "rule of responsibility": only those who broke the law, have certain capacities and had a fair opportunity to obey can be punished. As a first step, I tried to reveal the origins of this rule. In my opinion, Hart was inspired by the analyses of ordinary language philosophers (in particular J.L. Austin and Ryle) concerning the expression "X could/could not have acted otherwise": for these philosophers, the conditional analysis is inadequate and must be replaced by an analysis referring to the agent's capacities and opportunities. If Hart drew on these analyses, it is because his initial conviction was that, in accordance with common sense, those who could not have acted otherwise cannot be punished.

As a second step, I have clarified the meaning of Hart's rule of responsibility. In order to be punished, one must possess certain cognitive and volitional capacities, that is, a minimum of discernment or control over one's actions. The psychological condition of some individuals is such that they do not have this minimum: children, some mentally handicapped people, some people suffering from senile dementia, some people with irresistible impulses due to brain damage, etc. Therefore, they are criminally irresponsible; they are exempted. The problem is the hard case of offenders who could have acted otherwise, but who have a low level of discernment or control over their actions. In this case, for Hart, the penalty must be mitigated and supplemented or even replaced by treatment. I have also explained that where a "normal" person is temporarily deprived of discernment or control over his actions (for example, as a result of drug use), Hart's rule of responsibility does not preclude punishment.

To be legally punished, one must also have had a fair chance to obey the law, i.e. have been in circumstances where obeying was not insurmountable, did not require any form of heroism.

For example, in the case of invincible ignorance, obeying the law require epistemic heroism; in the case of invincible physical coercion, obeying the law requires physical heroism; in the case of moral coercion, obeying the law requires moral heroism. That is why, in these circumstances, individuals are not criminally responsible; they are excused.

After having clarified and slightly supplemented Hart's rule of responsibility, I examined its justification. One of Hart's central theses is that a utilitarian justification of punishment is perfectly compatible with a non-utilitarian justification of his rule of responsibility. For Hart, it is not clear at all that a coherent utilitarian should reject strict liability, absolute liability, vicarious liability, etc. In fact, a distribution of punishment consistent with the principle of utility may not resemble the one we are familiar with or the one Hart advocates. As Hart demonstrates, Bentham's argument that strict liability must be inefficacious is not convincing. Moreover, modern extended forms of utilitarianism miss the point, or even fall into populism.

For Hart, if we want to defend exemptions and excuse, if we want to defend the restriction of punishment to those who have certain cognitive and volitional capacities and had a fair chance to obey, we must appeal to two universal values: freedom and justice. What Hart means here by freedom is, like Montesquieu or Beccaria, one's opinion of one's own safety. This would be almost destroyed if the "principle of responsibility" were no longer respected; Even if the recognition of exemptions and excuses most certainly has a cost in terms of "*sécurité policière*", it is, according to Hart, the price to be paid for our "*sécurité juridique*". The plurality of values does not allow us to have everything: when they compete, choices or compromises are necessary.

On the other hand, it is profoundly unjust to punish those who could not have acted otherwise. This is an analytical truth: to challenge it is to reject our ordinary concept of justice or injustice. When we punish someone when he could not have acted otherwise, we unjustly blame him for an act he could not have avoided. Unlike Bentham, Hart takes this objection very seriously and refuses to regard it as capricious or childish. For Hart, it is necessary to protect society (through punishment), but also to protect the individual from society (through the distribution of punishment)⁴. If strict liability is generalized to maximize the effectiveness of the penal system, some individuals will be treated as mere means, which is morally

⁴ In the same sense, the Criminal Code is aimed at the protection of society, while the Code of Criminal Procedure is aimed at the protection of the individual against society.

unacceptable.

I stressed several times in this work that Hart's rule of responsibility is not a deontological principle: on the one hand, it is a negative principle, excluding the punishment of all those who meet its conditions, and not a positive principle, requiring the punishment of all those who meet its conditions; on the other hand, it is possible to derogate from this rule or make it more flexible (for example, by injecting a small dose of strict liability in the penal system). The balance to be struck between protecting society and protecting the individual from society is difficult to find, and Hart's work can be read as an exploration of this difficulty.

Finally, I attempted to clarify the relationship between Hart's rule of responsibility and determinism. It is often argued that if determinism is true, then the statement "I could have acted otherwise" is false. However, if the statement "I could have acted otherwise" only means that I have certain cognitive and volitional capacities and that obeying the law did not require any form of heroism, then its truth is not threatened by determinism at all. Hart admits that if we could predict human behaviour with certainty using scientific laws, the practice of punishment and the concept of responsibility might no longer make sense. However, this possibility seems very remote, if not logically excluded.

Criminal responsibility is only one aspect of the distribution of punishment. The other aspect is the determination of the quality and quantity of punishment. On this subject, Hart defends four principles. The first two concern the legislator, the drafter of the Penal Code: the penalties for serious offences must be more severe than those for minor offences (ordinal proportionality); inhuman and degrading punishments must be excluded (humanity). The last two concern the judge: like cases must be treated alike (equal treatment); punishment must be individualized below the legal maximum (individualization).

The principle of ordinal proportionality is the most complex. Hart bases it on the commonsense scale of gravity and severity, the subtleties of which I examined. The aim is to avoid shocking disproportions: for example, punishing unlicensed driving and rape just as severely. Hart does not think we can go much further than that, given the very approximate nature of the commonsense scale of gravity and severity. Hart's defence of the principle of ordinal proportionality is not really satisfactory. On the one hand, he admits that ordinal

proportionality is not necessarily consistent with the principle of utility but uses a utilitarian argument (the nullification argument) which he elsewhere criticizes. On the other hand, he argues that ordinal proportionality can be justified using the “treat like cases alike” principle, but he does not explain why gravity is a relevant difference (and from the perspective of crime reduction, it is not necessarily). In my view, Hart has sketched out a more compelling expressive argument: without ordinal proportionality, the difference in gravity between the acts committed is no longer reflected, and the message sent is unfair.

In order to clarify the principle of humanity, I adopted Waldron's analyses: an inhuman punishment is a punishment that hinders the needs essential to the physical and moral integrity of the person punished; a degrading punishment is a punishment that lowers the person punished to a lower rank, to the rank of an animal, a thing, etc. For Hart, it is not at all obvious that utilitarianism protects us from these punishments, especially since Bentham assumes some of them.

The principle of equal treatment, “treat like cases alike”, is a formal principle, because it does not tell us what difference is relevant and what punishment should be chosen. However, it has an important implication: differences in treatment between offenders must be justified or motivated by the judicial authorities. Some authors, such as Rawls, tried to base equal treatment on the principle of liberty, but Hart seems to attribute an intrinsic value to this requirement of justice.

The principle of individualization of punishment is also complex. For Hart, the judge should not inflict a punishment that exceeds the legal maximum, but neither should the judge inflict a punishment that exceeds the utilitarian maximum, that is, “inflict on a fellow-creature, whatever may be his offences, any amount of suffering beyond the least that will suffice to prevent him from repeating, and others from imitating, his misconduct⁵”. But how can one choose between the amount of suffering that is sufficient to prevent the offender from reoffending and that which is sufficient to prevent others from imitating his misconduct? These two quantities are not necessarily equivalent. Hart seems to agree with Wootton when she says that we must focus first and foremost on the goal of preventing recidivism. This implies individualizing punishments: this or that punishment will be enough to prevent one

5 J.S. Mill, *Utilitarianism and On Liberty*, Second Edition, Blackwell Publishing, 2003, p. 229.

offender from reoffending, but not another. For Hart, the individualization of punishment does not contradict the principle of equal treatment: the judge can justify the difference in treatment between two offenders by saying that they do not have the same personality and the same needs, that the chances of success of the punishment are high in one case and low in the other.

I have devoted the last Chapter to the Hart/Wootton debate. In my view, this debate is often misunderstood. The question is this: Is a rational and reasonable penal system, such as that advocated by Hart, preferable to an entirely forward-looking preventive system, such as that advocated by Wootton? To begin with, I presented Wootton's alternative. According to her, a rational crime prevention system should operate in two stages: 1/ identifying offenders and 2/ dealing with offenders. In the first stage, the aim is to track down the offenders and establish whether or not they actually broke the law. Wootton excludes intervention *ante delictum*. At this stage, it is not necessary to take into account the fault, as long as the accused actually committed the act of which he is accused: X stole, X tried to kill Y, and so on. The question of whether the act is imputable, excusable or justifiable does not arise. The second step is to take, if necessary, a preventive measure (punitive or non-punitive). In order to determine whether a preventive measure is necessary and, if so, to choose it, the circumstances of the offence, the personality of the offender and his history must be examined; a maximum number of scientific tools (statistical and clinical) must also be used. There are therefore three possibilities, depending on the risk of recidivism and the offender's needs: no measure, non-punitive measure (treatment, incapacitation, reparation, community service, etc.), punitive measure.

After having presented Wootton's alternative, I explained why she defended it. According to her, the penal system is inefficient and irrationally obsessed with punishment, as if it were the only or the best way to prevent crime. If our goal is really to prevent crime, then it makes no sense to lock ourselves into a penal system. The ability of the criminal justice system to deter criminals and the part played by calculation in antisocial behaviour has been greatly exaggerated.

In a final section, I examined one by one Hart's objections to Wootton. As Hart himself acknowledges, none of his objections are decisive. The logical objection, I think, is irrelevant because it is based on a misunderstanding between Hart and Wootton about the concept of

mens rea: Wootton does not argue that the state of mind should be ignored, but that the fault of the offender should be ignored. The political objection is a weak one: it is not certain that Wootton's system is more "liberticidal" and repressive than a system that makes extensive use of imprisonment. The moral objection is understandable, but it is unlikely that a system oriented to the prevention of recidivism would punish those who had no fair chance to obey the law. The criminological objection, according to Wootton, is naïve: measures do not preclude shame or fear of accountability. Finally, all the *ad dystopia* arguments used by Hart are quasi-fallacies.

In fact, Hart constantly sides with Wootton: on general deterrence, on penal archaisms, on the problem of mentally abnormal offenders, and so on. Moreover, his so-called "middle way" (providing for the removal of insanity defence) is actually more extreme than Wootton's: ignoring mental illness at the time of conviction is far more serious than ignoring it at the time of establishing the facts.

Now that I have synthesized my work, let us turn to Thorburn's criticism:

A reader coming to *Punishment and Responsibility* for the first time today might be forgiven for wondering what all the fuss is about. There is certainly nothing terribly radical in any of Hart's views. His vision of criminal justice is nuanced, carefully organized, and thoughtfully articulated but it is pretty much what one would expect from a member of the *bien pensant* liberal intelligentsia of mid-century Oxford. Indeed, Hart's central purpose in the book is to defend his rather run-of-the-mill liberal utilitarian view of criminal justice against more radical challenges from Barbara Wootton, Patrick Devlin, and others. He endorses well-worn utilitarian arguments about the justification of punishment (nothing but the prevention of human suffering itself—mostly through deterrence—could justify the imposition of suffering by way of criminal punishment) as well as a quite mainstream liberal concern about distributive justice in the allocation of punishment to specific individuals (no one should be made to suffer punishment merely for the good of others; only his own choice to break the law, made under fair conditions, could do this). In the stormy decade that was the 1960s, overflowing with radical intellectual and political movements, H.L.A. Hart's views were consistently middle-of-the-road⁶.

6 M. Thorburn, "The Radical Orthodoxy of Hart's *Punishment and Responsibility*", in M.D. Dubber (ed.),

I began justifying my work by showing that the main interpretations of Hart's penal philosophy were unsatisfactory. However, one could say that, even if well understood, Hart's penal philosophy is not original, as Thorburn argues.

Admittedly, a reformer or activist might be disappointed in reading Hart. However, the interest of his work is more theoretical than practical. Hart deployed in his penal philosophy an approach or method which, in the 1960s, was unprecedented and whose fertility explains why Hart remains an inescapable reference. This approach has three salient features:

1/ Hart's approach is that of an analytical philosopher, strongly influenced by ordinary language philosophy. This means several things: a form of anti-reductivism, a primacy of "complexity" over "simplicity", important use of conceptual distinctions, particular attention to "what we would say when..." and to "what we mean when we say...", a dialectical effort to overcome the great philosophical oppositions, a discourse built around theses and arguments, a specification and narrowing of problems, a division of philosophical labour.

2/ Hart's approach is the opposite of a positivist approach in the usual French sense of the term, i.e. one that focuses exclusively on facts or positive law. As Gardner writes, "*Punishment and Responsibility* is a long series of moral arguments⁷". Hart does not think that morality is opposed to argumentation, on the contrary. He is in constant dialogue with the utilitarian and liberal tradition. For Hart, at the foundation of criminal law are moral principles, and some distinctions in criminal law reflect moral distinctions. One can recognize this while maintaining that the question "Is this law valid?" is conceptually distinct and independent of the question "Is this law good or just?" (the minimalist definition of positivism).

3/ Hart's approach is empirical, in the sense that it starts from existing criminal law, but also in the sense that it insists on the importance of the facts, on the knowledge of the effects of such and such a measure, on the need to provide robust empirical evidence, etc. These two things do not necessarily go hand in hand: one can be a very good jurist but not pay attention

Foundational Texts In Modern Criminal Law, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 279. Once again, we could draw a parallel between Hart and Rawls. Indeed, a criticism often levelled at Rawls, particularly in France, is that he simply legitimized liberal orthodoxy or justified *a posteriori* social democracy.

7 J. Gardner, "Introduction", in *PR*, p. xlviii.

to the social sciences (see Hart's criticism of English judges); conversely, one can be an excellent social scientist but have very limited knowledge of criminal law (see Hart's criticism of American sociologists).

Hart's originality comes from the mixture of these three aspects, which are traditionally contrasted using dichotomies such as fact/value, conceptual/empirical. As he writes in an article mainly devoted to methodological issues:

The detailed *analysis* of those major concepts of morality with which law is most closely interrelated seems to me more valuable both as a form of mental training and as means of providing the student with a wider perspective in which to view the law than training in the actual evaluation and criticism of this or that legal institution in the light of different sociological or psychological theories or conceptions of social purpose. To say this is not to deny the value of these alternative approaches and of course I agree that there can and should be no *absolute* severance of analytical inquiries from consideration of bodies of empirical knowledge relevant to the criticism of social or legal institutions. It would, for example, be absurd to attempt to analyse the concept of punishment or responsibility or to determine the meaning and relevance of the notions of retribution, deterrence or reform without considering certain general theories of human nature and investigating the claim that psychological discoveries have made the continued use of these concepts irrational, or shown the need for modification, if they are not to defeat the social purpose they are believed to serve⁸.

It is with this same method that the major questions that Hart did not address and on which much work remains to be done will have to be tackled: the question of the justification of prison, that of penal prescription, or that of predictive justice and dangerousness.

8 H.L.A. Hart, "Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 105, n° 7, 1957, p. 973.

Bibliography

I. Hart

CL | *The Concept of Law*, Third Edition, Oxford: Oxford University Press, 2012.

CIL | *Causation in the Law*, Second Edition, Oxford: Oxford University Press, 1985.

EB | *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Oxford University Press, 1982.

EJP | *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 1983.

LLM | *Law, Liberty and Morality*, Oxford: Oxford University Press, 1963.

MCL | *The Morality of the Criminal Law: Two Lectures*, Jerusalem: Magness Press, 1964.

PR | *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Second Edition, Oxford: Oxford University Press, 2008.

“Discretion”, *Harvard Law Review*, vol. 127, n° 2, 2013, p. 652-665.

“Answers to Eight Questions (1988)”, in L.D. d’Almeida, J. Edwards, A. Dolcetti (ed.), *Reading H.L.A. Hart’s The Concept of Law*, Oxford: Hart Publishing, 2013, p. 497-529.

“Hart Interviewed: H.L.A. Hart in Conversation with David Sugarman”, *Journal of Law and Society*, vol. 32, n° 2, 2005, p. 267-293.

“Bentham’s Principle of Utility and Theory of Penal Law”, in *The Collected Works of Jeremy Bentham: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. lxxix-cxii.

“Arthur Rupert Neale Cross, 1912-1980”, *Proceedings of the British Academy*, 70, 1984, p. 405-437.

“Morality and Reality”, *The New York Review of Books*, vol. 25, n° 3, 1978, p. 35-38.

“Abortion Law Reform: The English Experience”, *Melbourne University Law Review*, vol. 8, 1972, p. 388-411.

“Review: Barbara Wootton, *Crime and the Criminal Law*”, *The Yale Law Journal*, vol. 74, n° 7, 1965, p. 1325-1331.

“Duty”, in J. Gould, W.L. Kolb (eds.), *A Dictionary of the Social Sciences*, New York: Free Press, 1964, p. 213-214.

“Bentham”, *Proceedings of the British Academy*, 48, 1962, p. 297-302. Reimpressed in R.S. Summers (ed.), *More Essays in Legal Philosophy: General Assessments of Legal Philosophies*, Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1971, p. 18-42.

"The Use and Abuse of the Criminal Law", *The Oxford Lawyer*, vol. 4, n° 1, 1961, p. 7-12. Reimpressed in A.S. Goldstein, J. Goldstein (eds.), *Crime, Law and Society*, New York: The Free Press, 1971, p. 283-289.

"Immorality and Treason", *The Listener*, vol. 62, n° 1583, 30 July 1959, p. 162-163.

"Legal and Moral Obligation", in A.I. Melden (ed.), *Essays in Moral Philosophy*, Seattle: University of Washington Press, 1958, p. 82-107.

"Decision, Intention and Certainty", *Mind*, vol. 67, n° 265, 1958, p. 1-12.

"Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 105, n° 7, 1957, p. 953-975.

"Should the Death Penalty Be Abolished?", *The Listener*, n° 1403, 19 January 1956, p. 87-89.

"Theory and Definition in Jurisprudence", *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 29, 1955, p. 239-264.

"Are There Any Natural Rights?", *The Philosophical Review*, vol. 64, n° 2, 1955, p. 175-191.

"Justice", *Philosophy*, vol. 28, n° 107, 1953, p. 348-352.

"The Ascription of Responsibility and Rights", *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 49, 1949, p. 171-194.

II. Other references

Allen, F.A., "Criminal Justice, Legal Values and the Rehabilitative Ideal", *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 50, n° 3, p. 226-232.

American Law Institute, *Model Penal Code: Official Draft and Explanatory Notes*, Philadelphia: The American Law Institute, 1985.

Anscombe, G.E.M., *Intention*, Second Edition, Cambridge: Harvard University Press, 1957.

Armstrong, K.G., "The Retributivist Hits Back", *Mind*, vol. 70, n° 280, p. 471-490.

Arneson, R.J., "The Principle of Fairness and Free-Rider Problems", *Ethics*, vol. 92, n° 4, 1982, p. 616-633.

Austin, J.L., *Philosophical Papers*, Oxford: Oxford University Press, 1961.

Austin, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

Ayers, M.R., *The Refutation of Determinism*, London: Methuen & Co, 1968.

Bagaric, M., *Punishment and Sentencing: A Rational Approach*, London: Cavendish Publishing Limited, 2001.

Baker, T., Harel, A., Kugler, T., "The Virtues of Uncertainty in Law: An Experimental Approach", *Faculty Scholarship*, n° 701, 2004, p. 443-487.

Barnett, R.E., "Restitution: A New Paradigm for Criminal Justice", *Ethics*, vol. 87, 1977, p. 279-301.

Baron d'Holbach, *System of Nature*, trans. H.D. Robinson, vol. 1, Boston: J.P. Mendum, 1889.

Barry, B., *Political Argument*, London: Routledge & Kegan Paul, 1965.

Bayles, M.D., *Hart's Legal Philosophy: An Examination*, Dordrecht: Springer, 1992.

Beccaria, C., *On Crimes and Punishments and Other Writings*, trans. R. Davies, Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

Bedau, H.A., Kelly, E., "Punishment", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2019 Edition), E.N. Zalta (ed.). LINK: <https://plato.stanford.edu/entries/punishment/>

Bedau, H.A., "Retribution and the Theory of Punishment", *The Journal of Philosophy*, vol. 75, n° 11, 1978, p. 601-620.

Benn, S.I., "Punishment", in P. Edwards (ed.), *The Encyclopedia of Philosophy*, vol. 7, New York: Macmillan & The Free Press, 1967, p. 29-36.

-----, "An Approach to the Problems of Punishment", *Philosophy*, vol. 33, n° 127, 1958, p. 325-341.

Benn, S.I., Peters, R.S., *Social Principles and the Democratic State*, London: George Allen, 1959.

Bentham, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, in *The Works of Jeremy Bentham*, Volume One, New York: Russell & Russell, 1962.

-----, *Principles of the Civil Code*, in *The Works of Jeremy Bentham*, Volume One, New York: Russell & Russell, 1962.

-----, *Panopticon*, in *The Works of Jeremy Bentham*, Volume Four, New York: Russell & Russell, 1962.

-----, *The Rationale of Reward*, in *The Works of Jeremy Bentham*, Volume Two, Edinburgh: William Tait, 1843.

-----, *The Rationale of Punishment*, London: Robert Heward, 1830.

-----, *Theory of Legislation*, trans. R. Hildreth, London: Trübner, 1894.

-----, "Jeremy Bentham's Essay on 'Paederasty'", *Journal of Homosexuality*, 4:1, 1978, p. 91-107.

Berlin, I., "The Pursuit of the Ideal", in *The Proper Study of Mankind*, London: Vintage, 2013.

-----, "Two Concepts of Liberty", in *The Proper Study of Mankind*, London: Vintage, 2013.

-----, Jahanbegloo, R., *Conversations with Isaiah Berlin*, London: Peter Halban, 1992.

Binder, G., Smith, N.J., "Framed: Utilitarianism and Punishment of the Innocent", *Rutgers Law Journal*, vol. 32, 2000, p. 115-224.

Boonin, D., *The Problem of Punishment*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

Burke, E., "Speech on Conciliation with the Colonies", in E.J. Payne (ed.), *Select Works of Edmund Burke*, Volume 1, Indianapolis: Liberty Fund, 1999, p. 221-289.

Brink, D.O., Nelkin, D.K., "Fairness and the Architecture of Responsibility", in D. Shoemaker (ed.), *Oxford Studies in Agency and Responsibility*, vol. 1, Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 284-313.

Byrne, G., "Taking the Minimum Content Seriously: Hart's Liberalism and Moral Values", *The Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 63, n° 4, 2012, p. 477-494.

Canada, Commission sur la détermination de la peine, *Réformer la sentence, une approche canadienne: Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine*, Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1987.

Carbasse, J.-M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Third Edition, Paris: P.U.F., 2014.

Carrithers, D.W., "Montesquieu's Philosophy of Punishment", *History of Political Thought*, vol. 19, n° 2, 1998, p. 213-240.

Christie, N., "Conflicts as Property", *The British Journal of Criminology*, vol. 17, n° 1, 1977, p. 1-15.

Clutton-Brock, T.H., Parker, G.A., "Punishment in animal societies", *Nature*, 373, 1995, p. 209-216.

Cottingham, J., "Varieties of Retribution", *The Philosophical Quarterly*, vol. 29, n° 116, 1979, p. 238-246.

Cullen, F.T., "Beyond Nothing Works", *Crime and Justice*, vol. 42, n° 1, 2013, p. 299-376.

Cusson, M., *Criminologie actuelle*, Paris: P. U. F., 1998.

-----, *Le contrôle social du crime*, Paris: P.U.F., 1983.

Dagger, R., "Playing Fair with Punishment", *Ethics*, vol. 103, n° 3, 1993, p. 473-488.

-----, "Restitution: Pure or Punitive?", *Criminal Justice Ethics*, vol. 10, n° 2, 1991, p. 29-39.

Dancy, J., *Moral Reasons*, Oxford: Blackwell, 1993.

Deigh, J., Dolinko, D., "Introduction", in J. Deigh, D. Dolinko (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. v-viii.

De Keijser, J., "Never Mind the Pain, It's a Measure! Justifying Measures as Part of the Dutch Bifurcated System of Sanctions", in M. Tonry (ed.), *Retributivism Has a Past: Has It a Future?*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 188-213.

Del Vecchio, G., *La justice, la vérité: essais de philosophie juridique et morale*, Paris: Dalloz, 1955.

Dolinko, D., "Retributivism, Consequentialism, and the Intrinsic Goodness of Punishment", *Law and Philosophy*, vol. 16, n° 5, 1997, p. 507-528.

-----, "Some Thoughts About Retributivism", *Ethics*, vol. 101, n° 3, 1991, p. 537-559.

Dubber, M.D., *An Introduction to the Model Penal Code*, Second Edition, Oxford: Oxford University Press, 2015.

Dubber, M.D., Hörnle, T., *Criminal Law: A Comparative Approach*, Oxford: Oxford University Press, 2014.

Dubreucq, J.-L., Joyal, C., Millaud, F., "Risk of violence and serious mental disorders", *Annales Medico Psychologiques*, 163, 2005, p. 852-865.

Durkheim, E., *The Division of Labour in Society*, Second Edition, trans. W.D. Halls, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2013.

-----, *Moral Education*, trans. E.K. Wilson, H. Schnurer, Mineola: Dover Publications, 2002.

Ellis, A., *The Philosophy of Punishment*, Imprint Academic, 2012.

Elster, J., *Le désintéressement*, Paris: Seuil, 2009.

Fauconnet, P., *Responsibility: A Study in Sociology*, trans. W. Jeffrey, University of Cincinnati College of Law, 1978.

Fehr, E., Gächter, S., "Altruistic punishment in humans", *Nature*, 415, 2002, p. 137-140.

Feinberg, J., *Harmless Wrongdoing*, Oxford: Oxford University Press, 1990.

-----, "The Expressive Function of Punishment", *The Monist*, vol. 49, n° 3, 1965, p. 397-423.

Finnis, J., "Hart's Philosophy of Punishment", in J. Finnis, *Human Rights and Common Good: Collected Essays: Volume III*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 153-160.

-----, "H.L.A. Hart: A Twentieth-Century Oxford Political Philosopher", *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 54, 2009, p. 161-185.

Fletcher, G.P., *Rethinking Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2000.

Flew, A., "The Justification of Punishment", *Philosophy*, vol. 29, n° 111, 1954, p. 291-307.

Frase, R.S., Weidner, R.R., "Criminal Justice System", in J. Dressler (ed.), *Encyclopedia of Crime & Justice*, Second Edition, New York: Macmillan Reference USA, 2002, p. 371-391.

Fuller, L.L., *The Morality of Law*, Revised Edition, New Haven: Yale University Press, 1969.

Gardner, J., "Introduction", in *PR*, p. xiii-liii.

-----, "Legal Positivism: 5½ Myths", *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, n° 1, 2001, p. 199-227.

-----, "The Gist of Excuses", *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 1, n° 2, 1998, p. 575-598.

Gassin, R., Cimamonti, S., Bonfils, P., *Criminologie*, Seventh Edition, Paris: Dalloz, 2011.

Girard, R., *The Violence and the Sacred*, trans. P. Gregory, Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1979.

Glover, J., *Responsibility*, London: Routledge & Kegan Paul, 1970.

Golash, D., *The Case against Punishment: Retribution, Crime Prevention, and the Law*, New York, London: New York University Press, 2005.

Goldinger, M., "Punishment, Justice, and the Separation of Issues", *The Monist*, vol. 49, n° 3, 1965, p. 458-474.

Gray, J., *Isaiah Berlin: An Interpretation of His Thought*, Princeton: Princeton University Press, 2013.

Greely, H.T., "Neuroscience and Criminal Responsibility: Proving 'Can't Help Himself' as a Narrow Bar to Criminal Liability", in M. Freeman (ed.), *Law and Neuroscience: Current Legal Issues 2010*, vol. 13, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 61-77.

Green, L., "Introduction", in *CL*, p. xv-lv.

-----, "Jurisprudence for Foxes", *Transnational Legal Theory*, 3(2), 2012, p. 150-160.

Gross, H., *Crime and Punishment: A Concise Moral Critique*, Oxford: Oxford University Press, 2012.

Hacker, P.M.S., "Hart's Philosophy of Law", in P.M.S. Hacker, J. Raz, *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford: Oxford University Press, 1977, p. 1-25.

Haus, J.J., *Principes généraux du droit pénal belge*, Gand: H. Hoste, 1869.

Hobbes, T., *Leviathan*, Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1994.

Holmes, O.W., *The Common Law*, Cambridge: Belknap Press, 2009.

Honoré, T., *Responsibility and Fault*, Portland: Hart Publishing, 1999.

Hulsman, L. Bernat de Celis, J., *Peines perdues: le système pénal en question*, Paris: le Centurion, 1982.

Husak, D.N., "A Framework for Punishment: What Is the Insight of Hart's 'Prolegomenon'?", in C. Pulman (ed.), *Hart on Responsibility*, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2014, p. 91-108.

-----, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008.

-----, "Why Punish the Deserving?", *Noûs*, vol. 26, n° 4, 1992, p. 447-464.

Jefferson, M., *Criminal Law*, Eighth Edition, Harlow: Pearson Education Limited, 2007.

Jeffery, C.R., "Criminal Behavior and Learning Theory", *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 56, n° 3, 1965, p. 294-300.

Kant, I., *Critique of Practical Reason*, trans. M. Gregor, Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

-----, *Groundwork for the Metaphysics of Morals*, trans. A.W. Wood, New Haven: Yale University Press, 2002.

-----, *The Metaphysics of Morals*, trans. M. Gregor, Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

Kaufman, W.R.P., *Honor and Revenge: A Theory of Punishment*, Dordrecht: Springer, 2013.

Kekes, J., *The Morality of Pluralism*, Princeton: Princeton University Press, 1993.

Kelly, E.I., *The Limits of Blame*, Cambridge: Harvard University Press, 2018.

Kenny, A., *Freewill and Responsibility*, London: Routledge, 1978.

-----, *Will, Freedom and Power*, Oxford: B. Blackwell, 1975.

Kolber, A.J., "Unintentional Punishment", *Legal Theory*, vol. 18, n° 1, 2012, p. 1-29.

Kramer, M.H., *H.L.A. Hart: The Nature of Law*, Cambridge: Polity Press, 2018.

Lacey, N., Pickard, H., "The Chimera of Proportionality: Institutionalising Limits on Punishment in Contemporary Social and Political Systems", *The Modern Law Review*, vol. 78, n° 2, 2015, p. 216-240.

Lacey, N., *In Search of Criminal Responsibility: Ideas, Interests, and Institutions*, Oxford: Oxford University Press, 2016.

-----, *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford: Oxford University Press, 2004.

-----, *State Punishment: Political Principles and Community Values*, London: Routledge, 1988.

Lazarus, L., "The right to security – securing rights or securitising rights?", in R. Dickinson *et alii* (ed.), *Examining Critical Perspectives on Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 87-106.

Law Reform Commission of Canada, *Criminal Law: The General Part: Liability and Defences*, Ottawa: Minister of Supply and Services, 1982.

Lippke, R.L., "Some Surprising Implications of Negative Retributivism", *Journal of Applied Philosophy*, vol. 31, n° 1, 2014, p. 49-62.

-----, "Mixed Theories of Punishment and Mixed Offenders: Some Unresolved Tensions", *The Southern Journal of Philosophy*, vol. XLIV, 2006, p. 273-295.

Mabbott, J.D., "Professor Flew on Punishment", *Philosophy*, vol. 30, n° 114, 1955, p. 256-265.

-----, "Punishment", *Mind*, vol. 48, n° 190, 1939, p. 152-167.

MacCloskey, H.J., "The Complexity of the Concepts of Punishment", *Philosophy*, vol. 37, n° 142, 1962, p. 307-325.

MacCormick, N., *H.L.A. Hart*, Stanford: Stanford University Press, 2008.

Marmor, A., "Right-Based Justification of Punishment", *Israel Law Review*, vol. 22, n° 1, 1987, p. 97-106.

Martin, J., Storey, T., *Unlocking Criminal Law*, Fifth Edition, London: Routledge, 2015.

Matravers, M., Cocoru, A., "Revisiting the Hart/Wootton Debate on Responsibility", in C. Pulman (ed.), *Hart on Responsibility*, Basingstoke: Palgrave Macmillan, p. 129-153.

Matravers, M., "Punishment, Suffering, and Justice", in S. Farrall *et alii*, *Justice and Penal Policy*, Routledge, 2016, p. 27-46.

-----, "Is Twenty-first Century Punishment Post-desert?", in M. Tonry (ed.), *Retributivism Has a Past: Has It a Future?*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 30-45.

Mayr, E., "Hart, Punishment and Excusing Conditions", in C. Pulman (ed.), *Hart on Responsibility*, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2014, p. 174-194.

McKenna, M., Coates, J.D., "Compatibilism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2018 Edition), E.N. Zalta (ed.), LINK:
<https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/compatibilism/>.

McMahan, J., *Killing in War*, Oxford: Oxford University Press, 2009.

Menninger, K., "Therapy, Not Punishment", in R.M. Baird, S.E. Rosenbaum (eds.), *Punishment and the Death Penalty: The Current Debate*, Amherst: Prometheus Books, 1995, p. 41-49.

Mill, J.S., *Philosophy of Scientific Method*, Mineola: Dover Publications, 2005.

-----, *Utilitarianism and On Liberty*, Second Edition, Blackwell Publishing, 2003.

-----, *The Subjection of Women*, in *On Liberty and Other Essays*, Oxford: Oxford University Press, 1991.

Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, trans. A.M. Cohler, B.C. Miller, H.S. Stone, Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

Moore, G.E., *Ethics*, New York: Henry Holt and Company, 1912.

Moore, M.S., *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 1997.

-----, "Choice, Character, and Excuse", *Social Philosophy & Policy*, vol. 7, n° 2, 1990, p. 29-58.

Morris, H., "Persons and Punishment", *The Monist*, vol. 52, n° 4, 1968, p. 475-501.

Morris, N., *Madness and the Criminal Law*, Chicago: University of Chicago Press, 1983.

Nagel, T., *Mortal Questions*, Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

Nagin, D.S., "Deterrence in the Twenty-First Century", *Crime and Justice*, vol. 42, n° 1, 2013, p. 199-263.

Nietzsche, F., *On the Genealogy of Morality*, trans. C. Diethe, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

Nino, C.S., "A Consensual Theory of Punishment", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 12, n° 4, p. 289-306.

Nowell-Smith, P.H., *Ethics*, Harmondsworth: Penguin Books, 1954.

Nozick, R., *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford: Blackwell, 1974.

Oakley, A., *A Critical Woman: Barbara Wootton, Social Science and Public Policy in the Twentieth Century*, London: Bloomsbury Academic, 2011.

Pardo, M.S., Patterson, D., *Minds, Brains, and Law: The Conceptual Foundations of Law and Neuroscience*, Oxford: Oxford University Press, 2013.

Perelman, C., *Justice, Law, and Argument: Essays on Moral and Legal Reasoning*, Dordrecht: D. Reidel, 1980.

Perry, S.R., "Risk, Harm, and Responsibility", in D.G. Owen (ed.), *The Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 321-346.

Plato, *Protagoras*, trans. C.C.W. Taylor, Oxford: Oxford University Press, 2002.

-----, *The Laws of Plato*, trans. T.L. Pangle, Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

-----, *Gorgias*, trans. W.R.M. Lamb, Cambridge: Harvard University Press, 1925.

Popper, K.R., *The Poverty of Historicism*, Boston: The Beacon Press, 1957.

Posner, R.A., *Economic Analysis of Law*, Third Edition, Boston: Little, Brown, 1986.

-----, "An Economic Theory of the Criminal Law", *Columbia Law Review*, vol. 85, n° 6, 1985, p. 1193-1231.

Quinton, A.M., "On Punishment", *Analysis*, vol. 14, n° 6, 1954, p. 133-142.

Radbruch, G., "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law", trans. B. Litschewski Paulson, S.L. Paulson, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, n° 1, 2006, p. 1-11.

Radzinowicz, L., Hood, R., *A History of English Criminal Law*, vol. 5, *The Emergence of Penal Policy*, London: Stevens & Sons, 1986.

Rawls, J., *A Theory of Justice*, Revised Edition, Oxford: Oxford University Press, 1999.

-----, "Two Concepts of Rules", *The Philosophical Review*, vol. 64, n°1, 1955, p. 3-32.

Raz, J., "H.L.A. Hart (1907-1992)", *Utilitas*, vol. 5, n° 2, 1993, p. 145-156.

Riley, J., "Liberal Pluralism and Common Decency", in J.-W. Müller (ed.), *Isaiah Berlin's Cold War Liberalism*, Palgrave Macmillan, 2019, p. 57-91.

Roberts, P., "Criminal Law Theory and the Limits of Liberalism", in A.P. Simester, A. du Bois-Pedain, U. Neumann (eds.), *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*, Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 327-360.

Robinson, P.H., Darley, J.M., "Does Criminal Law Deter? A Behavioural Science Investigation", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n° 2, 2004, p. 173-205.

Ross, A., *On Guilt, Responsibility and Punishment*, Berkeley: University of California Press, 1975.

Ross, W.D., *The Right and the Good*, Oxford: Oxford University Press, 2002.

Ryle, G., *The Concept of Mind*, London: Routledge, 2009.

Saleilles, R., *The Individualization of Punishment*, trans. R.S. Jastrow, Boston: Little, Brown, and Company, 1911.

Scanlon, T.M., "Giving Desert its Due", *Philosophical Explorations*, vol. 16, n° 2, 2013, p. 101-116.

Schauer, F., *The Force of Law*, Cambridge: Harvard University Press, 2015.

Scheid, D.E., "Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. X, n° 2, 1997, p. 441-506.

Searle, J., *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

Seneca, *On Anger*, in *Anger, Mercy, Revenge*, trans. R.A. Kaster, M.C. Nussbaum, Chicago: The University of Chicago Press, 2010.

Shue, H., *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton: Princeton University Press, 1980.

Skinner, B.F., *Science and Human Behavior*, The B.F. Skinner Foundation, 1965.

Stephen, J.F., *A History of the Criminal Law in England*, vol. 2, Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

Strawson, P.F., *Freedom and Resentment and Other Essays*, London: Routledge, 2008.

Tarde, G., *Penal Philosophy*, trans. R. Howell, Boston: Little Brown, 1912.

Ten, C.L., *Crime, Guilt, and Punishment*, Oxford: Oxford University Press, 1987.

Thomson, J.J., "The Trolley Problem", *The Yale Law Journal*, vol. 94, n° 6, 1985, p. 1395-1415.

Thorburn, M., "The Radical Orthodoxy of Hart's *Punishment and Responsibility*", in M.D.

Dubber (ed.), *Foundational Texts In Modern Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 279-295.

Twining, W., *Jurist in Context: A Memoir*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

Urmson, J.O., "Saints and Heroes", in A.I. Melden (ed.), *Essays in Moral Philosophy*, Seattle: University of Washington Press, 1958, p. 198-216.

Von Hirsch, A., "Proportionality in the Philosophy of Punishment", *Crime and Justice*, vol. 16, 1992, p. 55-98.

Waldron, J., "Inhuman and Degrading Treatment: The Words Themselves", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. XXIII, n° 2, 2010.

Walker, N., *Why Punish? Theories of punishment reassessed*, Oxford: Oxford University Press, 1991.

Warnock, G.J., *J. L. Austin*, New York: Routledge, 1989.

-----, "Actions and Events", in D. Pears (ed.), *Freedom and the Will*, London: Palgrave Macmillan, 1963, p. 69-79.

Wasserstrom, R.A., "H.L.A. Hart and the Doctrines of *Mens Rea* and Criminal Responsibility", *University of Chicago Law Review*, vol. 35, n° 1, 1967, p. 92-126.

Westermarck, E., *The Origin and Development of the Moral Ideas*, vol. I, Second Edition, London: Macmillan, 1924.

Williams, B., Magee, B., "The Spell of Linguistic Philosophy: Dialogue with Bernard Williams", in B. Magee, *Talking Philosophy: Dialogues with Fifteen Leading Philosophers*, Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 110-124.

Wolfgang, M.E., Figlio, R.M., Tracy, P.E., Singer, S.I., *The National Survey of Crime Severity*, U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, 1985.

Wootton, B., *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, Second Edition, London: Steven & Sons, 1981.

-----, *Crime and Penal Policy: Reflections on Fifty Years' Experience*, London: George Allen and Unwin, 1978.

-----, *Social Science and Social Pathology*, London: George Allen and Unwin, 1959.

Zimring, F.E., Hawkins, G.J., "Deterrence: The Legal Threat in Crime Control", in J.G. Weis, R.D. Crutchfield (eds.), *Criminal Justice: Readings*, Pine Forge Press, 1996, p. 49-56.

III. Cases

State v Cole, 403 S.E.2d 117 (S.C. 1991).

R v Bailey (1800) Russ & Ry 1.

R v Prince (1875) LR 2 CCR 154.

Allen v Whitehead (1930) 1 KB 211.

R v Steane (1947) 1 KB 997.

Hill v Baxter (1958) 1 All ER 193.

State v Patterson, 27 A.3d 374 (Conn. App. Ct. 2011).