



HAL
open science

Bentham et la science du droit

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. Bentham et la science du droit. Malik Bozzo-Rey et Guillaume Tusseau. Bentham juriste, l'utilitarisme juridique en question, *Economica*, pp.153-160, 2011. halshs-00572583

HAL Id: halshs-00572583

<https://shs.hal.science/halshs-00572583v1>

Submitted on 1 Mar 2011

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

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

Bentham et la science du droit (Autres impressions de lectures)

Eric Millard

Centre de Théorie et Analyse du Droit
Université Paris Ouest Nanterre La Défense/CNRS

1 - Aborder ce sujet sous l'angle d'*impressions de lectures* n'est pas simplement un exercice de style faisant écho à l'approche dans ce même volume de Guillaume Tusseau.

D'abord, il convient de reconnaître que l'œuvre de Jeremy Bentham est monumentale voire démesurée, et que si l'on veut faire un travail de chercheur sérieux – et je dois d'ores et déjà avertir le lecteur que j'aurais adoré, principe de plaisir, pouvoir faire ce travail mais que je n'ai hélas pu le mener à bien – il conviendrait de se plonger dans tout ce que Bentham a écrit, de l'analyser pour faire ressortir ce qui se rattacherait à sa science du droit, étant entendu qu'il n'y a pas un ouvrage ou un écrit, au sein de ce vaste corpus, qui soit particulièrement dédié à ce thème, même si certains semblent plus évidents que d'autres : *An Introduction to the Principles on Morals and Legislation*,¹ *L'absurdité sur des échasses*, etc. Ensuite, même si l'on faisait ce travail, ou si l'on imaginait qu'il soit réalisable, on ne trouverait sans doute pas chez Bentham un exposé qui soit un exposé construit de ce que serait une science du droit. Il y a beaucoup de choses qui sont finalement impressionnistes chez Bentham dans le sens où cette éventuelle conception apparaît explicitement par quelques affirmations, mais surtout implicitement dans la méthode qui est retenue : finalement le fait de s'appuyer sur des impressions n'est pas qu'un simple souci de légitimer une inexcusable paresse, principe de peine. Surtout, parler de la science du droit et de Bentham renvoie moins peut-être à ce que Bentham a écrit qu'à ce que quelqu'un qui voudrait réfléchir à la science du droit à l'heure actuelle peut trouver chez Bentham : parler de ce que les impressions font naître, ou plutôt de la naissance à partir des impressions.

Lectures au pluriel alors. Lectures de Bentham bien sûr, même si l'œuvre n'est pas totalement accessible, presque pas d'ailleurs en français, et si les souvenirs de premières lectures peuvent être contredits par des relectures ou par des nouvelles éditions (*L'absurdité sur des échasses* encore...)² : tout cela constitue une œuvre, qui résiste à une lecture superficielle et ne donne pas immédiatement son sens, obligeant à *des* lectures. Mais *lectures* aussi parce que l'on connaît sans doute moins l'apport de Bentham à la science du droit par la lecture directe de Bentham ou par la mise au jour des propos qu'il tient que par les reconstructions que ceux qui réfléchissent sur la science du droit font de Bentham. Ce qui paraît assez évident, et ce pourrait être le point de départ de l'analyse, c'est la constatation que dans tout un courant de la théorie du droit qui prétend s'attacher à la science du droit, Bentham est revendiqué et est présenté comme un précurseur de cette science. On peut donner simplement quelques exemples, et le premier qui vient à l'esprit est évidemment l'exemple de H.L.A. Hart, lecteur acharné et assidu de Bentham, qu'il commente, qu'il édite et présente : il y a une référence et une constante très claires dans cette reconstruction de la philosophie analytique du droit anglaise, qui vient de Bentham, passe par le premier Austin et connaît son exposé le plus abouti chez Hart. Et on retrouve la même attitude dans le courant analytique continental : Ross, bien que souvent de manière détournée, dans des notes de bas de page assez développées notamment, signale assez fréquemment qu'il se situe dans la continuité de Bentham ; Olivecrona s'y réfère aussi à plusieurs reprises, bien que de manière peu rigoureuse et parfois discutable (autres impressions de lectures) ; et la même continuité est assumée par les écoles de l'analyse critique du langage, particulièrement les écoles italiennes.

1 Bentham J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford UP.

2 L'occasion de saluer la nouvelle traduction dirigée par JP Cléro et B Binoche in *Bentham contre les droits de l'Homme*, PUF, 2007.

2 - S'interroger sur le rapport entre Bentham et la science du droit dans cette perspective pourrait être fait au moins de deux manières.

La première supposerait que l'on s'essaye à vérifier, à la lecture de Bentham, si Bentham fait lui-même de la science du droit, c'est-à-dire à analyser les textes de Bentham comme proposant une présentation scientifique du droit qu'il prétend étudier : on pourrait ainsi aborder ses textes sur la *Déclaration des droits de l'homme* notamment.

Mais ce n'est pas la manière que j'ai retenue, sans autre justification que le principe des plaisirs et des peines : il est une deuxième manière que je trouve plus agréable, sans doute parce que j'y retrouve des échos de mes propres préoccupations.

Dans cette deuxième approche, il ne s'agit plus de se demander si Bentham fait de la science du droit, mais de rechercher s'il nous fournit une conception de la science du droit, autrement dit de rechercher une théorie implicite ou explicite chez Bentham d'un projet scientifique pour le droit. C'est d'ailleurs à cette deuxième approche que renvoient le plus souvent les positions de Hart, de Ross et des analytiques à propos de Bentham. C'est ce que fait naître les lectures des lecteurs de Bentham, et il faut voir si la lecture de Bentham corrobore ces impressions que finalement Bentham nous aurait doté des outils conceptuels pour pouvoir dégager une science du droit, et qu'il serait réellement ainsi un précurseur de la science du droit au sens contemporain.

3- On peut alors faire tout de suite deux observations, qui sont les premières impressions à la lecture.

Précurseur, Bentham l'est certainement, non pas au sens où il aurait eu des intuitions ou au sens où il annoncerait quelque chose qu'il n'aurait pas commencé à réaliser : on s'aperçoit que quand on se réfère à Bentham comme faisant de la science du droit, on se réfère bien sûr à une conceptualisation, mais on se réfère aussi et surtout à l'indication parfaitement comprise des enjeux (à quoi sert de disposer d'une conception de la science du droit sur le modèle qu'il préconiserait, donc à quoi sert de faire de la science du droit en ce sens et quelle est la signification du fait de faire de la science du droit en ce sens) et des méthodes. Ce ne sont donc pas simplement des idées qui résonnent et qu'il faudrait reconstruire ; c'est déjà chez Bentham, dès la première impression donc, une réflexion assez approfondie sur les raisons politiques et épistémologiques qui conduiraient à adopter un modèle de la science du droit, et sur les méthodes adaptées à ce modèle.

D'autre part, pour effectuer cette lecture, la première impression est qu'il faut tout de suite s'entendre, au moins à titre stipulatif, sur ce qu'est la science du droit que l'on cherche chez Bentham. Ce que pour ma part j'ai cherché, comme lecteur des lecteurs jus-positivistes de Bentham, c'est cette science du droit au sens moderne, pour vérifier que Bentham anticipe la réflexion moderne sur la science du droit telle qu'elle est admise (et discutée) à l'heure actuelle. En ce sens, il importe peu de situer Bentham, qui s'en méfiait par ailleurs très ostensiblement, dans les courants de la science du droit de son époque, comme art du bon et du juste, ou des bonnes législations. Ce qui l'intéressait, et ce qui m'intéresse quand je lis son intérêt pour la science du droit, c'est l'idée de disposer d'une science qui repose sur des faits (une forme d'empirisme), c'est l'idée d'avoir une science et une méthode qui supposent la compréhension du droit comme langage et appellent une critique de ce langage, donc une approche que l'on considérerait aujourd'hui plutôt positiviste-analytique.

4 - Malgré tout, ce tableau de Bentham comme précurseur de la science du droit, qui est la première impression qui se dégage des lecteurs de Bentham, est peut-être trop beau pour être vrai.

Même si on retrouve toutes ces idées chez Bentham, il demeure que Bentham n'arrive pas totalement à s'extirper – nul ne le lui demande d'ailleurs – du système des représentations de son époque ; que certaines des distinctions qu'il propose, et des distinctions de distinctions de distinctions... en viennent finalement à rendre les choses plus confuses qu'à ne les éclaircir sinon les éclairer.

Surtout, et c'est une des grandes questions récurrentes autour de Bentham, il n'est pas certain qu'il parvienne ni même qu'il cherche véritablement à assumer en même temps une position qui

serait une position méta-théorique le conduisant à une science du droit du type positiviste-analytique et la position philosophique de l'utilitarisme. Il y a un lien entre ces deux positions, il y a une véritable cohérence entre les deux qu'il faut souligner, et pour autant la cohérence n'apparaît pas parfaite, et des contradictions peuvent apparaître entre sinon les deux positions que doit assumer Bentham, du moins entre la position philosophique de l'utilitarisme (qui suppose sa connaissance) et les exigences d'une science du droit positiviste-analytique : parce que cette dernière se fonde sur la séparation du connaissable (science) et de l'indécidable (politique) ne peut laisser place au recours à l'utile comme guide d'évaluation de la décision politique.

Ce qui me paraît donc important est de comprendre ou de rechercher ce qui constituerait la théorie de la science du droit chez Bentham – même si lui-même ne le conçoit pas en ces termes – c'est à dire au sens moderne une théorie du droit qui s'attache à la méthode d'analyse scientifique du droit.

5 - Il faut bien sûr accepter un certain nombre d'éléments préalables avant de reconstruire cette théorie de la science du droit qui se trouverait chez Bentham.

Accepter d'abord l'idée que la science dont on parle ici, la science du droit, qui est aussi la science dont Bentham pourrait parler, est une science au sens de science de la nature, c'est à dire une science qui vise à décrire ce qu'est le monde/le droit, sans chercher à poursuivre d'autres projets, comme dire ce que devrait être le monde/le droit. Il faut également accepter l'idée que cette construction d'une théorie de la science est un volet indispensable à un projet de type positiviste.

Une fois que l'on accepte ces deux idées, donc que l'on ne cherche pas une autre science du droit chez Bentham, on constate que Bentham assume explicitement, à des degrés parfois divers cependant, trois points qui me semblent nécessaires pour pouvoir constituer ce projet d'une science positiviste du droit : le non-cognitivism éthique (avec la nuance du statut de l'utilité) ; la nécessaire construction de l'objet droit par la science du droit elle-même ; une certaine forme de relation entre la démarche cognitive et un projet politique.

6 - La posture non cognitiviste est très forte et Bentham la revendique, bien que ce soit en définitive un non-cognitivism au sens faible.

Bentham affiche un anti-jusnaturalisme de principe, qu'il refuse et critique de manière jugée souvent outrancière (mais c'est aussi le ton de l'époque, et est-on jamais outrancier de critiquer une véritable *fallacy* ?). Plus généralement, il tient également qu'il n'existe pas de valeurs *a priori*, contre toute démarche intuitionniste. En ce sens, la description du droit dans le projet de Bentham repose sur un projet de compréhension de la nature humaine, qui résulte de la relation entre peines et plaisirs, ce qui fait écho à l'émotivisme, et qui va avoir comme étalon la détermination de l'utilité.

En revanche, il y a chez Bentham un projet qui va au-delà de cette description-explication, et qui relève de la constitution d'une véritable morale : une morale qui n'est pas *a priori*, qui n'est pas de droit naturel ; mais une morale que selon Bentham, une certaine forme d'activité intellectuelle, une forme de rationalité donc, même si elle est constituée de calculs sur les intérêts, permet de déterminer.

Bentham n'exclut donc pas qu'il soit possible d'évaluer et de dire ce qui est bon (ou bien, ou juste, ou correct ; ces mots peuvent être interchangeable) autrement que par la seule décision (ce à quoi l'analyse non cognitiviste éthique au sens fort conduit). Même si Bentham va être pour ce qui le concerne très largement décisionniste, il y a dans cette conception du non-cognitivism, dans l'utilitarisme, une possibilité de lecture reconstructionniste de ce qui doit être (parce que conforme au principe d'utilité). Ce que Ross pointe aussi dans sa discussion sur l'émotivisme et les valeurs : l'idée que aux yeux de Bentham, même s'il n'est pas intuitionniste, le plaisir pourrait bien exister comme quelque chose de bon *en soi* ; et donc l'idée que chez Bentham certaines valeurs seraient existantes ou pour le moins constatables.³

Evidemment chez Bentham, les portes sont ouvertes (et je laisse ici de côté le devenir de

3 Ross A., Introduction à l'empirisme juridique, LGDJ, 2004.

l'utilitarisme politique pour m'en tenir aux fondements d'une théorie de la science du droit). Plusieurs lectures sont possibles et Bentham peut ainsi être revendiqué, dans son non cognitivisme au sens faible, à la fois par des non-cognitivistes radicaux dans son refus de l'apriorisme et de l'intuitionnisme, et par la partie analytique modérée de la théorie du droit qui essaye de reconstruire la rationalité. Et curieusement, c'est sans doute la version la plus contemporaine de la théorie analytique du droit (notamment les écoles espagnoles et sud-américaines)⁴ qui peut le mieux se rapprocher de Bentham car elle partage cette idée que l'on peut travailler sans apriorisme sans pour autant renoncer à la possibilité de travailler avec des valeurs *en soi*, que la raison reconstruit.

7- Conséquence de ce non-cognitivisme, Bentham ne dispose pas d'un concept de droit *a priori*, et la démarche de construction du concept de droit lui-même caractérise bien son travail. Cela est nécessaire pour fournir l'objet d'une éventuelle science du droit, qui le décrirait.

Pour Bentham, le droit tel qu'il le construit est d'abord très immédiatement le résultat d'une expression de volonté, et il refuse ainsi d'assimiler droit et valeurs. En ce sens il n'est pas nécessairement original et l'idée cicéronienne de l'autorité comme identificatrice du droit plutôt que la vérité a été une constante de la philosophie et des juristes britanniques, inscrivant Bentham au cœur de cette tradition analytique du droit anglaise. Mais dans l'analyse du commandement, de l'expression de la volonté, Bentham va travailler l'idée qu'il peut y avoir des expressions de commandement explicites, et des quasi commandements, qui sont en un sens implicites ou tacites. Les deux proviennent du législateur et sont dans la loi, ce qui ouvre la porte à une possibilité de raisonner sur les différentes fonctions des énoncés juridiques, tels qu'ils sont appréhendés par certaines conceptions de la théorie du droit, et notamment sur la distinction entre la fonction normative des énoncés ou les énoncés normatifs, qui ont des destinataires identifiés (juges, etc.) et la fonction pratico-morale des énoncés ou les énoncés directifs, qui s'adressent à l'ensemble de la société.

Ensuite, Bentham insiste sur la dimension linguistique du droit. Le vecteur du commandement est la parole, un discours, et c'est par l'analyse des mots et des concepts que passera le projet éventuel d'une science du droit.

Il n'est pas nécessaire de souligner que tant la démarche de construction de l'objet que les deux choix effectués autour du commandement et du langage, sont aussi ceux de la théorie positiviste-analytique.

8- Et il en va de même du lien qui se fait nécessairement entre une épistémologie et un projet politique : entre la philosophie politique de l'utilitarisme et le projet de la science du droit. Il faut insister sur cette idée car la critique classique anti jus-positiviste ignore ce lien lorsqu'elle prétend que le fait de séparer droits et valeurs, et d'assimiler le droit à la signification d'un acte de volonté impliquerait de légitimer le pouvoir qui commande.

Ce qui est alors intéressant est que la position de Bentham, et encore plus parce que sa forme paraît outrancière, parce que ses attaques ne se font pas dans le vocabulaire chapitré des débats de la doctrine universitaire ou de la politique de consensus, montre la nécessité à la fois de séparer les deux choses, et de construire un lien réfléchi entre l'affirmation qu'il peut y avoir un projet descriptif de ce qu'est le droit, l'affirmation que l'on peut dans le cadre de ce projet critiquer des présentations aprioristes et jusnaturalistes, et l'affirmation que cette critique n'implique pas un rejet politique (un refus d'adhérer) aux valeurs que ces aprioristes et jusnaturalistes soutiennent (à tort) comme vraies.

On retrouve cette idée chez Kelsen, chez Hart, chez Ross, chez Troper ou chez Bobbio par exemple : le positivisme, parce qu'il sépare la question scientifique et la question politique, est aussi la permission du décidable et du possible alors qu'au contraire le jusnaturalisme, en confondant les deux questions, apporte une réponse qui est à la fois prétendument scientifique et politique, qui ne permet pas de pouvoir agir pour changer l'objet que l'on décrit. Chez Bentham d'ailleurs, cette idée se développe nulle part mieux que dans sa critique de la Déclaration des droits, qu'il ne combat pas mais dont il refuse la naturalisation, et ce faisant Bentham fait basculer la question du terrain des

4 Voir notamment Moreso, J. J. (1992). *La teoria del derecho de Bentham*. Barcelona.

valeurs vers celui de la procédure de décision, ou si on veut le dire en termes modernes, du terrain de la démocratie substantielle à celui de la démocratie procédurale.

9- Cette valorisation de la procédure au plan politique répond à l'intérêt pour la méthode au plan épistémologique, et c'est sans doute ici que Bentham est le plus étonnamment moderne : il insiste sur l'analyse du langage et annonce les courants d'analyse critique du langage rattachés à la philosophie analytique ou à l'école de la *Jurisprudence* anglaise. Dans la continuité de Hume, il s'appuie explicitement sur deux outils-clés : une distinction des niveaux de discours et une déconstruction des énoncés du droit.

10 - Le principal souci de Bentham et de son lecteur est, quant aux niveaux de discours, la multiplication des distinctions, qui entraîne souvent la complexité sans toujours éviter la confusion. Dans *l'Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Bentham introduit *in fine* l'élément essentiel de tout projet positiviste.

Il réfléchit sur le possible contenu d'un ouvrage qui exposerait les principes essentiels du droit. Il distingue alors entre un contenu qui pourrait être un exposé et un contenu qui pourrait fixer l'art de la législation. C'est une première distinction entre un livre qui porterait sur le droit tel qu'il est et un livre qui porterait sur un droit tel qu'il devrait être, avec comme implicite l'impossibilité de traiter dans un seul livre de ces deux types de proposition. Écho de la loi de Hume, qui résonne dans tout projet positiviste.

Pour compléter, à l'intérieur de ce que serait l'exposé des principes du droit, Bentham introduit la distinction entre les fonctions qu'aurait cet exposé en fonction de la position du locuteur : de celui qui expose. Il y a en effet la possibilité que l'exposé soit un exposé qui commande, qui est doté d'autorité, et la possibilité que l'exposé ne soit pas doté d'autorité, car il n'émane pas d'une autorité de commandement. Anticipation ici alors de la distinction kelsénienne (critiquée, notamment dans son expression, mais extrêmement importante pour la *Théorie Pure du Droit*) entre le *Sollen* et le *Sollen descriptif* : l'idée selon laquelle on peut d'abord exposer le droit parce qu'on le crée, parce que le locuteur est le législateur, et que l'on peut ensuite, travail de la doctrine, décrire cet exposé qui est un commandement. Sans nécessairement tomber dans les apories de Kelsen, Bentham pointe immédiatement la question fondamentale : qu'est-ce que décrire un objet qui est un commandement, et au moyen de quel type de propositions ?

11- Ceci s'accompagne d'une déconstruction des énoncés juridiques, et au-delà des croyances du droit. La méthode analytique de Bentham est éminemment critique : elle est critique sur le fond, elle est critique dans la forme et Bentham passe à la moulinette tous les concepts des juristes, qu'il considère comme des concepts communs non scientifiques.

Éventuellement, mais non nécessairement, il en propose une reconstruction, non du point des vues des valeurs bien sûrs, mais en tant que concepts du droit décidé par une autorité ; mais la plupart du temps il ne s'en donne même pas la peine, car ces concepts n'ont pour Bentham aucune autre fonction que linguistique.

C'est assez évident dans toute l'analyse benthamienne des fictions. Ça l'est encore plus dans la critique de la Déclaration des droits : ce à quoi s'oppose Bentham, ce sont les concepts de la Déclaration, qu'il déconstruit dans une magistrale analyse, et non la Révolution, ou les prérogatives que l'on nomme droits de l'homme. Ce qu'il attaque, ce sont les concepts dans un texte en raison de la fonction que ces concepts et ce texte remplissent, en les considérant soit comme un non sens, quelque chose qui ne peut pas avoir de signification (analyse linguistique), soit (projet politique) comme des concepts qui se retournent contre le politique. Il faudrait tout lire ! Mais l'analyse de l'article 17, sur le droit de propriété, en lien avec le principe d'égalité de l'article 1, montre bien « la pièce finale de ce monument de contradictions » : ces droits qui seraient des droits de toute éternité, que le législateur ne pourrait pas changer, dessinent une société fermée, dans laquelle celui qui est beaucoup plus riche que les autres est assuré de le rester, puisque sa propriété est intouchable.

L'utilitarisme ne peut jouer, non plus que l'action politique pour changer ce fait (Marx n'a

rien inventé dans l'analyse finale de *La question Juive*). Ce que la science moderne du droit dit aussi désormais des théories de l'Etat de droit ou du néo constitutionnalisme. Il y a assurément entre cette science moderne du droit et Bentham plus qu'une familiarité : une véritable filiation.