JEREMY BENTHAM ET LES DROITS DE L'HOMME : UN RÉEXAMEN (*)

Lorsqu'elles abordent l'utilitarisme, les études philosophiques ne manquent pas de critiquer son aspect inhumain ([1]). Elles lui font tout d'abord grief de réduire l'homme à un vulgaire centre d'imputation de sensations, une pure machine à combiner des douleurs et des plaisirs en vue de la satisfaction de son intérêt égoïste ([2]). La spiritualité profonde de l'homme, sa nature philanthropique, sa considération pour ses semblables, seraient niées par la doctrine aride et froide qui a trouvé sa formulation la plus repoussante dans l'œuvre de Jeremy Bentham. Ensuite, essentiellement préoccupé de la maximisation globale d'un quantum de plaisir, l'utilitarisme se montrerait peu soucieux d'assurer une distribution égale ou équitable de la masse de bonheur accumulée. Si l'utilité générale l'imposait, rien ne s'opposerait au sacrifice du bonheur, et même de l'existence, de certains individus ([3]). Enfin, en estimant que le droit est le produit de la seule loi positive, émise par les gouvernants, l'utilitarisme benthamien nierait toute pertinence à un droit naturel existant au profit des individus, et susceptible d'opposer une limite à l'interférence du pouvoir politique.

(*) La présente étude a été réalisée dans le cadre du Centre de théorie du droit de l'Université Paris X-Nanterre, dirigé par M. le professeur M. Troper. Une version abrégée en a été présentée lors de la journée de recherche de la Société française pour la philosophie et la théorie juridiques et politiques du 19 janvier 2001.

(1) La critique classique est celle de J.S. Mill, « Bentham », in *London and Westminster Review*, Aug. 1838, revised in 1859 et *L'utilitarisme*, trad. G. Tanesse, Paris, Champs-Flammarion, 1988.

(2) P. Arnaud, « Juste et utile », in *Archives de philosophie du droit*, t. 26, 1981, pp. 167-174; A. Caillé, *Critique de la raison utilitaire. Manifeste du M.A.U.S.S.*, Paris, La Découverte, 1989; Id., « Utilitarisme et antiutilitarisme », in K. Mulligan, R. Roth (pub.), *Regards sur Bentham et l'utilitarisme*, Genève, Librairie Droz, 1993, pp. 115-125.

(3) Voy. la critique de R. Nozick, *Anarchie, Etat, Utopie*, trad. E. d'Auzac de Lamartine et P.-E. Dauzat, Paris, PUF, coll. « Libre échange », 1988, p. ex. p. 62 : « La théorie utilitariste est gênée par la possibilité de monstres d'utilité qui, dans le domaine de l'utilité, retirent du sacrifice des autres des bénéfices plus importants que les pertes de ces derniers. » Voy. également J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1972, pp. 26-28.

Dès lors, cette doctrine purement conséquentialiste et non déontologique (4) semblerait indifférente au respect que doit susciter « la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et [...] leurs droits égaux et inaliénables » (5), tels que les promeuvent les doctrines des droits de l'homme. Les reconnaissances de droits classiques étaient conçues comme des mises par écrit de vérités naturelles préexistantes (6), opposables aux gouvernements. Elles mettaient notamment en valeur la liberté et ses multiples déclinaisons en liberté d'aller et venir, liberté d'opinion, liberté d'expression, l'égalité, la sûreté, ainsi qu'une organisation juridictionnelle protectrice en raison de sa subordination à la loi. Leurs continuatrices plus récentes ont affirmé des droits dits « économiques et sociaux », généralement exigibles de la puissance publique, et constituant « un devoir de l'Etat » (7), tels le droit au travail, le droit à l'éducation, ou encore le droit à la sécurité sociale. N'ont-elles pas été, ainsi que toutes les générations (8) futures de droits de l'homme possibles, disqualifiées par avance sous le nom de « *pestilential nonsense* » (9) ?

---

(4) Voy. J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, J.H. Burns, H.L.A. Hart (ed.), London, The Althone Press, 1970, p. 100. Sur cette opposition, voy. C. Larmore, *Modernité et morale*, Paris, PUF, coll. « Philosophie morale », 1993, pp. 95-119. On peut noter, en passant, que le terme « *deontology* » fut inventé par Bentham lui-même.

(5) Déclaration universelle des droits de l'homme proclamée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948, Préambule.

(6) Sur le statut modal des Déclarations voy. M. Troper, « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 », in Conseil constitutionnel, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, PUF, 1989, pp. 13-25; Id., « La souveraineté nationale appartient au peuple. L'article 3 de la Constitution de 1958 », in M. Troper, L. Jaume (dir.), *1789 et l'invention de la Constitution*, Paris, L.G.D.J./Bruylant, coll. « La pensée juridique moderne », 1994, pp. 249-262.

(7) Préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946, al. 13.

(8) Sur cette notion, voy. p. ex. R. Pelloux, « Vrais et faux droits de l'homme. Problèmes de définition et de classification », in *Revue du droit public*, t. XCVII, 1981, pp. 53-68; J.-J. Israel, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, L.G.D.J., coll. « Manuels », 1998, pp. 21-24; B. Frydman, G. Haarscher, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1998, pp. 109-118.

(9) Le titre original des « Sophismes anarchiques. Examen critique de diverses déclarations des droits de l'homme et du citoyen », in *Oeuvres de Jeremy Bentham*, E. Dumont (éd.), Vol. I, L. Hauman et Cie, 1829-1830, pp. 547-576, et dont le texte original est celui des « Anarchial Fallacies », in *The Works of Jeremy Bentham*, J. Bowring (ed.), Vol. II, Edinburgh, W. Tait, 1838-1843, pp. 489-529, était « Pestilential Nonsense Unmasked or A Anatomy of the First Declaration of Rights and of all Other Declarations, Actual and Possible, of Pretended Natural Rights in Opposition to Legal Ones ». La critique des Déclarations de droits s'affirme dans la contribution de Bentham à J. Lind, *An Answer to the Declaration of the American Congress*, London, 1776, et *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, op. cit.*, pp. 301-311.

De manière évidente, « l'utilitarisme se présente chez Bentham en adversaire de la théorie des droits de l'homme ([10]). » Cet apôtre d'une pensée de boutiquier, « génie ès bêtise bourgeoise » ([11]) déchaînant son principe d'utilité calculateur et matérialiste contre la noble et généreuse ambition des hommes de 1789, n'est-il pas d'ailleurs l'inventeur du Panoptique, cette machine à maîtriser les corps et torturer les esprits ([12]) ? Comment, dès lors, ne pas poser l'équation « Jeremy Bentham : critique des droits de l'homme » ([13]), voire même ennemi des droits de l'homme ? On ne pourrait finalement que souscrire au jugement de M. El Shakankiri, qui estime que « si Dante ressuscité pouvait récrire son enfer, nul doute que 'l'affreux Bentham' n'y figurât en bonne place ([14])! »

La lecture attentive de l'œuvre de Bentham n'autorise pourtant pas à se contenter d'une telle conclusion. L'unanimité même du concert de diatribes ne doit pas manquer de susciter quelque suspicion. La doctrine de Bentham, philosophe parfois comparé à Aristote et Saint-Thomas ([15]), fondateur de la théorie du droit anglo-saxonne, remarquable devancier de la philosophie analytique contemporaine ([16]), démocrate convaincu, sympathique aux émanci-

---

(10) R. Sève, « Utilitarisme et égalité », in *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n. 8, 1985, p. 150 n.

(11) K. Marx, *Le capital*, Livre 1, trad., Paris, PUF, coll. « Quadrige », p. 683 n.

(12) J. Bentham, *Panoptique. Mémoire sur un nouveau principe pour construire des maisons d'inspection, et nommément des maisons de force*, E. Dumont (éd.), Nantes, Editions Birnam, 1997. Voy. la critique française classique par M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, coll. « Tel », 1975, pp. 228-264.

(13) M. El Shakankiri, « Jeremy Bentham : critique des droits de l'homme », in *Archives de philosophie du droit*, t. 9, 1964, pp. 129-152; B. Binoche, *Critiques des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Philosophies », 1989; Id., « Bentham contre les droits de l'homme », in B. Bourgeois, J. d'Hondt (dir.), *La philosophie et la révolution française*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1993, pp. 79-88.

(14) M. El Shakankiri, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, préf. M. Villey, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », Vol. XI, 1970, p. 429 n.

(15) C.W. Everett, « The Constitutional Code of Jeremy Bentham », in *Jeremy Bentham. Bicentenary Celebration*, London, H.K. Lewis & Co., 1948, repr. in B. Parekh (ed.), *Jeremy Bentham. Critical Assessments*, Vol. III, London and New York, Routledge, 1993, p. 503.

(16) H.L.A. Hart, « Bentham », in *Proceedings of the British Academy*, Vol. 48, 1962; E. Marí, « Jeremy Bentham : du 'souffle pestilentiel de la fiction' dans le droit à la théorie du droit comme fiction », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 15, 1985, pp. 1-40; W.V.O. Quine, « Les deux dogmes de l'empirisme », in P. Jacob (éd.), *De Vienne à Cambridge. L'héritage du positivisme logique de 1950 à nos jours*, Paris, Gallimard, coll. « Nrf — Bibliothèque des sciences humaines », 1980,

→

pations coloniales, pourfendeur de l'intolérance, sensible à la détresse des indigents, mérite un réexamen. Il ne s'agit pas ici de proposer une interprétation « vraie » ou « authentique » de ses écrits, mais de mettre en évidence, davantage sur le terrain de la philosophie juridique que sur celui de la philosophie morale, certains aspects de son œuvre qui incitent à nuancer une partie des critiques qui lui sont adressées relativement à la problématique des droits de l'homme.

Si, du fait de son concept de droit, Bentham ne peut accepter le titre de « droits » pour les éléments des Déclarations du XVIIIe siècle, il semble hâtif de faire de son œuvre une entreprise où les exigences vitales des individus et leur vocation à se faire entendre du pouvoir politique sont méconnues au bénéfice d'un agrégat d'utilité collective qui en serait indépendant. Au contraire, les exigences du si critiqué — mais finalement si méconnu — principe d'utilité recouvrent pour une large part les intentions des rédacteurs des Déclarations de droits, tant en matière de liberté d'expression que d'égalité des ressources ou encore de droit de vote et de sûreté individuelle.

Son œuvre propose fondamentalement à la philosophie du droit et à la politique juridique de réfléchir aux modes argumentatifs de promotion des revendications individuelles. Sont-elles avantageusement défendues si elles se présentent comme des illustrations d'entités juridiques présociales et absolues, hors d'atteinte des hommes ? Ne gagnent-elles pas en précision et en force persuasive ce qu'elles peuvent sembler perdre de majesté si elles ne sont vues que comme le fruit d'une réflexion terrestre rigoureuse ?

La critique du et des droits naturels est sans conteste l'un des aspects fondamentaux de la doctrine de Bentham. Il n'est pas inapproprié de parler à ce titre d'un anti-jusnaturalisme militant (I). Mais la dynamique que le principe d'utilité imprime à l'activité jurislatrice ([17]) n'en fait pas moins de Bentham un promoteur méthodi-

---

←
p. 105 ; Id., « Five Milestones of Empiricism », in *Theories and Things*, Cambridge, Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 1981, pp. 67-72.

(17) Le terme « jurislation » et ses dérivés s'appliquent aux activités d'émission du droit, qu'il s'agisse de lois, de règlements administratifs, de décisions juridictionnelles ou encore de contrats. Ce terme, à la différence de celui, plus courant mais inadéquat, de « législation », permet de rendre compte du concept de droit de Bentham. Il n'est d'ailleurs étranger ni à la dogmatique juridique ni à la théorie du droit contemporaines, voy. respectivement p. ex. R. Chapus, *Droit administratif général*,
→

que des prérogatives de l'individu et d'un régime politique assurant leur respect (II).

I. — L'anti-jusnaturalisme de Bentham : une réfutation des doctrines des droits de l'homme

Le « positivisme » de Bentham apparaît d'abord à travers son rejet du jusnaturalisme du XVIIIe siècle. Ainsi que le note A. Loche ([18]), son argumentation revêt une double dimension. S'il estime fondées et s'il apprécie les dynamiques des révolutions américaine et française, Bentham en dénonce clairement, en raison de son concept de droit, la justification en termes de droits individuels naturels et inaliénables ([19]) (A). Il attaque tant la commodité que l'incohérence de la référence rhétorique au droit naturel dans la doctrine juridique de l'époque, incarnée par Sir W. Blackstone ([20]) (B).

A. — *Les droits naturels comme « non-entités »* ([21])

Sa lecture des Déclarations (1) est largement tributaire du concept de droit de Bentham (2). Mais puisque leur méthode est

---

←
Vol. 1, 14e éd., Paris, Montchrestien, coll. « Domat — Droit public », 2000, p. 27 et O. Pfersmann, « Arguments ontologiques et argumentation juridique », in O. Pfersmann, G. Timsit (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation*, De Republica — 3, Travaux de l'Ecole doctorale de droit public et de droit fiscal, Université de Paris I (Panthéon — Sorbonne), Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 32.

(18) A. Loche, *Jeremy Bentham e la ricerca del buongoverno*, Milano, F. Angeli, « Collana di filosofia », 1991, p. 59 : « la critica alla scuola del diritto naturale ha in Bentham un duplice significato : da un lato, è analisi dello spessore teorico-giuridico della *legge* di natura; dall'altro, è polemica contro il diritto di natura e l'uso 'politico' che di esso era stato fatto sopratutto durante la rivoluzione francese. »

(19) *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, op. cit.*, p. 311, note c : « Who can help lamenting, that so rational a cause should be rested upon reasons, so much fitter to beget objections, than to remove them ? »

(20) Sir W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 4 Vol., 3rd ed., Oxford, Clarendon Press, 1768-1769. Le *Fragment on Government*, première publication de Bentham dans le domaine du droit, et qui devait être inclus dans un plus large *Comment on the Commentaries*, tentait de mettre en évidence les défauts des conceptions dominantes de son temps, à travers une critique sévère de ce professeur dont il avait reçu les enseignements.

(21) J. Bentham, *De l'ontologie et autres textes sur les fictions*, P. Schofield, J.-P. Cléro, C. Laval (éd.), Paris, Le Seuil, coll. « Points essais », 1997, pp. 82-84.

davantage critiquée que l'intention politique qu'elles traduisent, il s'efforce dans ses écrits constitutionnels de remédier à leurs défauts (3).

1. *La critique des Déclarations de droits*

La critique des Déclarations de droits telles qu'elles ont été rédigées au XVIIIe siècle se dessine dès la note de conclusion ajoutée lors de la publication en 1789 de *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Elle se poursuit avec les *Sophismes anarchiques*, où Bentham dresse, sur un ton polémique et pamphlétaire, un réquisitoire impitoyable contre les droits naturels. Sa réfutation, qui est liée à sa théorie du langage et des fictions, est rigoureuse, implacable et, d'une certaine manière, jubilatoire. En procédant article par article, mot à mot et en cherchant à en dégager le sens, Bentham s'interroge sur la référence des concepts employés. Ainsi, dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, s'agit-il des « hommes » qui, puisqu'ils sont distingués des « citoyens », vivent dans l'état de nature ? Sont-ils nés ou morts ? Que désigne la « société » de l'article 15 ? Bentham relève méthodiquement les contradictions, par exemple, dès l'article 1er, entre l'idée d'égalité et celle de distinction sociale, ou encore à l'article 4, entre le caractère limité des droits naturels et leur description comme absolus. Si propriété et égalité vont de pair, quel peut être le sens de l'exigence de proportionnalité de l'impôt ? Lorsqu'elle comporte des exceptions, la Déclaration ne peut pas limiter le pouvoir ([22]). Lorsqu'elle n'en comporte pas, il est impossible de l'observer, sauf à ne jamais légiférer : toute loi positive violerait par définition ces droits absolus.

L'une des critiques majeures que Bentham adresse aux rédacteurs est leur confusion entre l'être et le devoir être ([23]). « D'après la manière dont cet article [le douzième] est rédigé, il paraît que dans l'assemblée nationale on ne connaissait point de différence entre déclarer *ce qui est* et déclarer *ce qui doit être* [...]. Doit-on se donner pour les précepteurs des nations, quand on ne sait même pas exprimer sans ambiguïté, sans absurdité, les idées les plus triviales ? [...] Cette manière d'instituer le gouvernement serait plutôt celle de le

(22) De même voy. H. Kelsen, « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », *in Revue du droit public*, t. XLIII, 1926, pp. 604-605.

(23) L'importance de cette distinction est déjà soulignée dans le *Fragment sur le gouvernement*, trad. J.-P. Cléro, Paris, L.G.D.J./Bruylant, coll. « La pensée juridique moderne », 1996, p. 168.

dissoudre. [...] Il est étonnant qu'une assemblée qui prétendait fixer les mots, fixer les idées, fixer les lois et tout fixer pour toujours, se servît dans une occasion essentielle, d'un terme équivoque et impropre, comme si la langue française était réduite à ce bégaiement inepte ([24]) ». Ainsi les hommes ne *naissent* pas égaux mais *doivent* l'être. De même, les droits ne sont pas les mêmes pour tous : n'y a-t-il aucune différence entre un maître et son apprenti, entre un aliéné et son gardien ? Globalement, les Déclarations « étaient rédigées en termes imprécis, basées sur de pures pétitions de principe, frappées de contradiction interne, vagues quant à leur étendue, et soulevaient des questions cruciales à propos des exceptions et des priorités ([25]). »

La réfutation des Déclarations de droits naturels trouve sa source dans le concept de droit adopté par Bentham.

2. *Le concept de droit de Bentham*

« Une règle de droit (*law*) peut être définie comme un assemblage de signes déclaratifs d'une volition conçue ou adoptée par le souverain dans un Etat, concernant la conduite à observer en un certain cas par une certaine personne ou classe de personnes, qui dans le cas en question sont [effectivement] ou sont supposées être [les] sujets de ce pouvoir : une telle volition reposant pour son accomplissement sur l'attente de certains événements dont on entend qu'une telle déclaration devrait, le moment venu, constituer un moyen de [les] provoquer, et de la perspective desquels on entend qu'elle devrait agir comme un motif sur ceux dont la conduite est en question ([26]). » Toute règle de droit s'analyse en deux parties, « l'une servant à vous faire connaître l'intention du législateur, l'autre servant à vous faire connaître quel motif le législateur vous fournit pour vous conformer à cette inclination [...]. La première de ces parties peut être appelée la *directive*, l'autre, la *sanctional* ou *incitative* ([27]). »

---

(24) *Sophismes anarchiques, op. cit.*, p. 563.

(25) W. Twining, « The Contemporary Significance of Bentham's Anarchial Fallacies », in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Vol. 61 (3), 1975, repr. in B. Parekh, *op. cit.*, Vol. IV, p. 714.

(26) J. Bentham, *Of Laws in General*, H.L.A. Hart (ed.), London, The Althone Press, p. 1. On conçoit la complexité voire l'inélégance de la traduction, mais la fidélité à l'original est délibérément préférée. En l'occurrence, elle n'est pas sans intérêt du point de vue de la mise en évidence de l'« écriture » benthamienne et de sa manière de saisir un problème.

(27) *Ibid.*, p. 134.

Pour Bentham, le droit se réduit essentiellement à la création d'obligations. « Droits et obligations, quoique distincts et opposés quant à leur nature, sont simultanés quant à leur origine, et inséparables quant à leur existence ([28]). » Il ne s'agit là que de différents modes d'expression de ce qu'une seule et même règle de droit fait en une opération unique. Les dispositions originellement permissives n'ont aucune utilité, puisque « toute règle de droit efficace quelle qu'elle soit, peut être considérée comme une limitation ou une exception, entée sur une règle universelle préétablie de liberté ([29]). » Toute liberté absolue, telle qu'elle apparaît dans les Déclarations, est donc incompatible avec l'existence même du droit. Elle ne peut exister que dans un état de nature.

Dans la mesure où le droit n'est que le fruit de la volonté du législateur relativement à une conduite, il est absurde de prétendre reconnaître des droits contre le souverain qui les crée. De même, il est impossible de nier à la législature le droit de faire quoi que ce soit, ainsi que le prétend l'article 5 de la Déclaration de 1789. « Rien n'est illégal (*unlawful*) de ce qui est la claire intention de la Législature [...]. La Législature ne peut pas faire ce qui est illégal (puisque ce n'est pas illégal si elle le fait) ([30]). » Il n'existe aucun droit naturel que le législateur n'aurait pas légalement le droit de méconnaître. C'est ainsi que Bentham, non sans humour, peut affirmer : « quel que soit ce qui est donné pour droit par la ou les personnes reconnues comme possédant le pouvoir de créer le droit, est du droit. Les *Métamorphoses* d'Ovide, ainsi présentées, seraient du droit ([31]). »

A la lumière de son concept de droit, Bentham tente de répondre aux critiques qu'il adresse aux Déclarations. Celles-ci tiennent en effet davantage à leur rédaction et à leurs présupposés qu'à l'intention profonde qui les anime : la garantie contre le mauvais gouvernement.

3. *Les « Securities Against Misrule »*

Plutôt que de droit contre le gouvernement, Bentham préfère employer l'expression de « sécurité contre le mauvais gouverne-

(28) J. Bentham, *Theory of Fictions*, C.K. Ogden (ed.), London, Kegan Paul, 1932, p. 93.

(29) *Of Laws in General, op. cit.*, p. 119.

(30) J. Bentham, *A Comment on the Commentaries*, J.H. Burns, H.L.A Hart (ed.), London, The Althone Press, 1977, p. 56.

(31) *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, op. cit.*, p. 301.

ment » (*security against misrule*). Lorsqu'il s'essaie, dans ses écrits constitutionnels pour Tripoli, à élaborer une manière de Déclaration de droits, Bentham l'intitule « *Constitutional Securities for the Tripolitan Nation* » ([32]). Chaque sécurité, qu'elle soit concédée par le souverain à la Nation ou aux individus, ne peut pas être une prérogative absolue. Elle s'accompagne d'une « contre-sécurité » qui en limite les effets en vue de son exercice harmonieux et de son bénéfice maximal pour la population. La sécurité contre l'interférence en matière de religion s'accompagne par exemple d'une contre-sécurité imposant de ne pas gêner les autres par l'exercice du culte. Ainsi sont consacrés et détaillés, entre autres, des sécurités contre les vexations religieuses, contre l'opacité du gouvernement, un véritable *habeas corpus* contre l'oppression officielle largement entendue.

Bentham reste néanmoins conscient de la précarité et de la relativité de ces garanties ([33]). Une méconnaissance de ses engagements de la part du souverain pourra seulement tendre à réduire la disposition à obéir des sujets, jusqu'à finalement le faire déchoir. Aussi va-t-il de son intérêt bien calculé de respecter ces concessions ([34]).

Dans le *Constitutional Code*, où Bentham livre le canevas inachevé de sa République idéale, « l'ensemble des sécurités, proposées ici en référence au département le plus élevé, la Législature, constitue le point de départ d'un système universel de sécurités similaires, couvrant la totalité de l'établissement officiel, et s'appliquant à tous les agents publics, dans chaque département et subdépartment ([35]). » Ces sécurités garantissant les différentes aptitudes des agents publics reposent sur leur nomination par ceux dont l'intérêt est le plus grand bonheur, leur responsabilité, la brièveté de leur mandat, leur non-rééligibilité immédiate pour les élus et leur révocabilité immédiate pour les autres, la publicité de leur activité, l'obligation d'assiduité qui leur est imposée, les examens et préparations auxquels ils sont soumis.

Il est donc possible selon Bentham, sans pour autant s'illusionner sur leur portée, d'opposer au pouvoir certaines prérogatives juridiques positives des individus. Mais en toute hypothèse, « ces droits

(32) In *Securities Against Misrule and Other Constitutional Writings for Tripoli and Greece*, P. SCHOFIELD (ed.), Oxford, Clarendon Press, 1990, pp. 74-102.

(33) *Ibid.*, p. 108.

(34) *Ibid.*, pp. 110-111; *Of Laws in General, op. cit.*, p. 70, note p.

(35) *Constitutional Code*, Vol. I, F. ROSEN, J.H. BURNS (ed.), *op. cit.*, p. 117.

naturels, inaliénables et sacrés, n'ont jamais eu d'existence ([36]). » Ils n'en ont pas moins été invoqués à de nombreuses reprises. C'est pourquoi il importe d'en élucider la fonction.

B. — *Le droit naturel comme procédé rhétorique fallacieux*

A travers une critique qui a encore toute sa portée ([37]), Bentham dénonce, dans une anticipation surprenante de la théorie du langage émotif, le procédé rhétorique consistant à recourir au droit naturel ou à la loi de nature. L'expression « loi naturelle » semble en elle-même une *contradictio in terminis*. En effet, l'état de nature est précisément un horizon où aucune loi n'existe. Seul y a place le « droit » comme adjectif, indiquant ce qui procure du plaisir, mais en aucun cas un « droit » comme substantif qui serait antérieur à tout gouvernement. La seule loi naturelle qui puisse avoir un sens désignerait les déterminants psychologiques de l'action de l'homme. Mais il ne saurait alors être question de la respecter ou non. Le jurislateur la prend en compte pour en orienter le mouvement vers la maximisation du bien-être collectif.

Le droit naturel, présenté comme éternel, néglige la variabilité des circonstances. Au contraire, l'historicisme du principe d'utilité commande de faire évoluer le droit en fonction de ce que requiert *hic et nunc* le bonheur du plus grand nombre. Aussi Bentham a-t-il rédigé un ouvrage intitulé *De l'influence des temps et des lieux en matière de législation* ([38]). Le droit naturel qui prétendrait s'imposer pour toujours s'avère l'instrument d'une doctrine tyrannique. Le jusnaturalisme n'est qu'un usage répété des sophismes des lois irrévocables et de la sagesse des ancêtres ([39]), par lesquels les morts, s'estimant à tout jamais plus éclairés, prétendent enchaîner les vivants ([40]). De plus, de nombreuses théories du droit naturel en ont

(36) *Sophismes anarchiques, op. cit.*, p. 551.

(37) Voy. à la suite de C.L. Hamblin, *Fallacies*, Newport News, Virginia, Vale Press, 1970, les recherches actuelles sur les « fallaces » mentionnées par P. Breton, G. Gauthier, *Histoire des théories de l'argumentation*, Paris, La Découverte, coll. « Repères », Vol. 292, 2000, pp. 70-79.

(38) J. Bentham, *De l'influence des temps et des lieux en matière de législation*, in *Oeuvres, op. cit.*, Vol. I, pp. 283-301 et *Essay on the Influence of Time and Place in Matters of Legislation,* in *The Works, op. cit.*, Vol. I, pp. 169-194.

(39) J. Bentham, *Manuel de sophismes politiques*, trad. J.-P. Cléro, Paris, L.G.D.J./Bruylant, coll. « La pensée juridique moderne », 1996 et *Book of Fallacies*, in *The Works, op. cit.*, Vol. II, pp. 375-487, Chapitres II et III.

(40) En homme des Lumières, Bentham rejoint ici les idées de M.J.A. Condorcet, T. Paine et T. Jefferson.

proposé des formulations qui, bien que toutes vouées à l'intemporalité et se réclamant de l'évidence, étaient incompatibles. Bentham n'admet pas la possibilité d'une connaissance innée de cette loi naturelle, révélée et placée par Dieu en chaque homme. Dès lors pour lui, le droit naturel n'est que « l'effusion d'un cœur de pierre opérant dans un esprit embrumé ([41]). »

Les maximes d'Ulpien — *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* — supposent toutes une définition positive de ce que peuvent être « vivre honnêtement », « nuire à autrui » et « le tien et le mien ». Seules ces définitions seront prises en compte dans le commerce juridique comme critères de l'opportunité des actions, en pesant par exemple les peines qui y seront juridiquement attachées. Il semble impossible d'identifier un droit hors de la loi positive. Celle-ci est constituée de signes, qui rendent son contenu connaissable par tous et permettent l'organisation de la société par le souverain. Elle fournit un standard public et commun d'interaction sociale. Au contraire, la loi naturelle est à la fois partout et nulle part, « dans les choses ». Elle laisse sa détermination à la fantaisie de chacun. Le recours à la loi naturelle peut aussi bien s'avérer conservateur — tout me plaît et tout est donc comme il doit l'être — qu'anarchiste — telle chose ne me plaît pas, étant réputée contraire au droit naturel, et donc n'existe pas ([42]). Lorsque Blackstone explique ([43]) que l'on est tenu de désobéir à la loi positive qui contredit la loi naturelle ou la loi divine, Bentham répond qu'« il n'est guère de loi qu'on ne puisse, dès lors qu'on ne l'apprécie pas, trouver en contradiction, pour une raison ou pour une autre, avec un texte de l'Ecriture » ([44]), et ainsi prétendre invalide ou inexistante. Plus que le fondement d'une argumentation rationnelle, le jusnaturalisme n'est que le ferment du recours aux passions irréfléchies. Au lieu d'appeler à l'insurrection ou au respect inconditionnel du droit, Bentham prône l'application, au cas par cas, du calcul utilitaire. Il est absolument stérile de dire « je pense que la législature n'a pas ce droit ». Mieux vaut exposer, preuves utilitaires à l'appui, les avantages de la proposition que l'on entend promouvoir et les inconvénients de l'ancienne loi. Une Déclaration telle que celle du

(41) J. Bentham, *Economic Writings*, W. Stark (ed.), Vol. I, London, George Allen & Unwin, 1952, p. 335.

(42) Voy. également la distinction entre un jusnaturalisme conservateur et un jusnaturalisme révolutionnaire par H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Vienna, Franz Deuticke, 1934, § 8.

(43) Sir W. Blackstone, *op. cit.*, Vol. I, p. 43.

(44) *Fragment sur le gouvernement, op. cit.*, p. 156.

26 août 1789 ne peut aucunement contribuer à la mise en place d'une constitution stable. Avec une sévérité qui n'est pas sans trouver un certain écho dans les *Reflections* ([45]) de Burke, pour qui la Déclaration de 1789 constituait le « Digeste de l'anarchie » ([46]), Bentham estime que « la Révolution qui avait jeté le gouvernement dans les mains des auteurs de cette déclaration, ayant été le résultat d'une insurrection, leur premier objet, en la rédigeant, fut de justifier les insurrections en général ([47]). »

Ainsi que le résume H.L.A. Hart, « le droit est une chose que les hommes ajoutent au monde, non qu'ils y trouvent ([48]). » Inexistant en tant que titre juridique des individus, le droit naturel n'est, tout au plus, qu'un argument au service d'une rhétorique tendant soit à dénoncer le pouvoir en place, soit à en vanter les mérites. Essentiellement, le droit naturel tend à entraver le jeu de la raison. C'est une tout autre méthode qui procède du principe d'utilité, non sans s'avérer plus convaincante dans la défense des revendications et prérogatives des individus.

II. — L'utilitarisme de Bentham : une garantie pour les revendications individuelles

Chez Bentham, toute réflexion, qu'elle ait trait à l'anthropologie, à l'économie, au droit, à la logique ou encore à la grammaire, a pour point de départ l'axiome que représente le principe d'utilité ([49]). Il constitue le fondement d'une science des passions que Bentham met au service de sa science de la jurislation. Cette dernière s'avère propre à prendre en compte les revendications des individus que recouvrent les droits de l'homme (A). Dans le domaine du droit politique, le principe d'utilité permet de fonder un régime démocratique sur un raisonnement rigoureux (B).

---

(45) E. Burke, *Reflections on the Revolution in France*, London, J. Dodsley, 1790.

(46) Cité par E. Halévy, *La formation du radicalisme philosophique*, M. Canto-Sperber (rééd.), Paris, PUF, coll. « Philosophie morale », 1995, t. 2, p. 29.

(47) *Sophismes anarchiques, op. cit.*, p. 565.

(48) H.L.A. Hart, « Bentham and the Demystification of the Law », in *Modern Law Review*, Vol. 36, January 1973, p. 7.

(49) Et de fait, il semble aux yeux de certains auteurs la racine du mal. A.J. Milne, « Bentham's Principle of Utility and Legal Philosophy », in *Northern Ireland Legal Quarterly*, Vol. 24 (3), Autumn 1973, pp. 9-38 estime par exemple que ne mérite intérêt dans l'œuvre de Bentham que ce qui est détachable du principe d'utilité, celui-ci viciant tout le reste.

A. — *Science des passions et science de la jurislation*

Diriger la conduite des individus suppose d'en connaître les « ressorts » ([50]) essentiels, c'est à dire le plaisir et la peine. En ce sens, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, où Bentham dresse une véritable anatomie du processus de l'action humaine, introduit bien aux principes fondamentaux de l'activité jurislatrice (1). Lui insufflant sa dynamique, le principe d'utilité lui assigne certains buts, qu'il importe de comparer aux finalités des doctrines des droits de l'homme (2).

1. *La production utilitariste du droit*

Déjà mentionné dans le *Fragment on Government* ([51]), le principe d'utilité reçoit sa formulation canonique dans le Chapitre Ier de l'*Introduction*. Il rend tout d'abord compte des causes efficientes des actions humaines — la recherche du plaisir et la fuite de la douleur — et fournit ensuite un critère pour les évaluer — une action étant approuvée ou non en fonction de sa propension à augmenter ou non le bonheur de l'individu en question. La mesure de cette propension prend la forme d'une arithmétique précise et rigoureuse, attentive à de nombreuses circonstances influençant la sensibilité. La valeur ainsi déterminée permet de comparer les actes entre eux du point de vue de leur utilité. Cette science des passions permet au gouvernement d'établir quelles conduites sont, par leurs conséquences, des obstacles au bien-être collectif. Le droit incite alors les individus à ne pas les adopter, au moyen de sanctions ([52]) annexées à leur interdiction. Il s'agit de jouer sur les données du calcul utilitaire, afin de rendre la conduite en question peu attractive. Toutefois, la sanction, qui est un mal, ne doit pas excéder le bien susceptible de résulter de l'interdiction : une certaine proportionnalité doit

(50) *A Table of the Springs of Action, in The Works, op. cit.*, Vol. I, pp. 195-219.

(51) *Fragment sur le gouvernement, op. cit.*, p. 87.

(52) Pour la typologie des sanctions, voy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, op. cit.*, Chapter III « Of the Four Sanctions or Sources of Pain and Pleasure ». Dans le *Fragment sur le gouvernement, op. cit.*, note 143, pp. 166-167, Bentham avait déjà distingué trois types de sanctions correspondant aux devoirs politique, religieux et moral. Dans *Nomography,* in *The Works, op. cit.*, Vol. III, pp. 290-292, il ajoute une sanction dite « de sympathie », dont le rôle importe essentiellement en éthique.

notamment être observée en droit pénal ([53]). Une arithmétique extrêmement fine doit donc être développée par le jurislateur, devenu savant du social, afin de promouvoir une combinaison d'actions produisant le maximum de bonheur.

Alors que Bentham est un grand lecteur de Hume, il semble méconnaître le principe logique connu sous le nom de « loi de Hume » ([54]), selon lequel d'une prémisse non normative il est impossible d'inférer logiquement une conclusion normative. Le principe d'utilité, en rendant compte de ce qui est et en indiquant ce qui doit être, violerait cette loi logique ([55]), et Bentham, faisant preuve d'une inconséquence notoire, serait tombé dans le travers qu'il a tant dénoncé.

Mais à aucun moment Bentham ne tient un raisonnement du type « le comportement humain *est* guidé par la recherche du bonheur, *donc* le gouvernement *doit* viser le plus grand bonheur du plus grand nombre ». L'ensemble de sa réflexion sur le droit est une recherche d'un moyen d'agir sur les déterminants des comportements humains afin d'organiser leur interaction de sorte qu'elle promeuve le bonheur du plus grand nombre. Il ne semble y avoir aucun passage logique entre les deux aspects du principe d'utilité, et par là même aucune violation de la loi de Hume. Il s'agit seulement de partir d'une connaissance scientifique de la réalité pour pouvoir la réformer selon ses préférences éthiques. L'une des fonctions du principe d'utilité est notamment de servir « comme un dépôt (*storehouse*) de moyens à disposition pour atteindre cette fin [le plus grand bonheur] » ([56]). Dès lors, le raisonnement benthamien revêt la forme suivante : « on constate que le comportement humain est guidé par la recherche du bonheur; *si* l'on estime souhaitable que le gouverne-

(53) Il est des hypothèses où une interdiction sanctionnée est contre productive. Voy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, op. cit.*, Chapter XIII : « Cases Unmeet for Punishment ». C'est sur ce fondement que Bentham, dans la lignée de Beccaria, critique la cruauté du droit pénal anglais. Voy. G.J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1986, Chapter 8.2.

(54) D. HUME, *Traité de la nature humaine*, Livre III « La morale », trad. P. SALTEL, Paris, Flammarion, 1993, p. 65.

(55) E. HALÉVY, *op. cit.*, t. 1, p. 21 : « L'objection porte contre Bentham; car l'idée maîtresse de Bentham, ce sera précisément d'avoir découvert, dans le principe de l'utilité, un commandement pratique en même temps qu'une loi scientifique, une proposition qui nous enseigne indivisiblement ce qui est et ce qui doit être. »

(56) J. BENTHAM, « Article on Utilitarianism », in *Deontology, Together with A Table of the Springs of Action and the Article on Utilitarianism*, A. GOLDWORTH (ed.), Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 320.

ment vise le plus grand bonheur du plus grand nombre, *alors* on doit agir de telle et telle manière sur les déterminants du comportement humain ». Il ne s'agit là que d'une norme technique, fondée sur une proposition anakastique ([57]). En adoptant comme norme de sa théorie politique la prémisse mineure, Bentham parvient par ailleurs à des conclusions normatives, mais là encore, il n'y a aucun passage de l'être au devoir être. Il ne s'agit que d'une inférence pratique, dans laquelle il extrait une prescription d'une norme technique ([58]).

Dans un contrepoint saisissant par rapport au droit anglais de son temps, Bentham estime qu'un corps complet de droit est seul susceptible de permettre d'une part à chacun de connaître la condition juridique de ses actes ([59]), et ainsi de se gouverner soi-même, et d'autre part au gouvernement de contrôler les conduites. Le code doit constamment être amendé et actualisé afin de servir *hic et nunc* l'utilité générale. En raison de cette « *defeasable perpetuity* » ([60]) du droit, Bentham a lutté contre les Déclarations de droits imprescriptibles qui prétendaient enchaîner les jurislateurs futurs. Le droit étant essentiellement un moyen de faire agir par les mots ([61]), outre une rédaction claire, brève et précise, une large publicité est exigée ([62]). Contrairement à l'usage émotif du droit naturel, le droit positif benthamien s'adresse donc à l'intelligence, et ne fait qu'ajouter des arguments à la délibération individuelle sur l'opportunité des actions. Parachevant la rationalisation de la production du droit, le code fournit également un moyen de canaliser le pouvoir des tribunaux. Privés des imprécisions et lacunes de la *common law*, ceux-ci doivent se limiter à l'application du droit promulgué. Ainsi les citoyens peuvent jouir de la sécurité, principal objectif de la jurislation. Bentham souhaite encore une réorganisation profonde de la procédure juridictionnelle. Il faut n'établir qu'un type unique de

(57) Une norme technique n'est pas, à proprement parler, une « norme ». Elle est une proposition en forme déontique, exprimant une relation de cause à effet. L'exemple type en est « pour faire bouillir de l'eau, on *doit* la porter à cent degrés ». En l'occurrence, le « devoir » ne constitue que le moyen nécessaire pour atteindre une fin désirée.

(58) G.H. von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, Routledge and Kegan Paul, 1963, pp. 10-11.

(59) *Of Laws in General, op. cit.*, p. 246.

(60) *Book of Fallacies, op. cit.*, p. 407.

(61) *A Comment on the Commentaries, op. cit.*, p. 72 : « Whatever the Law does, whatever it 'makes' a man do, it does, it makes him do by speaking. »

(62) D'où la critique du *statute law ibid.*, p. 153. Bentham est ainsi en mesure, aux pages 141-144, de réduire une loi sur le bétail volé de 628 à 46 mots. Voy. D. Lieberman, « Bentham's Digest », in *The Bentham Newsletter*, June 1985, pp. 7-20.

tribunaux à deux degrés, où le juge remplit une fonction conciliatrice active. L'accès de tous aux tribunaux doit être favorisé, quelle que soit leur situation géographique ou financière. La cause de chacun peut donc être, ainsi que le requiert l'un des textes contemporains essentiel relatif aux droits de l'homme, « entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial » ([63]), efficace et intelligible.

Loin de n'être qu'une loi naturelle soustraite à l'action des hommes, le droit benthamien est l'instrument de la promotion incessante de l'utilité. Son déploiement tient à la fois du fascinant et de l'effrayant. Selon D. Long, en affectant le *self-control*, il priverait l'homme de toute liberté ([64]). La discipline que le principe d'utilité impose au travail du jurislateur met pourtant en évidence une promotion du plus grand bonheur qui s'avère sensible aux revendications des individus.

2. *Les buts de la jurislation*

Bentham assigne au gouvernement la réalisation du plus grand bonheur du plus grand nombre. Plus précisément, « les fins immédiatement spécifiques, et ensemble exhaustives, [...] sont la subsistance, l'abondance, la sécurité et l'égalité, chacune portée à son niveau le plus élevé compatible avec la maximisation des autres ([65]). »

La sécurité pour ses biens et sa personne est première en importance. Elle est essentielle car l'homme est une créature qui se projette dans l'avenir et nourrit des attentes. Si celles-ci sont déçues, il en résulte une désutilité très importante, et Bentham insiste à de multiples reprises sur le « principe de prévention des déceptions » ([66]). La subsistance consiste à disposer des ressources nécessaires afin de ne pas éprouver de souffrance physique. L'abondance ne vient qu'ensuite, en tant qu'instrument de sécurité pour la subsistance, puis comme un bien en soi. Enfin, l'égalité est souvent vue

(63) Article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

(64) D. Long, *Bentham on Liberty. Jeremy Bentham's Idea of Liberty in Relation to his Utilitarianism*, Toronto, University of Toronto Press, 1977.

(65) J. Bentham, *Leading Principles of a Constitutional Code, for any State*, Extract from « The Pamphletter », no. 44, London, A.J. Valpy, 1823, p. 4.

(66) J. Bentham, *Official Aptitude Maximized; Expense Minimized : As Shewn in the Several Papers Comprised in this Volume*, P. Schofield (ed.), Oxford, Clarendon Press, 1993, pp. 8-10.

chez Bentham comme un élément de moindre importance. Elle est au moins requise quant à la subsistance de chacun. Une certaine égalisation, sinon l'égalité des dotations des individus, semble impliquée par la dynamique du principe d'utilité. En effet, en raison du phénomène de décroissance des utilités marginales, Bentham estime qu'« à travers l'ensemble de la population d'un Etat, moins il y a d'inégalité entre deux individus relativement à la part qu'ils possèdent du stock total agrégé des instruments de félicité, plus est important le stock agrégé de félicité lui-même, à condition toujours que par aucune des choses faites en vue de réduire l'inégalité le moindre choc n'affecte la sécurité ([67]). » Il croit cependant à l'incitation par la compétition et s'il se déclare favorable, dans *Supply Without Burden* ([68]), à la taxation de certains héritages, il ne prône jamais clairement le principe de l'impôt progressif.

Bentham n'est pas pour autant un apôtre obtus du « libéralisme économique ». Il élabore en effet des plans de maisons de travail, de coopératives agricoles, des systèmes de prêts facilités aux indigents ([69]). En 1824, il participe à la campagne des radicaux pour la liberté des coalitions ouvrières ([70]). Il n'en demeure pas moins que « l'égalité n'était [pas] une valeur principale pour Bentham. Il l'a toujours vue négativement, en termes de réduction de l'inégalité dans le but d'une sécurité accrue ([71]). » Aussi est-il manifeste que le droit benthamien ne s'avère pas hostile à des revendications telles que la sûreté, la liberté syndicale, la garantie des moyens de subsistance. Souvent formulées en termes de droits de l'homme, elles se présentent ici non comme des prérogatives inviolables et sacrées mais en termes d'argumentation rationnelle.

L'absence qui est généralement remarquée parmi les fins de la jurislation, est celle de la liberté. Selon E. Halévy, « la liberté n'est pas, selon Bentham, un but de l'activité humaine; la doctrine de l'utilité n'est pas, à son origine et dans son essence, une philosophie de la liberté ([72]). » Il semble plus exact de dire que la liberté ne *peut* pas être un but de la jurislation. Elle est un phénomène naturel,

(67) *Leading Principles of a Constitutional Code, for any State, op. cit.*, pp. 8-9.

(68) In *The Works, op. cit.*, Vol. II, pp. 585 598.

(69) Voy. C.F. Bahmueller, *The National Charity Company. Jeremy Bentham's Silent Revolution*, Berkeley, University of California Press, 1981.

(70) J. Steintrager, *Bentham*, London, George Allen & Unwin, coll. « Political Thinkers », no. 5, 1977, Chapter III « Polity and Economy ».

(71) N.L. Rosenblum, *Bentham's Theory of the Modern State*, Cambridge, Mass., London, Harvard University Press, 1978, p. 113.

(72) E. Halévy, *op. cit.*, t. 1, p. 106.

alors que le droit agit essentiellement en limitant la liberté ([73]). Il ne peut, au premier chef, qu'assurer la sécurité des situations des individus. Leur capacité à se projeter dans l'avenir vient non de la liberté, mais de la sûreté et de l'assurance des possibilités d'action.

Du point de vue de la théorie de la justice, la seule considération de la somme totale de bien-être et la négligence corrélative de tout critère distributif interne est une critique majeure de l'utilitarisme benthamien. Elle semble pourtant réfutée par la prise en compte de plusieurs phénomènes. Tout d'abord, la vue des inégalités flagrantes provoquant une jalousie, celles-ci diminuent l'utilité globale. Le phénomène de décroissance des utilités marginales commande également, afin de maximiser le bien-être global, d'effectuer une certaine redistribution. Elle devra toutefois, en prenant aux mieux dotés pour donner aux moins dotés, prendre garde au fait que la peine de la perte est, de façon relative, plus vivement ressentie que le plaisir du gain. Quoi qu'il en soit, si aucun critère distributif interne n'est pris en compte directement, la maximisation de l'utilité générale implique des considérations tenant à l'allocation des biens.

Enfin, l'idée que « le principe d'utilité, pris comme impératif éthique, risque [...] de déboucher sur une logique sacrificielle » ([74]) qui autoriserait, si un plus grand bonheur collectif était susceptible d'en résulter, le sacrifice d'un innocent, est contestable. En effet, il convient, plutôt que d'affirmer la négligence du principe de dignité de la personne humaine par l'utilitarisme, de considérer que le calcul d'utilité peut en l'occurrence faire obstacle au sacrifice. Il prend en compte les maux secondaires ([75]), c'est-à-dire la peur et l'insécurité qui résultent pour chacun de l'idée de pouvoir à son tour être sacrifié. En outre, l'atteinte au « nécessaire physique » de l'individu revêt un poids tel qu'elle empêche le calcul des plaisirs et des peines : pour Bentham, la valeur de soi est incomparable à celle des biens. D'où, à la différence de J.S. Mill ([76]), son hostilité à la peine de mort.

Contrairement aux idées reçues, la dynamique jurislatrice utilitariste s'avère soucieuse des prétentions des individus. Ainsi que le

(73) *Of Laws in General, op. cit.*, p. 54.

(74) J.-P. Dupuy, postface à E. Halévy, *op. cit.*, t. 1, p. 339. C'est également l'une des critiques essentielles de J. Rawls, *op. cit.*

(75) *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, op. cit.*, Chap. XII « Of the Consequences of a Mischievous Act ».

(76) J.S. Mill, « Speech in Favor of Capital Punishment (1868) », in J. Feinberg, H. Gross (ed.), *Philosophy of Law*, Belmont, Calif., Wadsworth Publishing Company, 1975, pp. 619-622.

montre L. Campos Boralevi ([77]), Bentham s'est préoccupé des droits des minorités et des défavorisés, qu'il s'agisse des femmes, des homosexuels, des juifs, des indigents, des populations coloniales, des esclaves et même des animaux ([78]). En matière de droit constitutionnel, seule la démocratie représentative est susceptible d'assurer la prise en compte méthodique du plus grand bonheur du plus grand nombre.

B. — *Le modèle politique utilitariste*

Mettant implacablement en évidence leur caractère nuisible, le principe d'utilité s'avère dangereux pour tous les gouvernements que n'anime pas la recherche du plus grand bonheur ([79]). La défense de la démocratie repose moins, chez Bentham, sur un droit naturel de l'homme à l'autonomie que sur une analyse causale, qui la décrit comme le moyen le plus sûr de parvenir à la maximisation de l'utilité générale (1). Selon lui, la promotion du plus grand bonheur suppose l'instauration d'une manière d'« utopie utilitariste » ([80]) où le peuple est omniprésent (2).

1. *Le principe démocratique*

La monarchie, absolue ou limitée, est le régime où règne en maître l'intérêt du roi. La communauté d'intérêt qu'il entretient avec l'ensemble de la population se limite à la communauté d'inté-

---

(77) L. Campos Boralevi, *Bentham and the Oppressed*, New York, Walter de Gruyter, 1984.

(78) Voy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, op. cit.*, pp. 282-283; S. Castignone, « I diritti degli animali : la prospettiva utilitarista », in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XIII, n. 2, dicembre 1983, pp. 397-421. Dans la philosophie morale contemporaine, voy. T. Regan, *The Case for Animal Rights*, Berkeley, University of California Press, 1983; Id., *La philosophie des droits des animaux*, trad. D. Olivier, Lyon, F. Blanchon Editeur, 1991; P. Singer, *Animal Liberation. A New Ethics for Our Treatment of Animals*, New York, Random House, 1975; Id., *Le mouvement de libération animale. Sa philosophie, ses réalisations, son avenir*, trad. D. Olivier, Lyon, F. Blanchon Editeur, 1991.

(79) *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, op. cit.*, pp. 14-15 n.

(80) T.P. Peardon, « Bentham's Ideal Republic », in *Canadian Journal of Economics and Political Science*, Vol. 17 (2), May 1952, repr. in B. Parekh (ed.), *op. cit.*, Vol. III, p. 621.

rêt qui peut exister entre un loup et les agneaux qu'il dévore ([81]). C'est en des termes d'une violence surprenante que Bentham s'en prend à la monarchie et à la caste des privilégiés dans son ensemble ([82]). Placés dans ces fonctions par les hasards de la généalogie ou leurs propres mains, et soustraits par là même à tout contrôle, les rois et aristocrates ne poursuivent que leur propre bonheur. Isolé du peuple et de ses préoccupations et besoins, le monarque est élevé dans l'opulence, la jouissance, le pouvoir et les honneurs factices. Jamais ne s'impose à lui l'obligation de travailler afin d'acquérir la moindre compétence ([83]). Le pouvoir, l'argent, les honneurs dont il dispose sont autant d'instruments de corruption ([84]), qui appellent des candidats, prêts à sacrifier l'utilité générale. Il est par ailleurs extrêmement difficile de se débarrasser d'un roi nuisible. Au contraire, un système d'élection assure une sanction constante et certaine de l'incompétence.

La démocratie, c'est-à-dire au premier chef l'universalité du droit de vote, se justifie en termes de calcul d'utilité collective. Le jurislateur s'efforce de trouver une combinatoire de satisfactions individuelles qui maximise l'utilité globale. Dès lors, puisque chacun est également susceptible d'éprouver de l'utilité, et qu'une quantité donnée de plaisir est d'égale valeur quel que soit celui qui l'éprouve, un système électoral doit être en mesure de laisser chacun affirmer ce qui maximise son utilité, sans qu'aucun droit naturel ne le lui impose. Simple moyen pour le jurislateur de pratiquer une arithmétique des plaisirs aussi authentique que possible, il n'en est pas moins la consécration d'un des droits de l'homme les plus impor-

(81) *Constitutional Code,* in *The Works, op. cit.*, Vol. IX, p. 102. Une autre image est employée dans « Supreme Operative », in *First Principles Preparatory to Constitutional Code, op. cit.*, p. 155 : « community of interest between a Post-master and his Post-horser : but this community of interest suffices not for saving them from an untimely death at the end of a life of torment. »

(82) « Constitutional Code Rationale », *ibid.*, p. 318 : « The caste of the priviledged orders [...] whose existence is an injury to all others, and in one word a universal nuisance »; *Securities Against Misrule, op. cit.*, p. 68 : « In a Monarchy at the head of the highest praedatory class is stationed the arch-depredator — the Monarch : a parasite in whose maw, for the small chance of giving encrease to the felicity of that one being, the sustenances of thousands and ten thousands of others whose claims are as good as his consumed. [...] In the higher parts in the the aristocrats may be seen the *teretes*, the smooth and polished sort as the name imports : in the Monarch, the solitary worm, in French, le *ver solitaire*. »

(83) J. Bentham, *A ses concitoyens de France sur les chambres de pairs et les sénats*, trad. C. Lefebvre, Paris, H. Bossange Libraire, 1831, p. 48.

(84) *Fragment sur le gouvernement, op. cit.*, préface non publiée de la seconde édition, p. 175.

tants. Bentham avance en conséquence le principe de suffrage « virtuellement universel » ([85]). Seules sont admises les défalcations contribuant au plus grand bonheur, c'est-à-dire celles des aliénés mentaux, des mineurs, des soldats habitués à obéir à un chef, et de certains criminels. Il est à remarquer que Bentham reconnaît le droit de vote aux femmes ([86]). Le vote doit être libre. A ce titre, le secret est essentiel. En effet, il empêche un corrupteur éventuel d'être certain que sa corruption sera efficace. Il en est donc automatiquement détourné. Aussi le vote est-il le produit authentique des calculs utilitaires de chacun et fournit-il une information fiable pour le calcul jurislatif.

Pour être élu, le candidat doit satisfaire les intérêts de la majorité de ses électeurs, c'est-à-dire les intérêts que les individus qui la composent partagent. Une fois élu, les propositions qu'il avance ne sont adoptées que si elles coïncident avec les intérêts de la majorité des autres élus. Loin de faire appel aux fictions eulogistiques tels le « bien commun » ou l'« intérêt général », la proposition est testée, au terme d'une discussion ouverte et publique, selon un critère partagé par tous les individus concernés. Finalement, puisque le pouvoir est conféré aux personnes dont l'intérêt est la réalisation du plus grand bonheur, seules voient le jour les lois assurant la promotion de l'intérêt commun ([87]).

L'une des objections qu'a très rapidement soulevée un tel système tient à la possibilité d'une tyrannie de la majorité ([88]). Pour Bentham, une telle oppression est en toute hypothèse préférable à celle d'une minorité, telle la corporation des juristes ou des ecclésiastiques, sur l'ensemble de la population. Dans la mesure où chacun est le meilleur juge de son intérêt, la majorité est meilleure juge de l'intérêt du plus grand nombre.

---

(85) J. Bentham, *Radical Reform Bill with Extracts from the Reasons*, London, E. Wilson, 1819.

(86) *Securities Against Misrule, op. cit.*, p. 58 : « Not excluded [...] are, as such, any person of the female sex. From the exercise of a share of the Constitutive power by means of votes in the election of the possessors of the Supreme operative power or a share in it, they the gentler half of the species stand as yet excluded by tyranny and prejudice. »

(87) M. James, « Public Interest and Majority Rule in Bentham's Democratic Theory », in *Political Theory*, Vol. 9 (1), Feb. 1981, pp. 49-64.

(88) J. Steintrager, *op. cit.*, Chapter V « A Tyranny of the Majority ? »; J.S. Mill, « Bentham », *op. cit.*, p. 168 emploie l'expression « despotism of public opinion ».

La participation du peuple à la détermination des fins du gouvernement s'inscrit dans un vaste système institutionnel. Elle ne se limite pas à l'élection de délégués et à la faculté de les révoquer. Le pouvoir doit constamment être soumis au service du plus grand bonheur.

2. *Le panoptisme politique*

Le « *panopticon* » ([89]) est un bâtiment de forme circulaire disposant en son centre d'une tour, à partir de laquelle il est possible de surveiller les individus situés dans les cellules du pourtour de l'édifice. Ces cellules sont ouvertes vers l'intérieur, de sorte que le surveillant puisse tout y voir. Ce dernier demeure pour sa part caché des individus surveillés. Aussi ne savent-ils jamais s'il les regarde effectivement. Mais ils ont conscience que cette éventualité est constante. Ce panoptisme initialement destiné à surveiller des criminels, et d'apparence si contraire au respect de la dignité humaine et des droits de l'homme les plus basiques, a été transposé dans le domaine politique. Les bureaux des *ruling few* sont encerclés de « waiting boxes » où les *subject many* peuvent, à leur insu, venir examiner leur travail. Supporter le regard omnipotent et la censure du peuple est l'un de leurs devoirs essentiels : « le fonctionnaire militaire est payé pour qu'on lui tire dessus. Le fonctionnaire civil est payé pour que l'on parle et écrive dessus ([90]). »

Apparaît ainsi, afin de contrôler et juger l'activité des gouvernants, la figure du Tribunal de l'opinion publique. Il comporte toutes les personnes susceptibles d'avoir connaissance de l'activité gouvernementale du pays, de former une opinion à son propos, et de l'exprimer ([91]). « Pour toutes ces opérations, un élément unique se présente comme l'instrument efficace et le seul efficace. Cet instrument n'est autre qu'un *Journal* : une multitude d'instruments du même type employés par tant de mains, et une multitude de copies de chacun, aussi nombreuses que possible. Dans cet instrument peut être vu non seulement un organe approprié du Tribunal de l'opinion publique, mais le seul qui soit visible et agisse constamment ([92]). » Ainsi, les individus sont en mesure, à la fois par la lecture, la discus-

(89) Etymologiquement : voy. partout. Voy. *Panoptique. Mémoire sur un nouveau principe pour construire des maisons d'inspection, et nommément des maisons de force, op. cit.*

(90) *Constitutional Code*, vol. I, F. Rosen, J.H. Burns (ed.), *op. cit.*, p. 40.

(91) *Securities Against Misrule, op. cit.*, p. 28.

(92) *Ibid.*, pp. 44-45.

sion et le vote fréquent, de s'éduquer politiquement. Dès lors, empêcher la liberté de communication et de diffusion de tracts et journaux, notamment par un système de taxation ou de licence, dresser des obstacles à l'action du Tribunal de l'opinion publique, par exemple par la rétention d'information, le mensonge, ou des entraves à la liberté de réunion, sont pour Bentham les plus graves des crimes ([93]).

Cette « transparence » lui semble le remède essentiel au *misrule* ([94]). Un vaste système d'inspection, d'enregistrement et d'information garantit l'omniscience tant des fonctionnaires que de la population et procède donc à l'universalisation du panoptisme. Dispensateur de la sanction dite « populaire » ([95]), décidant du maintien en place des agents publics, le Tribunal de l'opinion publique assure l'intériorisation d'une éthique du service des citoyens ([96]). Le regard du peuple embrasse, sans la moindre interruption, l'ensemble de l'activité du gouvernement et est en mesure de fournir un fondement utilitariste à un jugement démocratique définitif. Mais au moment même où il tire avec le plus de rigueur les conséquences pratiques de sa doctrine démocratique, Bentham n'est pas sans paraître dresser le plan d'une utopie, ni sans s'exposer aux ambiguïtés de ce type de projet politique.

☆

Elucidation du droit en termes impérativistes, critique des Déclarations de droits naturels, volontarisme de la politique juridique, constitutionnalisme républicain ne sont chez Bentham que les aspects complémentaires d'un véritable engagement en vue de la promotion du plus grand bonheur.

---

(93) « Constitutional Code Rationale », in *First Principles Preparatory to Constitutional Code, op. cit.*, p. 292. Ainsi qu'il l'affirme dans le *Constitutional Code*, Vol. I, F. Rosen, J.H. Burns (ed.), *op. cit.*, p. 41 : « Every act, whereby, [...] a man seeks to weaken the effective power of the Public Opinion Tribunal, [...] is evidence, of hostility on his part to the greatest happiness of the greatest number [...] He may, without fear of injustice, be numbered among the enemies of the human species. » Voy. J. Bentham, *On the Liberty of the Press and Public Discussion*, London, W. Hone, 1821.

(94) *Securities Against Misrule, op. cit.*, p. 25 : « One word — *misrule* — will serve for conveying a general conception of the disease : another word — *publicity*, for conveying the like conception of the remedy. » L'image de la « transparency » est de Bentham lui-même, dans « Economy as Applied to Office », in *First Principles Preparatory to Constitutional Code, op. cit.*, p. 102. Elle atteste, s'il en était besoin, l'actualité de sa réflexion.

(95) *Securities Against Misrule, op. cit.*, pp. 45-46.

(96) N.L. Rosenblum, *op. cit.*, Chapter 6 « Responsible Public Service ».

La mécanique du principe d'utilité et sa puissance de concrétisation font une large place aux exigences de l'individu, de sorte que les éléments recouverts sous le terme de « droits de l'homme » que l'on retrouve chez Bentham n'y sont pas que de simples allusions. La vocation des individus à faire valoir leurs prétentions et la prise en compte de leurs revendications sont des éléments constitutifs de la poursuite du plus grand bonheur. Mais loin de se fonder sur ou de fonder par lui-même des titres juridiques absolus, l'utilitarisme benthamien appelle une harmonie relativiste des prérogatives des individus, dans le cadre d'une interaction sociale bénéficiant à l'ensemble de la société.

La promotion et la défense des prérogatives indispensables au bonheur de l'individu doivent-elles nécessairement prendre la forme d'une revendication de droits inaliénables et sacrés ? L'argumentaire est-il contraint de se fonder sur un éther vaporeux de titres juridiques anté et méta-positifs ? Non sans un certain succès posthume, Bentham est en mesure d'avancer une défense plus rigoureuse des revendications individuelles. En matière de droit électoral, le *Reform Bill* adopté peu après sa mort en 1832 a donné le signal d'une extension progressive du droit de suffrage, tout en garantissant le vote par bulletin et une distribution plus équitable des sièges. La procédure juridictionnelle a été simplifiée. Les persécutions religieuses se sont restreintes et des mesures ont été prises en faveur des indigents. Un service d'éducation nationale a été organisé, de même qu'une fonction publique qualifiée, recrutée par concours et structurée autour de ministères. Au niveau de l'administration locale, une autorité élue à compétence générale a été mise en place. Il est bien sûr impossible d'estimer avec précision dans quelle mesure ce sont ses écrits qui ont motivé de telles réformes, mais elles répondent quoi qu'il en soit à ses préoccupations ([97]). On ne peut toutefois manquer de noter que E. Chadwick, qui était l'un de ses disciples convaincus, a eu un rôle essentiel dans le développement du gouvernement britannique au XIXe siècle ([98]).

(97) Voy. Sir W. HOLDSWORTH, « Bentham's Place in English Legal Theory », in *California Law Review*, Vol. 28 (4), 1940, pp. 568-586; B.B. SCHAFFER, « The Idea of Ministerial Department : Bentham, Mill and Bagehot », in *Australian Journal of Politics and History*, Vol. 3, 1957, pp. 60-78; R.C. FIZGERALD, « Bentham and Parliamentary Reform », in G.W. KEETON, G. SCHWARZENBERGER (ed.), *Jeremy Bentham and the Law. A Symposium*, London, Stevens and Sons Ltd, 1948, pp. 123-151.

(98) Voy. Sir C.T. CARR, *Concerning English Administrative Law*, London, Oxford University Press, 1941, Chapter I.

Dépourvue de sophismes et de mystifications langagières, fondée sur un raisonnement publiquement accessible à l'intelligence de chacun, la défense benthamienne des prérogatives des individus équivaut à ce que recouvrent globalement les doctrines des droits de l'homme. Bien entendu, le mode d'argumentation diffère. En est-il moins solide pour autant ? Il ne semble pas permis de le penser.

Guillaume TUSSEAU
Allocataire — Moniteur
Universités Paris X-Nanterre
et Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines

☆