



Thèse
pour l'obtention du grade de docteur en droit

Présentée et soutenue publiquement par

Samir Mazari

Le 10 octobre 2019

UNIVERSITÉ PARIS-EST

**L'ACCESSIBILITE DU DROIT PAR LA CODIFICATION SELON JEREMY
BENTHAM**

Dirigée par le Professeur Alain Desrayaud,
Doyen de la faculté de droit de l'UPEC

Jury :

Bruno Aguilera-Barchet : Professeur à l'Université Rey Juan Carlos de Madrid :
Rapporteur.

Frédéric F. Martin : Professeur d'histoire du droit à la Faculté de Droit et des Sciences
Politiques, Université de Nantes : Rapporteur.

Sigrid Choffée-Harouel : Maître de conférences à Université Paris-Est Créteil.

Philippe Jestaz : Professeur émérite, Ancien Directeur de la Revue Trimestrielle de
Droit Civil : Professeur invité.

Avertissement

L'Université Paris-Est n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

A mes parents

Remerciement

Je tiens à remercier Monsieur Alain DESRAYAUD, Doyen de la faculté de droit de l'Université Paris-Est-Créteil (UPEC) et directeur du Centre de recherche d'Histoire du droit. Cette thèse est le fruit d'une collaboration de plus de huit années avec lui. C'est à ses côtés que j'ai compris ce que rigueur et précision voulaient dire. C'est également lui qui m'a encadré tout au long de cette thèse et qui m'a fait partager ses brillantes intuitions. Qu'il soit aussi remercié pour sa gentillesse, sa disponibilité permanente et pour les nombreux encouragements qu'il m'a prodigués.

J'adresse tous mes remerciements à Monsieur Bruno Aguilera-Barchet, Professeur à l'Université Rey Juan Carlos de Madrid, à Frédéric F. Martin, Professeur d'histoire du droit à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Université de Nantes, à Madame Sigrid Choffée-Harouel, Maître de conférences à l'Université Paris-Est Créteil et à Monsieur Philippe Jestaz, Professeur émérite, ancien membre de l'Institut universitaire de France et directeur de la Revue trimestrielle de droit civil, de l'honneur qu'ils m'ont fait en acceptant de prendre part au jury de ma thèse.

Je tiens à remercier tous le personnel administratif du département des écoles doctorales de l'Université Paris-Est (UPE) : Madame Lourenco, Madame Zeroual-Belbou, Madame Ben Abria, ..., qui ont répondu avec calme et patience aux questions quotidiennes dont je les accablais.

Un grand merci aussi à tous les membres du laboratoire de recherche MIL et en particulier Katia Djefjel, Imen Gharsalah, Aura Popovici, Karim Chandoul, Mamadou Kante, Jacques Olivier Kestine et Stéphane Prat.

Enfin, un très grand merci à tous ceux (famille et amis) qui m'ont soutenu durant toute la durée de ma thèse, plus particulièrement Rachid, Réda, Didier, Nesrine et Hasna.

Sommaire

INTRODUCTION GENERALE

Partie I : Une critique radicale par esprit de système

Chapitre I : La glorieuse incertitude de la justice anglaise.

Section 1. *La critique de l'organisation judiciaire anglaise.*

Section 2. *La critique de la procédure anglaise.*

Chapitre II : La glorieuse incertitude du droit anglais.

Section 1. *L'incertitude de la loi commune.*

Section 2. *L'incertitude du statute law.*

Partie II : Une tentation partagée de codification.

Chapitre I : La révolution radicale du droit anglais.

Section 1. *L'avènement de la loi.*

Section 2. *L'avènement du droit codifié.*

Chapitre II : La résistance conservatrice des *lawyers*.

Section 1. *La tradition : l'amélioration progressive du droit.*

Section 2. *Les dérobades : ne pas codifier ou codifier à « l'anglaise ».*

CONCLUSION GENERALE

INDEX

TABLE DES MATIERES

Introduction générale

« Il est évident que M. Bentham conserve l'idée qu'il serait possible d'obtenir dans les lois un degré de perfection aussi absolu que celui que différents philosophes du siècle dernier ont cru facile d'introduire dans les institutions religieuses et politiques de diverses nations de l'Europe »¹.

Par ces termes, Charles Purton Cooper (1793-1873), avocat et antiquaire anglais, cherche à mettre en avant le caractère spéculatif et utopiste de la doctrine du réformateur utilitariste anglais afin de justifier son rejet. Or, si on peut qualifier Jeremy Bentham de philosophe, il est néanmoins juriste, soit *a priori* tout sauf utopiste, mais réaliste. Ce qui distingue Bentham de tous les autres théoriciens de la législation de la fin du XVIIIème siècle est très certainement son anti-conformisme. Il peut apparaître comme un véritable idéaliste, aucunement comme un idéologue. Ce n'est ni un doctrinaire comme les partisans de la tradition juridique anglaise, ni un spéculateur comme les partisans du contrat social. A notre sens, il court plutôt sous les couleurs du scepticisme.

Jeremy Bentham est un théoricien de premier plan dans la tradition juridique et philosophique « *anglo-américaine* »², il est le fondateur de l'utilitarisme³. Il est né dans la proche banlieue de Londres le 15 février 1748⁴. Il est fils d'un avocat célèbre de Londres (Jeremiah Bentham). Il perd sa mère, alors qu'il n'a que 10 ans et est élevé par la suite par son père (aidé

¹ C.P.C. COOPER, *Lettres sur la Cour de Chancellerie et sur quelques points de la jurisprudence anglaise*, Londres, 1828, p. 259.

² William SWEET, The Relevant Consequences, in *Particular, are the overall happiness created for everyone affected by the action*, St. Francis Xavier University, Canada, Last updated : December 23, 2008/ Originally published : april/11/2001, p. 2.

³ Barbara CASSIN, Vocabulaire européen des philosophies, in *Dictionnaire des intraduisibles*, éd. Seuil, Le Robert, Paris, 2004, p. 1334 : « L'utilitarisme, ..., cherche, un principe moral fondamental permettant de définir le bien et le mal moral : la qualité du bonheur qui résulte d'une action, d'une décision, d'un système politique, d'une redistribution de biens et d'avantages matériels et sociaux, etc. En bref, il nous propose un moyen d'évaluation objectif et impartial du juste et de l'injuste, du bien et du mal, à la place de critères fondés sur l'opinion, l'intérêt particulier ou le pouvoir ».

⁴ Gaston BRAIVE, Jeremy Bentham (1748-1832), l'homme et l'œuvre. Accompagné d'un essai de bibliographie, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, sous la direction de Philippe GERARD, François OST et Michel Van de KERCHOVE, Publication des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1987, p. 11 : « Jeremy Bentham naît à Houndsditch dans la banlieue de Londres, le 15 février 1748, et décède dans la capitale anglaise quatre-vingt-cinq ans plus tard, le 6 juin 1832 ».

par sa grand-mère) qui se charge de sa formation et de son éducation⁵ avec son frère cadet Samuel (âgé de 9 ans). Son père se remaria avec Sarah Abbot, la veuve d'un *clergyman* et mère de deux enfants, Charles et Farr, ce qui a poussé le père de Jeremy Bentham à déménager à *Queen's Square Place*, à Westminster, qui sera la résidence permanente de Bentham Jeremy jusqu'à sa mort en 1832. Enfant précoce, comme le souligne son biographe et ami John Bowring (1792-1872) qui rapporte « *qu'il connaissait son alphabet avant de savoir parler et qu'à 3 ans, il apprit à lire tout seul* »⁶. C'est également à cet âge-là qu'il apprend le latin. En homme parfaitement avisé, après avoir constaté la précocité de son fils, le père décide aussitôt de l'orienter vers les études de droit qui sont, à cette époque, les seules à même d'apporter à son petit prodige de la notoriété, de la richesse et du pouvoir⁷. Pour parvenir à son but, Jeremiah Bentham impose à son fils une discipline de fer dès son plus jeune âge jusqu'à ce que ce dernier obtienne en juin 1763 son diplôme de *Bachelor of Arts* à l'âge de 15 ans. Durant la même année, il entre à *Lincoln's Inn*, alors collège juridique, pour entamer des études de droit et il devient avocat, alors qu'il a tout juste 21 ans, en 1769. Toutefois Jeremy Bentham ne se contente pas, durant son parcours universitaire, d'étudier la science juridique comme semble le traduire son œuvre⁸. Il consacre un temps considérable à l'étude des autres sciences, telle que la chimie ou la botanique, également la philosophie, une discipline à laquelle il accorde beaucoup d'importance⁹. Mais c'est en tant que réformateur social

⁵ Christophe CHAUVET, *Jeremy Bentham : vie, œuvres et concepts*, Ellipses, Paris, 2010, p. 9 : « Son père prit d'ailleurs aussitôt en main l'éducation de son jeune fils, convaincu à l'instar des philosophes des Lumières que celle-ci constitue l'une des clefs pour réussir ». Gérard MICHAUT, *Jeremy Bentham, Théorie des Fictions* Texte anglais et français, Traduction, Introduction et notes, éd. Association freudienne internationale, Paris, 1996, p. 10. G. TUSSEAU, *Jeremy Bentham, La guerre des mots*, Dalloz, 2011, p. 16.

⁶ Christophe CHAUVET, *op. cit.*, p. 8.

⁷ *Ibid.*, p. 9 : « Puisqu'aux yeux de ce dernier (son père), seule une carrière de juriste est à même d'apporter notoriété, pouvoir et richesse, il oriente les lectures et les études de Jeremy pour en faire un avocat ».

⁸ G. TUSSEAU, *ibid.*, p. 25 : « Si l'œuvre de Bentham demeure avant tout marquée par des préoccupations juridiques, elle recouvre de nombreux domaines ».

⁹ Voir sur la vie de Jeremy Bentham, Christophe CHAUVET, *ibid.* ; également G. TUSSEAU, *ibid.*, p. 9 : « Parallèlement, Bentham manifeste un intérêt croissant pour les sciences et notamment l'astronomie, la chimie et la botanique. Il consacre également une grande partie de son emploi du temps à la lecture d'ouvrages philosophiques, notamment ceux de d'Alembert, Beccaria, Chastellux, Hartley, Helvétius, Hume, Maupertuis, Montesquieu, Priestley et Voltaire ».

que le génie anglais va se faire connaître. En effet, après son inscription au barreau de Londres, il abandonne très rapidement la profession d'avocat à laquelle il était prédestiné à cause notamment d'un différend avec son père¹⁰ et son aversion pour le système juridique anglais¹¹.

Sa doctrine s'est construite en trois étapes. Dans un premier temps, il se consacre entièrement à l'étude du droit anglais, puis, dans un deuxième temps, il s'attache exclusivement à sa critique et, enfin, dans un troisième temps, il en propose une refondation¹². En effet, dès le début de ses recherches, dans un ouvrage publié d'une façon anonyme en 1776 sous le titre de *A Fragment on Government or Comment on the Commentaries*, Jeremy Bentham s'attaque à la théorie du droit naturel et du contrat social sur lesquels est fondé le droit issu des Lumières¹³. Ce *Fragment* ne sera en réalité, comme son nom l'indique, qu'une partie d'un ouvrage plus important qu'il consacra à la critique générale du droit anglais. Première manifestation de son anticonformisme, il s'attaque au monument de la pensée juridique anglaise, au théoricien érigé en référence absolue et incontestable à cette époque en Angleterre, son ancien professeur à Oxford, à savoir William Blackstone (1723-1780)¹⁴, auteur notamment des « *Commentaries of Law in England* ». Jeremy Bentham en tire le sous-titre

¹⁰ Christophe CHAUVET, *op. cit.*, p. 10 : « *Jeremiah Bentham s'oppose à l'union de son fils et de la jeune fille (Mary Dunkley), car elle est orpheline et sans fortune. Il parvient, après de multiples pressions sur Jeremy, à rompre les fiançailles et annuler le mariage. En émettant des réserves sur sa carrière d'avocat, Bentham s'est en effet attiré les reproches incessants de son père* ».

¹¹ Jean-Marie BENOIST, *Dictionnaire des Philosophes*, Encyclopaedia Universalis et Albin Michel, Paris, 1998, p. 199 : « *Bien qu'il eût reçu une formation juridique complète, il refusa de devenir avocat : les contradictions, les incertitudes du droit, la confusion de la jurisprudence étaient incompatibles avec le souci de rigueur dont son œuvre devait donner toute la mesure* ».

¹² Christophe CHAUVET, *ibid.*, p. 10 : « *(...) il choisit une activité dans laquelle il s'investit sans compter, l'étude du droit anglais. Son rythme de travail ne changera plus. Chaque jour de la semaine, de huit heures à vingt heures, il lit, pense et écrit près de quinze pages manuscrites. Il reçoit peu, entretient une abondante correspondance et s'accorde alors comme seule distraction, de longues promenades dans le parc de la maison familiale* ».

¹³ Jeremy BENTHAM, *Fragment sur le gouvernement : Manuel de sophismes politiques*, (traduction, notes et préface de J.-P. CLERO), Bruylant, Bruxelles, 1996. Voir également sur ce point : J. MOLINIER, Jeremy Bentham, considéré comme moraliste et comme légiste (Fragment d'un traité inédit de droit naturel), *Revue WOŁOWSKI*, oct. 1836-mars. 1837, vol. V, p. 212 : « *Le premier écrit par lequel Bentham manifesta ses idées parut en 1776, sans nom d'auteur, sous le titre de Fragment sur le gouvernement* ».

¹⁴ J. MOLINIER, *ibid.*, p. 212 : « *Cette brochure (Fragment sur le gouvernement de Jeremy Bentham) était dirigée contre la doctrine de Blackstone et avait pour objet de substituer le principe de l'utilité au système de contrat primitif* ».

de son ouvrage : *Comment of the Commentaries*. Dans ce texte inaugural, il consigne les bases de son combat qui durera toute sa vie : « *le combat contre les fictions telles que le contrat social, les droits naturels et la dénonciation des intérêts sinistres des hommes de lois et de pouvoir* »¹⁵, comme le souligne Dominique Chauvet¹⁶. Mais ce livre ne sera publié qu'un siècle et demi après sa rédaction, comme la plupart de ses écrits d'ailleurs¹⁷. Dans son *Fragment sur le gouvernement*, Jeremy Bentham rédige déjà une critique très violente, elle remet en cause tous les fondements du droit anglais qui sont les sources principales de tous les maux dont souffre le système juridique de cette époque, spécialement son incertitude et son inaccessibilité. Cette œuvre lui a valu un succès immédiat par sa pertinence et la clarté de son style¹⁸, cet accueil le confortera dans son choix par la suite¹⁹. Mais cette gloire littéraire n'est que de courte durée, son *Fragment* perdra très vite de son audience, dès que l'identité de l'auteur sera mise à jour, car, en ce temps, Jeremy Bentham n'est pas très connu du milieu intellectuel anglais.

Néanmoins cela a suffi pour attirer l'attention des jurisconsultes et politiciens réformateurs anglais tels que John Bowring²⁰, William Pitt, Francis Place et Samuel Romilly, ainsi que le juriste suisse Etienne Dumont²¹. Les uns et les autres joueront un rôle majeur dans la diffusion des idées de Jeremy Bentham et constitueront par la même occasion le noyau dur du nouveau parti né à la suite de la Révolution industrielle qu'a connu l'Angleterre dès le milieu du XVIIIème siècle²². Bentham sera connu partout en Europe dès la fin du XVIIIème siècle comme un réformateur social. Il est vrai qu'il est un auteur prolifique : il produit un nombre considérable et impressionnant de projets de réformes touchant à la fois toutes les branches

¹⁵ Christophe CHAUVET, *op. cit.*, p. 10

¹⁶ G. TUSSEAU, *op. cit.*, pp. 36-37.

¹⁷ Christophe CHAUVET, *ibid.*, pp. 10-11.

¹⁸ Pierre TROTIGNON, Bentham Jeremy (1748-1832), in *Dictionnaire des Philosophes*, Encyclopaedia Universalis, France, 1998, p. 199.

¹⁹ J. MOLINIER, *op. cit.*, p. 212

²⁰ Christophe CHAUVET, *ibid.*, p. 16.

²¹ Voir sur Etienne Dumont, Emmanuelle de CHAMPS, *La Déontologie Politique ou La pensée constitutionnelle de Jeremy Bentham*, Librairie DROZ – Genève-Paris, 2008, p. 15.

²² *Ibid.*, pp. 221-222.

du droit et embrassant les problématiques philosophiques, morales et économiques les plus diverses²³. Surtout il se fait connaître par une théorie de la codification au service de l'accessibilité au droit.

L'exigence d'accessibilité du droit est loin de constituer une nouveauté dans l'histoire du droit en Europe occidentale. De l'Antiquité à une décision du Conseil constitutionnel français en date du 16 décembre 1999, le problème est récurrent²⁴. La recherche de l'accessibilité du droit s'inscrit « *dans une tradition fort ancienne* »²⁵. La préoccupation de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi se manifeste déjà à l'époque romaine. Rome avait déjà eu pour objectif de rendre la justice plus proche des citoyens en adoptant la Loi des Douze Tables sous la République²⁶, le Code Théodose et le Code Justinien sous l'Empire²⁷. Toutefois, chez les Romains, l'accès au droit se résumait, à cette époque, à l'accès à la justice : le droit et la justice étaient confondus. Le droit était conçu alors comme une « *actio* »²⁸ devant un préteur²⁹. Au Moyen âge, dans un tout autre contexte, la *Mishné Thora*, ou la « *répétition de la Thora* », un code de lois juives élaboré par le rabbin Moïse Maïmonide (Cordoue 1138-1204)³⁰, l'une des plus hautes autorités rabbiniques à la fin du XII^{ème} siècle (1170-1180), répond elle aussi cette aspiration à l'accessibilité et à l'intelligibilité de la loi : « *J'ai donc intitulé cette œuvre le Michné Torah ("Répétition de la*

²³ G. TUSSEAU, *op. cit.*, p. 25 : « *En contemporain de l'Encyclopédie, il se montre capable d'innover, à partir d'une réflexion sur le droit, dans les disciplines les plus diverses* ».

²⁴ Alain DESRAYAUD, *De la sûreté à la citoyenneté : l'accessibilité du code civil de 1804*, RTDCIV, n°4, Octobre/Décembre 2012, p. 677-695.

²⁵ *Ibid.*, p. 677.

²⁶ *Ibid.*, p. 677 : « *Assurément la préoccupation de l'accessibilité de la loi et de son intelligibilité pourrait trouver de lointains précédents dans la Rome antique. Au début de la République romaine, la divulgation du droit à l'ensemble des citoyens romains constitua pendant des décennies un enjeu de la lutte entre les patriciens et les plébéiens. La Loi des Douze Tables fut une véritable révolution : en soustrayant la connaissance du droit à la science des pontifes patriciens, La loi devient certaine : le consulat ne put plus refuser d'engager une procédure ni d'introduire l'action, (...)* ».

²⁷ *Ibid.*

²⁸ J. GAUDMET, *Les naissances du droit*, Paris, Montchrestien, Précis Domat, 7^{ème} éd., 2006, pp. 84 et s. Voir également X. SOUVIGNET, L'accès au droit, Principe du droit, Principe de droit, *Jurisdoctoria*, n°7, 2008. p. 27 : « *un droit est conçu sous son aspect procédural, plutôt que sous son aspect substantiel ; la notion d'action est dès lors assimilable au droit lui-même* ».

²⁹ Xavier SOUVIGNET, *ibid.*, p. 26

³⁰ Maurice-Ruben HAYOUN, *Maïmonide ou l'autre Moïse. 1138-1204*, Paris, éditions Jean-Claude Lattès, collection Agora, 1994, p. 21.

*Loi’’), car une personne qui lit tout d’abord la Loi écrite et ensuite cet [ouvrage], connaît ainsi l’intégralité de la Loi orale, sans avoir besoin de consulter un autre ouvrage entre eux. Il m’a paru opportun de partager cet ouvrage en [sections de] lois [regroupées] par thème ; ces [sections de] lois sont divisées en chapitre, et chaque chapitre est divisé en petits paragraphes, afin qu’elles puissent être facilement retenues»³¹. Mais la période où la nécessité de rendre le droit accessible s’est posée avec plus d’acuité est celle de la fin du XVIIIème siècle et le début du XIXème siècle en Europe occidentale au « *nom de la sûreté* »³². Par le fait, à cette époque, l’accessibilité du droit devient un thème majeur. Les juristes et les philosophes de toute l’Europe s’emploient à réfléchir sur cette problématique³³. C’est notamment le cas de Montesquieu, de Jean-Jacques Rousseau et de Denis Diderot en France, ou encore Jeremy Bentham en Angleterre³⁴. Tous ces auteurs s’accordent sur le fait que le droit de leur temps est incertain et imprévisible. L’ancienneté des coutumes, le chaos des sources ou encore la médiocrité de la science du droit sont regardés comme les causes du mal. L’accessibilité des individus au droit devient une priorité absolue pour les réformateurs de cette époque. Elle paraît seule à même de garantir la sécurité juridique, voire l’effectivité du droit. Déclarer les droits est aussi en donner connaissance à tous. Pareillement, de nos jours, la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la Cour Européenne des Droits de l’Homme³⁵ entend renforcer le principe de sécurité juridique³⁶*

³¹ Moïse Maïmonide, *Mishné Torah*, code de la loi juive, compilé entre 1170 et 1180, en Espagne.

³² Alain DESRAYAUD, *op. cit.*, p. 678.

³³ *Ibid.*, p. 686 : « *C’était un lieu commun de l’Esprit du Siècle que la connaissance des lois et des devoirs était une condition du bonheur général* ».

³⁴ *Ibid.*, p. 678.

³⁵ CEDH, *Sunday Times c/Royaume-Uni*, 26 avril 1979, Série A, n° 30, req. n° 6538/74, GACEDH, n°49 : dans cet arrêt la Cour Européenne des Droits de l’Homme considère que les normes législatives doivent être énoncées « *avec suffisamment de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite, en s’entourant au besoin de conseils éclairés, être à même de prévoir, à un degré raisonnable, dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d’un acte déterminé, (...)* ». Arrêt confirmé par la CEDH, *Baranowski c/Pologne*, 28 mars 2000, rec. 2000-III, req. n° 28358/95, §52. Voir sur tous ces points F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l’homme*, 6^{ème} éd., PUF, 2003, p. 207 et s. cité par Marie-Anne FRISON-ROCHE, *Chroniques Doctrine*, Dalloz, 2000, n°23, p. 260-268.

³⁶ Dominique LALANDE, *op. cit.*, p. 5

dont l'exigence d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ne sont que les corollaires ou des « *sous exigences* »³⁷.

Comparaison n'est pas raison. D'une part Jeremy Bentham nie les droits naturels de l'homme. D'autre part, à partir de la fin du XVIIIème siècle et du début du XIXème siècle, la question de l'accessibilité au droit ne se pose pas dans les mêmes termes dans un système juridique de tradition civiliste (France) ou dans un issu de la tradition juridique de la *common law* (Angleterre)³⁸. L'évolution historique du système juridique anglais n'a pas donné lieu, comme en France, à l'avènement d'un système entièrement légiféré (en France, la régulation sociale se fait par la loi). Il est demeuré fidèle à sa tradition, soit un système dans lequel le droit est jurisprudentiel, un *judge-made law*³⁹. Dès lors la question de l'accessibilité au droit se pose avec une plus grande acuité dans le système de tradition de *common law*. Bentham ne conçoit pas d'autre solution qu'une refondation globale dont l'instrument serait une codification du droit anglais.

³⁷ Thomas PIAZZO, *La sécurité juridique*, préface de Laurent LEVENEUR, tome. 35, éd. Defrénois, Lextenso éditions, 2009, p. 17 : « *Le contenu de la notion de sécurité juridique peut être divisé en trois sous-exigences distinctes qui forment un triptyque classique : l'accessibilité, la prévisibilité et la stabilité du droit* ». Initiée à partir de 1979, la jurisprudence de la cour européenne a posé les fondements de cette exigence d'accessibilité des normes législatives. Assurément, par sa décision de 1999, le Conseil constitutionnel marque un véritable tournant dans l'histoire du droit en France depuis la Révolution. C'est la première fois que le Conseil consacre l'accessibilité de la loi comme un objectif à valeur constitutionnelle (sur la notion d'objectif à valeur constitutionnelle, <https://www.dalloz-avocats.fr/documentation/Document?id=DZ/OASIS/000670> : « *Les objectifs à valeur constitutionnelle (OVC) sont des orientations dégagées par le Conseil constitutionnel données au législateur. Ces objectifs n'énoncent pas de droits. Ils permettent au Conseil constitutionnel de limiter certains principes constitutionnels dans le but de rendre certains autres droits constitutionnels effectifs* » ; voir encore sur la définition de l'OVC : Pierre de MONTALIVET, Cahier du Conseil Constitutionnel n°20, 2006. Cependant il a fallu attendre une année pour que le Conseil censure, pour la première fois, une disposition législative, *Loi d'orientation pour l'Outre-mer*, au nom de ce principe (CC. 2000-435 DC du 7 décembre 2000, *Loi d'orientation pour l'outre-mer*, Rec. P. 164). Cette exigence a des conséquences concrètes sur le travail législatif dans la mesure où le Conseil constitutionnel, en vertu de cette jurisprudence, pourra sanctionner toutes les lois qui ne répondent pas à cet objectif (CC. 2000-435 DC du 7 décembre 2000, loi d'orientation pour l'Outre-mer, Rec. P. 49 § 9) en « *imposant au législateur le respect de certaines exigences qu'il s'applique aussi à lui-même* », Pierre de MONTALIVET, « *La juridicisation de la légistique – A propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi* », *Cahiers des sciences morales et politiques*, 2005, n°23, pp. 99 et s. Voir également, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Cahier n° 8, Commentaire de la décision n° 99-421 du 16 novembre 1999.

³⁸ Voir sur l'évolution du droit et des institutions en Angleterre, Ernest GLASSON, *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre, comparées au droit et aux institutions de la France depuis leur origine jusqu'à nos jours*, Paris, 1883, voir notamment le tome VI (le droit actuel),

³⁹ Xavier SOUVIGNET, *op. cit.*, p. 27.

J.H. Schrage relève : « *L'ironie du sort a voulu que le développement du concept de codification se fasse en Angleterre. C'est Jeremy Bentham, le futur chef de file des utilitaristes, qui a discuté ce concept pour la première fois* »⁴⁰. En vérité, dans son système de pensée, il n'y a aucun autre remède à l'incertitude du droit anglais que la codification. C'est du moins ce qui ressort de chacune des pages qu'il consacre à la *glorious uncertainty of law*.

In limine, avant d'aborder plus précisément les écrits de Jeremy Bentham, une observation d'ordre méthodologique s'impose. Si l'accessibilité du droit fut le problème posé à Bentham et à ses contemporains, l'accès aux œuvres du réformateur anglais n'en est pas un moindre pour le chercheur d'aujourd'hui et ... d'hier.

Tous les commentateurs de l'œuvre de notre auteur, de son vivant même jusqu'à nos jours, sont confrontés au même écueil, celui de sa relative inaccessibilité. En effet, ainsi que l'expose Guillaume Tusseau : « *L'accès aux œuvres publiées n'est, parfois, guère plus aisé ni plus satisfaisant. Certains travaux ont ainsi été initialement publiés en français, langue que Bentham adopta dans les années 1770 afin de diffuser sa pensée. Le format d'expression des Works parus au milieu du XIXe siècle, sur deux colonnes et en lettre minuscules, en rend la lecture particulièrement pénible, tout en n'autorisant une appréciation fiable de la chronologie du développement de la pensée de Bentham* »⁴¹. Gérard Michaut souligne le même obstacle : « *Bentham s'attaquait à un sujet qu'il menait ou non à bonne fin, qu'il reprenait plus tard éventuellement et associait à d'autres textes éloignés du thème principal. La plupart des publications ont été faites par d'autres de son vivant ou après sa mort* »⁴². Mais il est une autre difficulté : son style. En effet ce dernier est souvent complètement opaque et contourné, son ancien secrétaire Walter Courson en fait l'observation déjà dans l'*Examiner* du 19 octobre 1817⁴³. La même année, lui fait écho un article de recension d'une revue écossaise : « *It is indeed when he speaks by another's lips, that*

⁴⁰ J.H. SCHRAGE, Résistances à l'élaboration et à la diffusion du code, in *Le code civil français dans le droit européen*, édité par Jean-Filippe Dunaud, édition Brylant, Bruxelles, 2005, p. 79.

⁴¹ G. TUSSEAU, *op. cit.*, p. 16.

⁴² Gérard MICHAUT, *op. cit.*, p. 19.

⁴³ Cité par Gérard MICHAUT, *ibid.*

he appears to most advantage; and it to the graces of style which Mr Dumont has given him that he owes the reputation which he has acquired, and which is, from that cause, much greater in foreign countries than in his own. [...] It must be accounted an instance of rare good fortune that such a man as Dumont became his acquaintance and his friend. [...] So it is possible that, but for Dumont, Bentham's reputation might never have emerged from obscurity. »⁴⁴

L'étude des travaux de notre auteur sur l'accessibilité du droit se heurte inéluctablement à cette pierre d'achoppement, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une œuvre publiée par l'auteur lui-même. Pour notre part, nous avons utilisé pour textes de référence principalement les œuvres de Jeremy Bentham en français telles qu'Etienne Dumont (1759-1829)⁴⁵, son collaborateur pendant plus de vingt ans, les a publiées en plusieurs volumes (*Œuvres de Jeremy Bentham*) de 1802 à 1828. Bentham l'avait averti du désordre de ses notes ; sans doute est-ce pour cette raison qu'il s'est autorisé parfois à réécrire certains passages en les abrégant, complétant ou modifiant. Aurait-il été plus pertinent de consulter l'édition anglaise, *The Works of Jeremy Bentham now first collected under the superintendence of his executor John Bowring (Edinburgh 1838-1843)*? Nous y avons eu parfois recours pour opérer quelques vérifications, mais sa consultation systématique n'aurait guère été plus expédiente. En effet il ne fait aucun doute aujourd'hui qu'une bonne partie de l'œuvre de notre philosophe

⁴⁴ [Review of] *Papers relative to Codification and Public Instruction, including Correspondences with the Russian Emperor, and divers Constituted Authorities in the American United States*, *Edinburgh Review*, 29, n° 57, 236–237.

⁴⁵ Il s'agit de l'écrivain et juriste suisse, traducteur attitré des œuvres de Jeremy Bentham en langue française, né à Genève. Lié d'amitié avec les plus grandes personnalités de la Révolution française comme Mirabeau et Jean-Pierre Brissot, Il a fait la connaissance de Jeremy Bentham grâce au Lord Shelburne, ministre dans le deuxième cabinet de Pitt dont il était le bibliothécaire. Depuis leur rencontre, Etienne Dumont devient un fervent partisan et disciple du père de la doctrine utilitariste anglais. C'est ainsi qu'il s'est vu chargé de traduire en langue française un nombre considérable de ses travaux. En définitive, c'est à lui qu'on doit la publication de la *Défense de l'usure* (1787), *Introduction aux principes de morale et de législation* (1789), le *Panoptique* (1791), *Traité de législation civile et pénale* en 3 volumes (1802), *Tactique des assemblées législatives* (1816), *Sophisme anarchique*, *Traité des preuves judiciaires* (1823). Un dernier ouvrage de Jeremy Bentham a été publié à titre posthume par son exécuteur testamentaire, *Déontologie*, il a été traduit par B. Laroche en 1834. Sur les rapports entre les deux hommes : C. Blamires, Bentham et Dumont dans le recueil d'articles *Regards sur Bentham et l'utilitarisme dans Recherches et rencontres* (publications de la Faculté des Lettres de Genève sous la direction de K. Mulligan et R. Roth), 1993, 4, pp. 11-25.

publiée par John Bowring n'est, en réalité, que la traduction de l'édition d'Etienne Dumont. Il suffit de consulter la table des matières pour s'en convaincre, ainsi, par exemple le chapitre I et II de l'œuvre de John Bowring porte « *ed. from Dumont and the mss. of Bentham* »⁴⁶. C'est pourquoi, le cas échéant, nous lui avons ordinairement préféré l'édition des œuvres de Bentham assurée par la *Faculty of Laws* de l'*University College London*, *The collected Works of Jeremy Bentham* (initiée par James Henderson Burns, en cours depuis 1968)⁴⁷. Notre recherché prend appui principalement sur : *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1970 with new introduction 1996), *Of Laws in General* (1970), *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government* (1977), *Deontology* (1983), *Chrestomathia* (1983), *Constitutional Code*, vol. 1 (1983), *First Principles preparatory to Constitutional Code* (1989), *The Correspondence - Vols. 1- 12* (1968-2006), *"Legislator of the World". Writings on Codification, Law, and Education* (1998), *Political Tactics* (1999), *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence* (2010) *The Book of Fallacies* (2015).

Par ailleurs, une autre difficulté se rencontre. Jusqu'au début des années 1970, très peu de travaux sur la pensée juridique de Jeremy Bentham ont été réalisés en langue française. En effet, si les études sur la philosophie ou la théorie économique du père de la philosophie utilitariste sont très nombreuses et largement diffusées, elles restent plutôt clairsemées en ce qui concerne sa pensée proprement juridique, tout au moins du côté des juristes⁴⁸. Pourtant c'est en cette matière que sa doctrine reste la plus aboutie

⁴⁶ Françoise TULKENS, Les principes du code pénal de Bentham, in l'*Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 620-621.

⁴⁷ *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1970 with new introduction 1996), *Of Laws in General* (1970), *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government* (1977), *Deontology* (1983), *Chrestomathia* (1983), *Constitutional Code*, vol. 1 (1983), *First Principles preparatory to Constitutional Code* (1989), *The Correspondence - Vols. 1- 12* (1968-2006), *"Legislator of the World". Writings on Codification, Law, and Education* (1998), *Political Tactics* (1999), *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence* (2010) *The Book of Fallacies* (2015). Pour plus de détails : voir la liste des œuvres réalisées par James Henderson Burns sur le site <https://www.ucl.ac.uk/bentham-project/publications/collected-works-jeremy-bentham>.

⁴⁸ Pour se limiter aux dernières années, on peut citer la collection de Guillaume TUSSEAU : *Jeremy Bentham, La guerre des mots* (2011), Jacques VANDERLINDEN : *Code et codification dans la pensée de J. Bentham* (1964), *Le concept de code dans*

et la plus cohérente. Bien que ou plutôt parce qu'il a rompu irrémédiablement avec les *lawyers*, il s'assigne la mission d'élaborer une nouvelle théorie juridique destinée à assurer l'accessibilité du droit au plus grand nombre.

Mission, voire ministère. Reniant les enseignements de l'Ecole moderne du droit naturel⁴⁹, Bentham se voit volontiers en apôtre d'un nouvel évangile juridique. Non sans superbe, il ambitionne de devenir le « *Luther* » de la législation, le « *Newton* » de la morale⁵⁰. Au demeurant, un de ses contemporains, un collaborateur de la *Revue Wolowski*, Joseph Molinier, ne regarde pas à se faire l'écho de cette prétention. « *Lorsqu'une réforme sociale devient nécessaire, le principe à l'aide duquel elle doit s'opérer trouve toujours pour se manifester des hommes de génie. Les opinions des peuples ne manquent jamais d'interprètes, et il apparaît à chaque époque des penseurs qui formulent les besoins que les sociétés éprouvent* »⁵¹. Si, en France, cette mission semble être revenue à Jean-Jacques Rousseau, dans le contexte post-révolutionnaire de l'Angleterre de la fin du XVIIIème siècle et du début du XIXème siècle, cette mission aurait été le partage de Jeremy Bentham. Tel est le sentiment de Molinier dans son commentaire sur le *Fragment sur le gouvernement* : « *A Jeremy Bentham échet la mission de porter un regard scrutateur sur les institutions de son pays, d'en signaler toutes les parties défectueuses, et de poser les bases d'une révision des lois nécessitée par les besoins sociaux* »⁵². A l'instar de Rousseau, Jeremy Bentham prône la politique de table rase pour la réforme

l'Europe Occidentale du XIIIe au XIXe siècle (1967) ; Denis BARANGER : *Bentham et la Codification* (1998), Emmanuelle de CHAMPS : *La déontologie politique ou la pensée constitutionnelle de Jeremy Bentham* (2008), *La postérité des idées de Jeremy Bentham : La notion d'influence à l'épreuve* (2011) ; Gwenaël GUYON : *Les partisans de la codification en Angleterre (XIXe s.)* (2012), Philippe GERARD, François OST, M. Van de KERCHOVE : *l'Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* (1987), Philippe GERARD : *Droit et pouvoir dans la pensée de J. Bentham* (1987), *Bentham et l'esprit du Common Law* (2011). Centre Bentham Project en ligne : <https://www.ucl.ac.uk/bentham-project/publications/collected-works-jeremy-bentham>, Revue d'étude benthamienne en ligne : <http://etudes-benthamiennes.revues.org/630>.

⁴⁹ J.H. SCHRAGE, Résistances à l'élaboration et à la diffusion du code, in *Le code civil français dans le droit européen*, édité par Jean-Philippe Dunaud et Bénédicte Wniger, éd. Brylant, Bruxelles, 2004, pp. 79-91.

⁵⁰ G. TUSSEAU, *op. cit.*, p. 12.

⁵¹ J. MOLINIER, *op. cit.*, p. 208.

⁵² *Ibid.*, p. 210.

du droit anglais. En effet, il établit une théorie de législation en absolue rupture avec le droit existant. C'est le seul moyen, d'après lui, pour remédier à l'inaccessibilité du droit, la cause de l'insécurité juridique de son temps. Pour y parvenir, le réformateur anglais ne voit d'autre moyen qu'une solution de continuité, une brisure radicale avec la tradition juridique de son pays.

Le *Panoptique*, c'est-à-dire la prison circulaire, semble constituer la parfaite illustration de la volonté de Jeremy Bentham de tout harmoniser et de tout rendre accessible, notamment en matière de législation. En effet, comme l'écrit Gérard Michaut, cette dernière traduit le mieux le souci de notre auteur de « *ne rien laisser dans l'ombre et d'être exhaustif qui a dominé toute sa vie* »⁵³. Pour Guillaume Tusseau, c'est le *Panoptique* qui illustre le mieux son obsession de développer une doctrine qui embrasse tout. « (...) *Il est possible de considérer, avec quelque schématisme, que le « panoptisme », c'est-à-dire l'idée de « voir partout », et par extension de tout savoir, c'est-à-dire en définitive une volonté quasi-obsessionnelle de mise en ordre du monde afin de le rendre disponible pour l'action humaine volontaire, en constitue la trame directrice* »⁵⁴. Dans ce but, il a conçu son *Pannomion*, c'est-à-dire son corps complet de législation. Son grand dessein est de porter le droit à la connaissance du plus grand nombre pour permettre aux individus de maximiser leur bonheur⁵⁵.

Plus précisément, selon Pierre Trotignon, la motivation de Jeremy Bentham procède de « *l'insupportable contradiction entre la réalité de la société et les expressions juridiques des rapports entre les hommes* »⁵⁶. Il estime que la science du droit peut tirer profit du progrès que connaissent les sciences naturelles. Ainsi, dès le début de son œuvre, c'est-à-dire dans le

⁵³ Gérard MICHAUT, *op. cit.*, p. 12. Pour cet auteur, le *Panoptique* est ce qui rapproche le plus l'œuvre de Jeremy Bentham à l'Encyclopédie et du XVIII^{ème} siècle : « *Ce trait est à rapprocher de l'esprit encyclopédique qui a régné en France au XVIII^{ème} siècle* ».

⁵⁴ G. TUSSEAU, *op. cit.*, p. 25. Voir également G. TUSSEAU, Sur le panoptisme de Jeremy Bentham, *Revue française d'histoire des idées politiques*, 2004, vol. 19, pp. 3-38. ; Denis BARANGER, Bentham Jeremy, in, P. Raynaud, S. Rials, *Dictionnaire de la philosophie politique*, 3^è éd, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2003, pp. 53-59.

⁵⁵ Gérard MICHAUT, *ibid.*, p. 13.

⁵⁶ Pierre TROTIGNON, *op. cit.*, p.200.

Fragment sur le gouvernement (1776), il met en avant son ambition de faire profiter le droit des progrès qu'ont connus les sciences naturelles : « Nous vivons une époque particulièrement active dans laquelle la connaissance avance rapidement vers la perfection. (...) A la découverte et au progrès du monde naturel, correspond la réforme dans le monde moral (...) S'il y a lieu de faire des découvertes et s'il est utile de les publier concernant le monde naturel, il n'y a certainement pas moins lieu de faire une réforme dans le domaine moral, ni moins d'utilité à la proposer »⁵⁷.

C'est la première fois qu'un juriste présente une réforme de la science du droit de cette nature et de cette ampleur⁵⁸. C'est pourquoi ce réformateur social est considéré aujourd'hui comme l'un des plus importants théoriciens du droit de cette époque, si ce n'est le plus grand, notamment en ce qu'il voulait faire du droit une science exacte d'une part et d'autre part parce qu'il entendait faire de l'accessibilité du droit la finalité même de tout système juridique⁵⁹ et de la codification l'instrument exclusif de sa réalisation. Tous ces objectifs s'articulent dans la théorie benthamienne de législation autour d'un principe unique sur lequel il construit l'ensemble de son projet : « l'utilité »⁶⁰. Alors que son nom et son

⁵⁷ Jeremy BENTHAM, *Fragment sur le gouvernement : Manuel de sophismes politiques* précité, (traduction, notes et préface de J.-P. CLEO), p. 393. RAFFALOVICH, *Bentham : Principes de la législation et d'économie politique*, éd. Guillaumin, Paris, 1890. (Voir notamment l'Introduction). Voir également Dominique CHAUVET, *op. cit.*, p. 37 et G. TUSSEAU, *op. cit.*, pp. 18-27.

⁵⁸ Pierre TROTIGNON, *op. cit.*, p. 199.

⁵⁹ Gaston BRAIVE, *op. cit.*, p. 11-12.

⁶⁰ Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la philosophie politique*, Troisième édition complétée, QUADRIGE/PUF, Paris, 2008, p. 828 : « On retiendra schématiquement de Bentham les éléments suivants : - La formulation, qui connaît des variantes, du principe de l'utilité, « ce principe qui approuve et désapprouve toute action quelle qu'elle soit, selon sa tendance apparente à augmenter ou diminuer le bonheur du parti dont l'intérêt est en question » (Introd., c. 1), et en définitive du plus grand nombre (On sait que Mill envisagera d'englober dans le calcul « The whole sentient creation » (Ut., c. 1) ; - L'idée d'une mesure scientifique du bonheur individuel, et par addition du bonheur collectif, à partir des plaisirs et des peines particulières ; - Une typologie extrêmement précise, expliquant les choix en fonction de l'intensité, de la durée, de la probabilité, de la distance, de la fécondité et de la pureté des plaisirs et des peines ; - Une application privilégiée de ces éléments au droit pénal, mais aussi civil et constitutionnel ; - Une critique empiriste très systématique des fictions de la métaphysique et une reconstruction des concepts moraux (devoir, obligation, ...) à partir de leur réduction aux plaisirs et aux peines (sur ces questions M. El SHAKANKIRI, *La pensée juridique de Jeremy Bentham*, Paris, 1970) ; - Une critique toute particulière de la doctrine des droits de l'homme défendue par Blackstone et illustrée par la Révolution française, alors même que les droits individuels, politiques, civils et « sociaux » sont garantis et développés, par rapport à l'existant, dans les projets constitutionnels de Bentham (en particulier le suffrage

œuvre ont été quelque peu occultés tout au long de sa vie et jusqu'au milieu du XX^{ème} siècle⁶¹, le réformateur anglais est considéré aujourd'hui, un peu moins de deux siècles après sa mort, comme le fondateur de la philosophie utilitariste⁶². Aussi bien le revendiquait-il lui-même : « *j'ai planté l'arbre de l'utilité. Je l'ai enraciné profondément et je l'ai largement développé* »⁶³.

Sa nouvelle théorie de législation, fondée sur son nouveau principe constitue, à son époque, une véritable révolution dans la mesure où il donne à son œuvre une dimension universelle qui dépasse de loin son époque et sa personne⁶⁴.

L'utilité constitue le principe majeur de la théorie de la législation de Jeremy Bentham. Tous les autres en découlent. Elle est la clé de voûte de l'œuvre benthamienne. Le principe de « *l'utilité générale* », appelé également par notre auteur « *le principe du plus grand bonheur pour le plus grand nombre* », est emprunté à Beccaria selon Gérard Michaut, traducteur de la *Théorie des fictions*⁶⁵. Selon le père de la doctrine utilitariste, « *la nature a placé l'humanité sous l'autorité de deux maîtres souverains, la peine et le plaisir. C'est à eux seuls qu'il revient de montrer ce que nous devons faire, de même que de déterminer ce que nous ferons. D'un côté, le modèle du bien et du mal, de l'autre la chaîne des causes et effets, sont*

universel, la redistribution grâce à la taxation des successions), mais pour des raisons utilitaires (ceci, entre autres, illustrant la tendance utilitariste à donner ses propres justifications aux thèses partagées avec autrui). A cette critique du droit naturel individualiste, est lié l'émergence du positivisme juridique moderne, dans la version méthodologique qu'en donne le disciple de Bentham, J. Austin ».

⁶¹ Pierre TROTIGNON, *ibid.*, p. 199 : « *Son œuvre, trop souvent et très injustement oubliée, est une des sources idéologiques de la grande pensée bourgeoise du XIX^{ème} siècle* ». Voir également J. MOLINIER, *op. cit.*, p. 10.

⁶² Pierre TROTIGNON, *op. cit.*, p. 199-203.

⁶³ Christophe CHAUVET, *op. cit.*, p. 3 : « *Jeremy Bentham est considéré par de nombreux auteurs comme le père de l'utilitarisme classique. Même s'il n'est pas l'inventeur du principe de l'utilité – Hume y faisait déjà référence dans son Enquête sur les principes de la morale – c'est incontestablement Bentham qui lui a donné ses lettres de noblesse en le déclinant dans les sphères de la vie sociale* ». Jeremy BENTHAM, *Memoirs and Correspondence*, in *The Works of Jeremy Bentham*, 1838-43, vol. 10, p. 588. Cité par le même auteur dans la note n° 1, p. 3.

⁶⁴ Gaston BRAIVE, *op. cit.*, p. 11.

⁶⁵ Gérard MICHAUT, *op. cit.*, p. 19 : « *L'utilitarisme, c'est la mise en œuvre du principe de l'utilité mis en avant par le Siècle des Lumières et dont Bentham semble bien avoir trouvé la formule du « plus grand bonheur pour le plus grand nombre » dans Beccaria* ».

assujettis à leur trône »⁶⁶. C'est sur ce principe que seront fondées toutes ses théories, qu'elles soient d'ordre juridique, politique, économique ou social⁶⁷.

Appliquée à la matière de la législation, la doctrine de l'utilité, telle qu'elle est conçue par son fondateur anglais, a vocation à assurer la mise en œuvre du principe d'accessibilité au droit. C'est d'ailleurs dans son *Introduction aux Principes de la Morale et de la Législation*⁶⁸, l'un de ses ouvrages majeurs, qu'il expose pour la première fois cette idée. Ainsi, selon le réformateur utilitariste, en matière de législation, le droit, c'est-à-dire la loi d'après lui, doit être conforme aux exigences du principe du plus grand bonheur pour le plus grand nombre : « *Rendre raison d'une loi, c'est montrer qu'elle est conforme au principe de l'utilité* »⁶⁹. De la sorte, en matière de législation, l'utilitarisme benthamien apparaît comme un rationalisme dans la mesure où, au nom de la raison, il fait de la certitude des lois et *ipso facto* de leur accessibilité leur condition de validité : « *il ne faut pas laisser à de simples intuitions*⁷⁰ *la rédaction des lois, ou leur application, qu'elle soit celle de l'exécutif ou du juge* »⁷¹. Jeremy Bentham considère qu'il ne peut y avoir d'utilitarisme sans des fondements rationnels. Pour Joseph Molinier, le fait est que seule la rationalité de la loi permet de réaliser le but du droit : guider la conduite des individus⁷². Pour notre auteur, tout principe en matière de législation autre que celui de l'utilité doit être rejeté, car inopérant pour fonder les lois sur de bonnes

⁶⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, (éd. Bowring), *An Introduction to the Principles of the Morals and Legislation* précité, p. 11.

⁶⁷ J. MOLINIER, *op. cit.*, p. 10 : « *Ses idées furent, de bonne heure, arrêtées sur le principe qu'il devait prendre pour fondement de ses théories* ». ; Voir également Guillaume TUSSEAU, *op. cit.*, pp. 17-27 ; Gérard MICHAUT, *ibid.*, pp. 19 et s.

⁶⁸ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, *Introduction aux principes de la morale et de la législation*, traduction française du Centre Bentham, Paris, Vrin, coll. Analyse et philosophie, 2011, p. 15.

⁶⁹ Jeremy BENTHAM, *Fragment sur le gouvernement : Manuel de sophismes politiques* précité, (traduction, notes et préface de J.-P. CLEO), p. 59 et s.

⁷⁰ Pour Bentham, l'intuitionnisme n'est pas raison. Le principe de l'utilité chez Bentham est étroitement lié à la raison. Voir sur ce point : Jeremy BENTHAM, *ibid.*, note n°2, p. 60 : « *Il arrive à Bentham de rapprocher les termes raison et d'utilité, comme s'ils étaient équivalents* ».

⁷¹ *Ibid.*, p. 59-60.

⁷² J. MOLINIER, *op. cit.*, p. 10 : « *Envisagée sous le point de vue du bien-être des masses, l'utilité est la base la plus rationnelle des législations. Aussi, les hommes dont les vues se reportent sur les lois positives, les légistes doivent naturellement être enclins à prendre l'utilité pour règle de conduite et pour base des lois* ».

raisons. Pour Jeremy Bentham, contrat social et droits naturels en sont des mauvaises ; ces fictions doivent le céder à la maximisation du bonheur des individus. Pour Gérard Michaut, d'une manière générale, dans la doctrine de Jeremy Bentham, « *Le Beau, le Bien, la Vertu perdent leur fonction directrice pour être remplacés par la constatation que ce qui gouverne les hommes c'est l'utilité, c'est-à-dire leur intérêt quel qu'en soit le type* »⁷³. Et le même de souligner : « *Il y a là un déplacement notable, le but et la raison des actions humaines ne sont plus hors de l'homme, mais en lui* »⁷⁴.

Jeremy Bentham n'est pas le premier à formuler cette idée du « *plus grand bonheur pour le plus grand nombre* »⁷⁵, –il ne l'a jamais nié au demeurant–, des penseurs continentaux, fidèles aux principes de l'Ecole moderne du droit naturel l'ont déjà formulée. Outre Beccaria, Hutcheson ou Hume⁷⁶ et surtout Helvétius l'ont précédé. Il reste néanmoins celui qui théorise le mieux le principe de l'utilité en l'articulant d'une façon cohérente autour de l'idée d'un calcul arithmétique qui consiste à comparer les « *avantages* » du plaisir que procure une action par rapport au « *coût* » de la peine qu'elle engendre. Dès sa première œuvre, le *Fragment sur le gouvernement*⁷⁷, Jeremy Bentham expose les fondements d'une doctrine fondée sur le principe universel de l'utilité. Il relayera cette idée en Angleterre dès la fin du XVIIIème siècle. En effet, c'est en 1776 que Jeremy Bentham fait référence pour la première fois au principe de l'utilité : « *ce principe qui approuve ou désapprouve toute action quelle qu'elle soit, selon la tendance qu'elle semble présenter d'augmenter ou de diminuer le*

⁷³ Dans son introduction à Jeremy Bentham, J. MOLINIER, *op. cit.*, p. 19.

⁷⁴ J. MOLINIER, *op. cit.*, p. 19.

⁷⁵ Jeremy BENTHAM, *Fragment sur le gouvernement : Manuel de sophismes politiques* précité, (traduction, notes et préface de J.-P. CLEO), p. 16 : « *Sans doute, Bentham n'a-t-il pas lui-même forgé la formule du principe de l'utilité (le plus grand bonheur pour le plus grand nombre) qu'il reconnaît devoir à Priestley ; mais il a pu lire chez Helvétius, qu'il tient pour son initiateur* ». G. GUYON, *Les partisans de la codification en Angleterre (XIXème siècle), La question du droit pénal entre utilitarisme, modernisation du common law et modèle juridique français*, Droit, Rennes I, 2012, p. 61 : « *A la fin du XIXème siècle, Jeremy Bentham, loin d'être original, a relayé en Angleterre l'idée d'utilité (...)* ». J. MOLINIER, *ibid.*, p. 11 : « *La lecture du livre de l'Esprit d'Helvétius le frappa et le disposa, dès ses jeunes années, à concevoir le plaisir et l'utilité comme les seuls mobiles de toutes les actions des hommes* ».

⁷⁶ Christophe CHAUVET, *op. cit.*, p. 52 : « *C'est Hume que Bentham admet reprendre le concept de l'utilité, c'est à Hutcheson et Beccaria qu'il emprunte l'expression « du plus grand bonheur pour le plus grand nombre »*.

⁷⁷ Jeremy BENTHAM, *Fragment sur le gouvernement : Manuel de sophismes politiques* précité, (traduction, notes et préface de J.-P. CLEO), p. 19.

bonheur de ceux dont l'intérêt est en jeu »⁷⁸ ou encore « *le principe qui établit le plus grand bonheur de tous ceux dont l'intérêt est en jeu* ». Plus loin, il le définit comme étant « *le seul juste et véritable but universellement désirable de l'action humaine* »⁷⁹. Dès lors, il l'utilise tout au long de son œuvre, tantôt comme un guide, comme principe explicatif de ce « *qui est* »⁸⁰, tantôt comme principe normatif prescrivant ce « *qui doit être* »⁸¹. Ainsi défini, ce principe sert à mettre en œuvre un nouveau système juridique en totale rupture avec les systèmes juridiques en vigueur à son époque dans toute l'Europe occidentale, notamment avec l'anglais. Par la mise en œuvre de ce principe en matière de morale et de législation, Jeremy Bentham cherche à jeter les bases d'une nouvelle science, qu'on appellera plus tard « *sciences humaines* »⁸², fondée sur l'arithmétique morale des plaisirs et des peines⁸³. C'est également dans son ouvrage *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*⁸⁴ que notre auteur expose « *les fondements d'une arithmétique morale* », selon laquelle il fait des plaisirs et des peines les seuls éléments de calcul à prendre en considération pour évaluer une action ; si le résultat du calcul est positif, c'est-à-dire que le plaisir est supérieur à la peine, dans ce cas l'action peut être considérée comme bénéfique pour la société⁸⁵. En bref, le postulat de tout système législatif est que les individus poursuivent deux objectifs : la maximisation du plaisir et la minimisation de la peine ou si l'on préfère « *l'intérêt* » (individuel)⁸⁶.

⁷⁸ Jeremy BENTHAM, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* précité, p. 202. Emmanuelle de CHAMPS, *op. cit.*, p. 12

⁷⁹ Voir sur ce point : Emmanuelle de CHAMPS, *ibid.*, p. 338.

⁸⁰ Emmanuelle de CHAMPS, *op. cit.*, p. 52.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Pierre TROTIGNON, *op. cit.*, p. 201 : « *Bentham est probablement l'un des fondateurs de ce qu'on appelle aujourd'hui « sciences humaines » : le plaisir et la douleur jouent dans l'analyse des phénomènes moraux le rôle que les faits jouent en physique. De même qu'un fait physique n'est pas une donnée immédiatement constatable, mais le produit d'une analyse, le plaisir et la douleur, bien qu'ils soient éprouvés subjectivement, doivent être convertis par une analyse précise en quantités mesurables objectivement. (...)* ».

⁸³ Cf, *infra*, p. 28.

⁸⁴ F. ROSSEN, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, The Collected Works of Jeremy Bentham*, J. H. BURNS and H. L. A. HART, Oxford, University of London, 1970.

⁸⁵ Christophe CHAUVET, *op. cit.*, p. 12.

⁸⁶ A noter que pour Bentham, l'intérêt de la communauté est la somme des intérêts individuels : « *La phraséologie ordinaire invoque "l'intérêt de la communauté" comme si l'expression avait un sens. Quand elle en a un, c'est celui-ci : "la communauté est un corps*

« On dit d'une chose qu'elle promeut l'intérêt ou favorise l'intérêt d'un individu lorsqu'elle tend à augmenter la somme totale de ses plaisirs ou, ce qui revient au même, lorsqu'elle diminue la somme totale des souffrances »⁸⁷. Pour notre auteur, le principe de l'utilité est comme « l'étoile polaire qui guide chacun de nos pas »⁸⁸. Il doit servir de boussole pour le législateur et le juge, car il n'est de droit qu'utile. En effet Jeremy Bentham redéfinit les droits subjectifs comme *des avantages individuels qui découlent de l'ensemble des lois existantes dans une société donnée [...] et dont le but est de réaliser le plus grand bonheur social. Cette valeur est pour lui « l'utile »*⁸⁹. Dans ces conditions, pour être en mesure de réaliser le plus grand bonheur pour le plus grand nombre, le droit (objectif), soit la loi dans la théorie benthamienne, doit être accessible et compréhensible par tous. C'est par ce détour qu'il justifie que la fonction assignée par notre auteur au droit doit être entièrement et exclusivement orientée vers la réalisation du principe d'accessibilité au droit. Il fait de l'exigence de porter à la connaissance de tous le droit la pierre angulaire de son système doctrinal.

Incontestablement l'utilitarisme benthamien est la philosophie « *régnante dans l'opinion contemporaine* »⁹⁰ dans les pays de tradition juridique de *common law*⁹¹. En vérité, d'une manière générale, dès l'époque de Jeremy Bentham, un état d'esprit utilitaire, sinon utilitariste, est dans l'air du temps. Gwenaél Guyon partage pleinement l'analyse d'Halévy⁹², quand

fictif, composé de personnes individuelles que l'on considère comme le constituant à titre de ses membres. L'intérêt de la communauté, c'est donc quoi ? – la somme des intérêts des divers membres qui la composent''. (...) »⁸⁶. Voir Jeremy BENTHAM, *Œuvres, Traités de la législation civile et pénale*, tome I, éd. Bruxelles, 1829, pp. 9-10.

⁸⁷ Jeremy BENTHAM, *Fragment sur le gouvernement: Manuel de sophismes politiques* précité, (traduction, notes et préface de J.-P. CLEO), p. 19.

⁸⁸ L'expression est attribuée à Bentham par Christophe CHAUVET, *op. cit.*, p. 12.

⁸⁹ M. EL SHAKANKIRI, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 4.

⁹⁰ Michel VILLEY dans la préface de la thèse de Mohamed Abd-El-Hadi El SHAKANKIRI, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham* précité, p. III.

⁹¹ *Ibid.*, préface, p. IV : « *L'œuvre juridique de Bentham est plus que jamais à l'honneur dans les pays anglo-saxons* ».

⁹² Elie HALEVY (1870-1937), philosophe et historien, fut professeur à l'Ecole libre des sciences politiques et contribua à fonder la *Revue de Métaphysique et de Morale* dont il s'occupa activement jusqu'à sa mort. Il est également l'auteur de *l'Histoire du peuple anglais au XIXème siècle*. L'auteur avait souligné les fins poursuivies par la législation dans la théorie juridique benthamienne.

il avançait que la « période [était] dominée par la doctrine utilitariste »⁹³. En effet il écrit : « Quant au débat public, l'*Öffentlichkeit* qu'animent les libellistes, les parlementaires ou les intellectuels des salons, Halévy soutient, preuves à l'appui, qu'il serait dominé par une forme d'utilitarisme dès le milieu de la période étudiée, c'est-à-dire la fin du XVIII^e siècle. (...) "Vers la fin du XVIII^e siècle, ce ne sont pas seulement les penseurs, ce sont tous les Anglais qui parlent le langage de l'utilité" »⁹⁴. Pour autant, il n'y a pas à proprement parler de réception de la théorie benthamienne de la législation. Il est à supposer que non seulement l'esprit de système de Bentham indispose, quand il n'effraie pas, mais aussi la substitution d'un système juridique de droit codifié au droit jurisprudentiel *de common law* se heurte à un *non possumus* de la majeure partie des *lawyers*. Assurément le contexte historique est favorable à un *aggiornamento*. L'Angleterre échappe aux bouleversements politiques des révolutions américaines et françaises, il n'empêche que les libéraux anglais (*whigs*) accèdent au pouvoir au lieu et place des conservateurs (*tories*). Il est de fait que dès 1781, Jeremy Bentham entre en contact avec un certain nombre de politiciens du parti libéral anglais et que ses idées ne tardent guère à susciter l'intérêt soutenu les plus « progressistes » d'entre eux, les radicaux⁹⁵. A partir de 1808, que Jeremy Bentham s'attache à la réforme du système politique. Avant même que ne soit publié le fruit de ses réflexions dans son « *Constitutional Code* »⁹⁶ (entamé en 1820 et publié en 1830)⁹⁷, il entreprend d'exiger la réforme de la constitution anglaise⁹⁸. Pour lui, le temps de la réforme est enfin arrivé. Elle doit se traduire par la révision globale de la législation tant attendue en Angleterre et de mettre fin à tous les abus du système juridique et politique en vigueur. C'est ainsi que pendant toute la première moitié du XIX^e siècle, à travers son *Pannomion* principalement, Bentham est la source

⁹³ Elie HALEVY, *Le radicalisme philosophique*, édition Presses Universitaires de France, tome III, Paris, 1995, p. 105.

⁹⁴ Philippe MONGIN, Postface, *L'utilitarisme originel et le développement de la théorie économique*, in Elie HALEVY, *op. cit.*, p. 375.

⁹⁵ Emmanuelle de CHAMPS, *La déontologie politique ou la pensée constitutionnelle de Jeremy Bentham* précité, pp. 221 et s.

⁹⁶ Voir le *Constitutional Code*, traduction Emmanuelle de CHAMPS, *ibid.* ; également Elie HALEVY, *ibid.*, pp. 155 et s.

⁹⁷ Elie HALEVY, *ibid.*, p. 155.

⁹⁸ Gérard MICHAUT, *op. cit.*, p. 17.

d'inspiration du radicalisme anglais, ses idées servent de base doctrinale au programme des radicaux⁹⁹. Elles leur semblent devoir assurer la refonte du système juridique en vigueur pour adapter le droit aux circonstances nouvelles. Il est clair que la refondation du droit anglais s'inscrit dans « *un cadre plus global, celui de la transformation politique, sociale et économique de la société anglaise pendant la Révolution industrielle* »¹⁰⁰. C'est l'époque des « grandes manœuvres » selon l'expression de Gwenaél Guyon¹⁰¹. Les conservateurs du parti *tory* et les réformateurs radicaux du parti libéral *whig* s'affrontent vigoureusement pour adapter les institutions et le droit aux circonstances nouvelles. En Angleterre, on a coutume d'appeler cette période « *The Age of Reform* »¹⁰². C'est en quelque sorte le siècle de Jeremy Bentham par opposition à « *The Age of Settlement* »¹⁰³, le siècle de William Blackstone, c'est-à-dire le temps marqué par le triomphe politique du Parlement sur la monarchie anglaise¹⁰⁴. L'Angleterre n'a pas eu pour destinée de connaître une révolution dans l'acception française du terme depuis 1789. C'est une autre vérité d'évidence qu'il n'y a aucune commune mesure entre le projet benthamien pris dans sa globalité et les réformes législatives adoptées par le Parlement. Mais précisément dans quelle mesure Jeremy Bentham a-t-il exercé une influence sur la question de l'amélioration de l'accessibilité du droit anglais par le moyen d'une législation codifiée ? L'absence de code résonne-t-elle comme le Waterloo de Bentham ? L'attachement des *lawyers* à une tradition juridique vue comme l'expression d'un droit naturel fondé en raison a-t-il constitué un obstacle invincible ?

En vérité, de nos recherches, il nous semble ressortir que les *tories* et les *lawyers* en général ont souffert les critiques de Bentham à l'encontre de l'inaccessibilité de la *common law*, quand bien même reflétaient-elles manifestement l'esprit de système qui avait séduit les révolutionnaires

⁹⁹ Françoise TULKENS, Les principes du code pénal de Bentham, in *l'Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 616-621.

¹⁰⁰ G. Guyon, *op. cit.*, p. 55.

¹⁰¹ G. Guyon, *op. cit.*, p. 55.

¹⁰² Jean-François GERKENS, Droit privé comparé, *Collection de la faculté de droit de l'Université de Liège*, éd. Larcier, 2007, p. 138 : « *Après l'Age of Settlement, c'est donc l'Age of Reform. Le personnage central est ici Jeremy Bentham (1748-1832)* ».

¹⁰³ *Ibid.*, p. 137 : « *C'est une période de pacification politique qui portera le nom d'Age of Settlement* »

¹⁰⁴ Sur tous ces points Jean-François GERKENS, *ibid.*, p. 137-140.

français. Ils s'y sont parfois associés, tant elles étaient indéniables. En revanche, il leur est apparu que le remède, une législation codifiée, n'était pas loin d'être pire que le mal, il heurtait par trop l'héritage des siècles, l'esprit des siècles pour emprunter une expression du *Discours préliminaire* du Code civil de 1804¹⁰⁵.

Si Jeremy Bentham a pu tenir pour une rupture radicale par esprit de système (**part. I**), les *lawyers* anglais, quant à eux, se sont voulus fidèles à l'esprit des siècles. Toutefois la législation anglaise du XIX^e siècle laisse transparaître qu'en réalité, la tentation d'une codification était partagée par nombre d'entre eux ; rupture pour les uns, elle devait être seulement adaptation pour les autres (**part. II**).

¹⁰⁵ Fenet, tome I, p. 466 : « Mais quelle tâche que la rédaction d'une législation civile pour un grand peuple ! L'ouvrage serait au-dessus des forces humaines, s'il s'agissait de donner à ce peuple une institution absolument nouvelle, et si, oubliant qu'il occupe le premier rang parmi les nations policées, on dédaignait de profiter de l'expérience du passé et de cette tradition de bon sens, de règles et de maximes, qui est parvenue jusqu'à nous, et qui forme l'esprit des siècles. ».

Partie I : UNE CRITIQUE RADICALE PAR
ESPRIT DE SYSTÈME

« J'ai formé un plan de conquête universelle. J'entends gouverner après ma mort toutes les nations du globe habitable – Avec quelles armes ? Avec la rhétorique ? Avec de beaux discours ? Avec des clauses prohibitives et irritantes ? – Non : mais avec des raisons, avec une chaîne (....) de raisons articulées et cohérentes, toutes dépendantes d'un seul principe »¹⁰⁶.

Fondé sur le plus radical esprit de système, ce discours programmatique de Bentham résume parfaitement de quelle manière il entend réformer le droit afin qu'il puisse atteindre les objectifs que lui assigne le principe universel de l'utilité générale.

Le principe de la maximisation du plus grand bonheur du plus grand nombre, dans sa version normative¹⁰⁷, impose au législateur utilitariste de faire en sorte que les individus adoptent dans leur propre intérêt le comportement que l'on désire leur imposer¹⁰⁸. En effet, dans la pensée juridique de Jeremy Bentham, c'est au législateur qu'incombe la tâche de créer l'ordre au sein de la société, mais c'est également le seul à même de rendre le droit accessible à tous. Pour lui permettre d'atteindre ces objectifs, le réformateur utilitariste anglais estime que la systématisation du droit est indispensable. Partant de là, le droit légiféré codifié apparaît aux yeux de notre auteur comme le moyen idéal pour la mise en œuvre de sa réforme utilitariste du droit¹⁰⁹. Il est considéré, dans la pensée juridique benthamienne comme l'instrument idéal pour la systématisation du droit, condition *sine qua non* pour la mise en œuvre du principe d'accessibilité au droit.

¹⁰⁶ UC. cxlvi, 14, (cité par G. TUSSEAU, *Jeremy Bentham, La guerre des mots* précité, p. 121).

¹⁰⁷ Le principe de l'utilité générale dans la théorie du droit benthamienne présente deux facettes : la première est descriptive et la seconde est normative. Voir F. OST, *Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham*, in *L'actualité de la pensée de Jeremy Bentham* précité, p. 166 : « Selon la première, l'utilité décrit ou explique le comportement humain : chaque individu agit en fonction de ses propres intérêts, chacun s'efforce de maximiser sa propre utilité (self preference principle). Selon la seconde, l'utilité commande de maximiser le bien-être collectif défini comme la somme du bien-être des individus qui composent la société (the greatest happiness principles, ou du plus grand bonheur du plus grand nombre, exprimé, pour la première fois semble-t-il, par Hutcheson) ».

¹⁰⁸ *Ibid.*, pp. 167 et s.

¹⁰⁹ F. OST, *Codification et temporalité dans la pensée juridique de Jeremy Bentham*, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 172 et s.

La question de la connaissance du droit par les citoyens, c'est-à-dire son accessibilité, est l'objectif principal assigné aux gouvernements, donc à la législation¹¹⁰. Jeremy Bentham est considéré comme celui qui a porté le plus d'intérêt à cette question. Effectivement, contrairement au réformateur anglais, la plupart des juristes de la fin du XVIII^{ème} siècle qui se sont penchés sur ce problème, se contentent de constater l'impossibilité de connaître le droit par les citoyens, puis de mettre en avant la nécessité de le réformer avec quelques remèdes destinés à rendre le droit plus accessible et plus compréhensible aux individus, sans préciser comment cela doit être fait, ni par quels moyens. Partant de là, Jeremy Bentham peut être considéré comme l'un des rares réformateurs sociaux à proposer un *aggiornamento* du droit dans le but exclusif de faciliter sa connaissance et sa compréhension par les individus. Il est également le seul à proposer une théorie de droit complète dans le but « *d'améliorer sa connaissance* »¹¹¹.

Sa doctrine du droit vient en contrepoint de sa critique du système juridique anglais auquel il fait le grief d'être globalement incertain. Bentham développe un thème devenu un lieu commun des *lawyers* anglais de son temps : la « *glorieuse incertitude de la loi anglaise* »¹¹². Il développe un réquisitoire autour de deux critiques : l'incertitude de la justice anglaise (**Chapitre 1**) et l'incertitude du droit anglais (**Chapitre 2**).

¹¹⁰ Jacques VANDERLINDEN, *op. cit.*, p. 193.

¹¹¹ Denis BARANGER, *Bentham et la codification* précité, p. 21. Cf. *supra*, note de bas de page n° 2.

¹¹² L'univers. Histoire et description de tous les peuples. Dictionnaire Encyclopédique de la France, tome deuxième, World History, publié à Paris par F. Didot Frères, Coll. Americana, Book from the collection of University of Michigan, 1834, p. 146: « *Pendant ce temps, les avocats anglais avaient coutume, de porter dans leurs repas un toast fameux à la glorieuse incertitude des lois (to a glorious uncertainty of law); et, s'opposant à toutes les améliorations par lesquelles on voulait introduire quelque unité et quelque lumière dans le chaos ténébreux du droit commun et statutaire* ».

CHAPITRE I : La glorieuse incertitude de la justice anglaise

« Les spéculations de Bentham (...) ont commencé avec le droit ; et dans ce domaine, il a accompli ses triomphes les plus éclatants. Il a trouvé la philosophie du droit dans un état de chaos, et il en a fait une science ; il a trouvé la pratique du droit dans l'état des écuries d'Augias, et y a détourné le fleuve afin qu'il extraie et emporte au loin, l'un après l'autre, ses morceaux de détrit. (...) Gloire à Bentham d'avoir administré un coup fatal à cette superstition, d'avoir été l'Hercule de cette hydre, le Saint Georges de ce dragon ! »¹¹³.

Comme le souligne John Stuart Mill, l'un des premiers partisans de la doctrine utilitariste benthamienne, le droit se trouvait à l'époque de notre auteur dans un état de « *délabrement avancé* »¹¹⁴. Un constat que partagent même les opposants à la réforme utilitariste du droit. En effet, à la fin du XVIII^{ème} siècle, tous les jurisconsultes et autres praticiens du droit de l'Europe occidentale sont unanimes à reconnaître que le droit tel qu'il existe et se pratique à cette époque, est complètement incertain, imprévisible et, par voie de conséquence, inaccessible. Ces constats ne concernent pas uniquement le simple profane, mais également les spécialistes de la législation¹¹⁵. Jeremy Bentham n'est pas en reste, puisqu'il n'a cessé de mettre l'accent sur l'état catastrophique dans lequel se trouve le droit à cette époque, notamment en Angleterre, son pays natal. Un droit jurisprudentiel, un droit non écrit, appelé également le droit de *common law*¹¹⁶. Ce droit

¹¹³ J. S. MILL, Bentham, (1838 et 1859), in B. Parekh (éd.), *Jeremy Bentham. Critical Assessments*, London, New York, Routledge, 1993, vol. 1, pp. 174-175, (cité par G. TUSSEAU, *op. cit.*, p. 40).

¹¹⁴ G. TUSSEAU, *ibid.*, p. 40.

¹¹⁵ Voir sur tous ces points Alain DESRAYAUD, Un instrument d'accessibilité au droit, *De la sûreté à la citoyenneté : l'accessibilité du code civil de 1804* précité, pp. 679 et s.

¹¹⁶ W. BLACKSTONE, *Commentaires sur les lois anglaises* (traduction de N. M. Champré, Paris, 1823, vol. 1), pp. 102-103 : « Ce sont les coutumes générales, ou la loi

casuistique par nature, qui naît après les faits, est un droit obscur, imprévisible, contradictoire, fluctuant et, par voie de conséquence, impénétrable, autrement dit inaccessible au citoyen. C'est pourquoi il est jugé par le réformateur utilitariste, mais également par d'autres réformateurs du droit à la fin du XVIII^e siècle, comme un véritable obstacle pour atteindre les objectifs assignés au système de législation utilitariste. Comme le relevait Elie Halévy¹¹⁷ dans son étude sur *Le radicalisme philosophique*, la raison d'être de toute législation, d'après le père de la philosophie utilitariste, est de rendre le droit accessible à tous. Pour ce faire, le législateur¹¹⁸ doit se servir du principe de l'utilité comme guide : « *La législation poursuit deux ordres de fins : une fin directe et des fins collatérales* »¹¹⁹. Qu'entend-il par là ? « *Fin directe : il faut que la justice soit rendue le plus exactement possible, et pour cela, qu'il y soit dépensé autant de temps et d'argent que possible. Fins collatérales : puisque perte de temps, perte d'argent et vexations, sont autant de souffrances subies, autant de maux, il faut que ces maux, soient, s'il est possible, abolis, et que la justice soit rendue avec aussi peu de frais, aussi peu de délais et aussi peu de vexations que possible* »¹²⁰. Ainsi, pour le réformateur anglais, toute législation qui ne répond pas aux exigences d'accessibilité du droit ne peut être qualifiée de loi¹²¹.

Afin d'explicitier son propos sur la fin directe que doit poursuivre le législateur utilitariste, Jeremy Bentham ajoute que, pour atteindre ce but, la justice doit être efficace, c'est à-dire qu'elle doit être rendue, « *le plus exactement possible* »¹²², à savoir le plus justement possible. Mais, pour

commune proprement dite, qui règlent et dirigent les procédures et les décisions dans les cours ordinaires de justice du droit. C'est cette loi qui, pour la très grande partie, détermine l'ordre des successions pour les terres ; la manière et la forme pour acquérir et transmettre les propriétés ; les obligations qui résultent des contrats, et leurs formes nécessaires ; les règles d'interprétation des testaments, des actes particuliers et des actes du parlement ; les réparations respectives des injures, et dommage civils ; les différentes espèces d'offenses temporelles avec le mode et le degré de la peine ; enfin un nombre infini d'autres points de détail, qui s'étendent que le requiert la distribution ordinaire de la justice commune ».

¹¹⁷ Elie HALEVY, *op. cit.*, pp. 80 et s.

¹¹⁸ Cf. *supra*, pp. 18 et s..

¹¹⁹ Elie HALEVY, *ibid.*

¹²⁰ *Ibid.*, p. 81.

¹²¹ Cf. *infra*, pp. 160 et s.

¹²² Elie HALEVY, *ibid.*, p. 80.

cela, les fins collatérales sont plus que nécessaires. A cet effet, le philosophe anglais estime qu'il faut que la justice soit moins coûteuse, rendue dans des délais courts et sans vexation possible. Pour y parvenir, conformément à sa méthode analytique, il commence par la dénonciation des obstacles à la connaissance du droit¹²³, causes de l'inaccessibilité de la justice de son temps. Autrement dit, il fait de l'accessibilité de la justice une condition de son efficacité.

Cependant on peut s'interroger sur la réalisation de ses deux objectifs. Qu'est ce qui se passerait dans le cas où les deux fins s'opposent ? Jeremy Bentham ne se prononce pas. Mais tout laisse à croire que dans son esprit, cette question ne peut pas se poser dans la mesure où ces deux fins sont complémentaires et contribuent toutes les deux à la réalisation du même objectif : l'accessibilité du droit au plus grand nombre.

Après avoir fait de la connaissance du droit, sa « *cognoscibilité* », un principe majeur de son système de législation, Jeremy Bentham constate que la question de l'accessibilité au droit, est avant tout une question d'accès à la justice¹²⁴, car les règles de conduite sont édictées dans la tradition de *common law* par les cours de justice¹²⁵.

Pour dénoncer l'inaccessibilité de la justice anglaise, le réformateur utilitariste commence par la critique du système juridique anglais en général, hérité de la tradition de *common law*. C'est pourquoi, dans sa théorie de la législation, il reprend d'une part le constat communément partagé à la fin du XVIII^{ème} siècle, sur « *le droit tel qu'il existe* » (*to ascertain what the law is it*) et d'autre part il propose une réforme générale

¹²³ Jacques VANDERLINDEN, *op. cit.*, pp. 193-194. L'auteur met en avant l'importance de cette idée de cognoscibilité du droit dans toutes les œuvres de Bentham, même dans celles qui ne sont pas consacrées à la codification.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 193: « *Bentham de son côté, envisage le problème (de la possibilité de connaître le droit) d'une manière directe: pour lui, le principe de la justice est que le droit soit connu de tous* ».

¹²⁵ René DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 8^{ème} édition, Paris, 1982, p. 313 : « *La common law est le système de droit qui a été construit en Angleterre, principalement par l'action des cours royales de justice, depuis la Conquête normande* ».

du droit « *tel qu'il devrait être* » (*to ascertain what it ought to be*), c'est-à-dire une codification¹²⁶.

S'agissant du droit tel qu'il existe à la fin du XVIII^{ème} siècle et au début du XIX^{ème} siècle en Angleterre, dans tous ses écrits portant sur la réforme de la législation, le réformateur utilitariste anglais ne trouve pas de mots assez durs pour décrire l'état déplorable dans lequel se trouve le système juridique de son pays¹²⁷. S'il s'attaque particulièrement à la justice et au système judiciaire c'est parce que, dans le cas de l'Angleterre, ce dernier constitue la source principale du droit.

Cette situation est contraire à l'égalité judiciaire, précise notre auteur. Or, cette dernière constitue une exigence majeure dans sa théorie de la législation, corollaire du principe universel de l'utilité : « *l'absence de la connaissance du droit entrave le calcul utilitariste qui devrait être à la base de toute conduite humaine* »¹²⁸. Ainsi il reconnaît que cette égalité a complètement disparu à son époque pour plusieurs raisons : la multiplication des tribunaux, une forme de procédure privilégiée (favorable aux riches)¹²⁹, le monopole de la justice par les professionnels¹³⁰, l'absence de publicité des décisions rendues par les juridictions et la lenteur de la procédure. Tous ces défauts qui caractérisent le droit de cette époque sont, selon notre auteur, la source de l'obscurcissement du droit.

D'après le réformateur anglais, tous ces défauts font naître chez les individus un sentiment d'insécurité juridique¹³¹. Cette dernière trouve sa source, fait-il encore remarquer, dans l'organisation judiciaire de son pays. Telle qu'elle existe en Angleterre, celle-ci a des répercussions directes sur le

¹²⁶ Jacques VANDERLINDEN, *ibid.*, p. 192. Voir également Hugo HARDY, Bentham, père du positivisme juridique ?, *Revue d'études benthamiennes*, (en ligne), 11/2012, mis en ligne le 1 octobre 2012, consulté le 14 février 2013, URL: [http:// etudes-benthamiennes.revues.org/630](http://etudes-benthamiennes.revues.org/630), pp. 3 et s.

¹²⁷ Voir Fabien GERARD, Bentham et l'esprit du Common Law, Introduction, in *Revue de l'institut du Rhône-Alpin des sciences criminelles, Les foudres du pénal*, Édition l'Inscible, n°2, l'Harmattan, 2011, pp. 49-100.

¹²⁸ J-L. HALPERIN, O. CAYLA, *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 49.

¹²⁹ Cf. *infra*, pp. 78 et s.

¹³⁰ J-L. HALPERIN, O. CAYLA, *ibid.*, p. 49.

¹³¹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, Des inconvénients des lois non écrites, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, Sect. V, p. 95. Voir Jacques VANDERLINDEN, *op. cit.*, pp. 195 et s.

système de procédure judiciaire dans son ensemble¹³². Pour lui, l'organisation judiciaire en vigueur dans son pays constitue la première source des vices dont souffre la procédure judiciaire, ce qui explique la place de celle-ci dans la réforme de la législation qu'il propose.

Le père de la philosophie utilitariste ajoute encore que si le système judiciaire anglais, dans ses deux branches (l'organisation des tribunaux et la procédure judiciaire), est source d'incertitude et d'imprévisibilité, c'est à cause de son caractère artificiel, voire technique, fondé selon l'auteur, sur « *des fictions* ». Du fait de ce modèle judiciaire, la justice anglaise est inaccessible aux justiciables. En conséquence, il faut rompre radicalement avec l'organisation judiciaire et la procédure applicable en Angleterre à la fin du XVIII^{ème} siècle d'après Jeremy Bentham.

Autrement dit, le réquisitoire de notre auteur s'ordonne autour de deux chefs d'accusation : l'organisation judiciaire et le système de procédure. Entre les deux, il met en évidence des liens si étroits –un véritable rapport de causalité– que sa critique de la procédure judiciaire anglaise (**Sect.2**) procède nécessairement de celle de l'organisation judiciaire anglaise (**Sect.1**).

Section 1. La critique de l'organisation judiciaire anglaise

Dans son *Traité sur la législation civile et pénale*, Jeremy Bentham divise les lois en deux catégories : lois « *substantives* » (lois civiles, pénales et constitutionnelles) et lois « *adjectives* » (lois relatives à l'organisation de la justice). S'agissant de ces dernières, le réformateur anglais les considère comme dépendantes entièrement des lois substantives, car elles ne doivent leur existence qu'aux premières « *comme l'adjectif en grammaire, existe*

¹³² Elie HALEVY, *op. cit.*, pp. 103-105.

par rapport au substantif»¹³³. Selon Elie Halévy, Jeremy Bentham pose la question des lois adjectives dans des termes qui traduisent sa volonté de leur donner un caractère nécessaire, car fruits d'une science exacte¹³⁴. Pour le réformateur anglais, les lois relatives à l'organisation judiciaire, lois adjectives, ont pour but d'assurer la parfaite mise en œuvre des lois substantives comme par un effet mécanique¹³⁵. Il regarde la conjugaison des deux comme le seul moyen de rendre le droit plus accessible et plus compréhensible au citoyen.

Ce double objectif ne peut être atteint que par une réforme totale de la justice anglaise. De plus, l'organisation de la justice fait partie intégrante de son système de législation : « *L'établissement judiciaire n'est donc qu'un système de moyens pour faire exécuter les lois ; et la fidélité à la loi est la première obligation des tribunaux* »¹³⁶.

Cette véritable refondation du droit anglais serait une contribution déterminante à la réalisation de l'égalité judiciaire entre les individus dans la théorie benthamienne de législation. En effet, la finalité, voire la raison d'être de l'institution judiciaire est, d'après notre auteur, l'application impartiale de la loi aux cas particuliers qui se présentent devant elle¹³⁷. Tel est loin d'être le cas dans l'Angleterre de son temps. Il ne veut voir dans l'ordre judiciaire existant qu'un « *système technique* » qu'il n'hésite pas à qualifier de « *système des épices* »¹³⁸.

« *Système des épices* », car « *le principe de l'égalité judiciaire avait complètement disparu devant une foule de tribunaux privilégiés, de formes*

¹³³ Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, chapitre II, p. 77.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 80.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 77 : « *Ce sont les lois de la procédure qui ont, ou doivent avoir, pour objet, de donner suite aux commandements dont l'ensemble constitue le droit substantif* »

¹³⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, chapitre Premier, p. 1.

¹³⁷ Evelyne GRIFFIN-COLLART, Utilité, justice et égalité chez Bentham, La notion de justice, in *Egalité et justice dans l'utilitarisme*, Travaux du Centre de Philosophie du Droit de l'Université libre de Bruxelles, vol. III, Bruxelles, 1974, p. 29 et s. Voir également Jacques VANDERLINDEN, *op. cit.*, p. 195

¹³⁸ Elie HALEVY, *ibid.*, pp. 82 et s., voir notamment p. 104 : « *Bentham donne alternativement deux dénominations au système qu'il combat (...) : il l'appelle tantôt le système technique (...), tantôt le système des épices (fee-gathering system)* ».

de procédures privilégiées, de monopoles pour les hommes de lois »¹³⁹. Pour Jeremy Bentham, tous ces défauts contribuent gravement à l'inaccessibilité de la justice. Ainsi, dans le système judiciaire anglais, fait remarquer notre auteur, un plaideur ne peut savoir à quelle juridiction s'adresser pour intenter une action en justice *ratione loci*, encore moins si son action sera déclarée recevable par les tribunaux (système des *writs*), ni enfin devant quelle juridiction il doit plaider sa cause *ratione materiae* (principe de spécialisation des juridictions)¹⁴⁰. De surcroît, il génère lenteur des procédures et frais exorbitants sans compter vexations et entraves de tout genre : « *Voilà une partie des griefs qu'on fit valoir contre l'ancien établissement judiciaire et, par conséquent, des réformes qu'on devait avoir en vue dans le nouveau projet* »¹⁴¹. A partir de ce constat, il considère que ce système est corrompu d'une part et qu'il favorise l'arbitraire des juges d'autre part. Sa conclusion tombe : dans ce système, la sûreté¹⁴², pierre d'achoppement du système juridique dans la doctrine utilitariste¹⁴³, est entièrement enlevée aux citoyens¹⁴⁴.

Pour remédier aux obstacles à une justice accessible *au plus grand nombre*, Jeremy Bentham articule son discours, singulièrement critique, autour des deux points fondamentaux sur lesquels doit porter la réforme : la pluralité des juges (§1) d'une part et la spécialisation des juridictions d'autre part (§2).

¹³⁹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, préface, p. IV. Voir également Elie HALEVY, *op. cit.*, pp. 82 et s.

¹⁴⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, pp. 351-379.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. V.

¹⁴² *Cf. infra*, pp. 180 et s.

¹⁴³ Evelyne GRIFFIN-COLLART, *op. cit.*, pp. 31 et s.

¹⁴⁴ G. GUYON, *op. cit.*, pp. 68-69 : « *Au miroir du droit existant qui apparaît, non comme un instrument de direction, mais plutôt comme un instrument d'oppression qui entrave la route vers le bonheur, la réforme utilitariste se présente sous les traits d'un vaste programme d'émancipation de l'être humain dans sa relation avec le droit qui le gouverne* ».

§1. La pluralité des juges

« Les raisons contre la pluralité, en judicature, étant si forte et si péremptoires, il est naturel de se demander pourquoi ce système a prévalu généralement, et comment il s'est formé, du moins en plusieurs pays, un tel préjugé en sa faveur, qu'on n'y passerait pas sans effroi sous le régime de juge unique »¹⁴⁵.

C'est dans ces termes que le réformateur utilitariste résume son opinion au sujet du principe de pluralité des juges applicable dans les tribunaux anglais. Il considère que ce principe ne permet pas à la justice de réaliser l'objectif que lui assigne le principe de l'utilité. Selon notre auteur, la pluralité des juges dans un tribunal porte atteinte à l'unité de la judicature et à la célérité des décisions judiciaires¹⁴⁶. Ainsi défini, ce principe constitue un véritable obstacle à l'accessibilité au droit engendré par l'organisation judiciaire anglaise. En effet, dans l'ensemble des travaux qu'il consacre à la réforme du système judiciaire anglais, le père de la doctrine utilitariste ne cesse d'attirer l'attention de l'opinion publique sur les inconvénients découlant de l'organisation judiciaire anglaise qui sont à l'origine de l'inaccessibilité de la justice dans son pays. La pluralité des juges occupe une place prépondérante dans la liste des obstacles à l'accessibilité de la justice établie par Jeremy Bentham.

C'est dans sa théorie sur l'organisation judiciaire que Jeremy Bentham traduit le plus sa volonté de rupture totale avec le système établi dans son pays, incapable, selon lui, de toute réforme en la matière : *« L'incertitude n'est pas le seul mal inhérent à la loi non écrite. Il faut encore observer que par sa nature même elle est incorrigible (...) »¹⁴⁷*. Un système technique et artificiel qui contraste avec son modèle naturel d'organisation judiciaire. A ce sujet, Etienne Dumont, son biographe, écrit : *« Je ne puis me refuser ici à*

¹⁴⁵ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 18.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 1.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 74, voir la notice n° 1.

*placer quelques observations sur ce type naturel de procédure, ce gouvernement domestique, auquel M. Bentham se réfère comme à une source où il a puisé de grandes instructions pour la simplicité et la brièveté des moyens dans la recherche de la vérité »*¹⁴⁸.

Le « *modèle naturel* » de Jeremy Bentham est un système calqué sur « *le gouvernement domestique* »¹⁴⁹ au sein duquel notre auteur érige le chef de famille en juge domestique¹⁵⁰. Le réformateur anglais oppose son système judiciaire naturel –simple– au « *système technique* » en vigueur – complexe et arbitraire–¹⁵¹ sur lequel est fondé le principe de pluralité des juges. Sur ce point, notre auteur s’oppose à Montesquieu¹⁵², l’ancien magistrat du Parlement de Bordeaux, opposé à la réforme du système établi, déclare que le juge unique est à l’image d’ « *un cadi ou un bâcha* »¹⁵³, par référence au magistrat dans l’Empire ottoman.

Pour Jeremy Bentham, la pluralité de juges engendre des abus si nombreux **(A)** que la précellence d’un système de juge unique ne saurait être discutée **(B)**.

¹⁴⁸ Voir les observations d’Etienne Dumont, *ibid.*, p. 74, note n° 2.

¹⁴⁹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l’organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 74 : « (...) *Le plus simple (des systèmes de procédure judiciaire) est celui que j’ai appelé le système naturel, non pour me prévaloir de la faveur attachée à ce mot, mais parce que son type est pris dans le gouvernement domestique, qu’il va directement au but qu’on lui propose et qu’il est à la portée de tous les esprits* ». Voir Elie HALEVY, *op. cit.*, p. 82 : « *Le retour au système naturel consiste non pas dans la définition des règles nouvelles, qui seraient, par hypothèse, conformes à l’utilité générale ; il consiste dans l’abolition pure et simple de toutes règles et de toutes les formalités existantes* ».

¹⁵⁰ Voir les observations d’Etienne Dumont, Jeremy BENTHAM, *ibid.*, p. 74, voir la note n° 1.

¹⁵¹ *Ibid.*, pp. 14-16.

¹⁵² MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois* (1748), vol. I, Livre. VI, chapitre. VII, Gallimard, 1995, pp. 196-198.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 114. Voir également Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l’organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 19. Selon Bentham, Montesquieu considère que « *le juge unique est un cadi, ou un bacha. Justice sommaire. Le cadi juge, au premier mot, ordonne la bastonnade pour les deux parties, et l’affaire est terminée* ».

A. Une source d'abus

Dans un bon système judiciaire, selon Jeremy Bentham, la qualité première d'un juge est sa probité, c'est-à-dire sa droiture. Elle constitue une garantie contre la partialité et les abus de pouvoir des juges. Or celle-ci dépend entièrement du degré de responsabilité du juge. A cet effet, il souligne que cette qualité essentielle à toute organisation judiciaire fait cruellement défaut dans un système de pluralité des juges. Il s'agit d'un système qui favorise le risque d'arbitraire (1°) et de corruption des juges (2°).

1°. Le risque d'arbitraire

« L'histoire des corps nombreux prouve deux choses, leur indépendance de l'opinion et leur ascendant sur une partie plus ou moins grande du public »¹⁵⁴.

Les juges forment, dans un système de pluralité des magistrats, un corps puissant et indépendant. De ce fait, ils sont tentés par *« des actes d'injustice »*¹⁵⁵. Pour notre auteur, dans un tel système, les juges ne sont pas soumis à l'opinion du public, ce qui engendre une certaine défiance à leur égard.

Un tel ordre judiciaire, écrit Jeremy Bentham, fournit aux juges un moyen de prendre des décisions arbitraires : *« un moyen de prévariquer à demi sans se compromettre »*, et de préciser par la suite sa pensée : *« Ce que j'appelle demi-prévarication, c'est la simple absence, dont il résulte qu'en paraissant ne donner aucun suffrage, on donne réellement la valeur d'un*

¹⁵⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 15

¹⁵⁵ *Ibid.*

*demi-suffrage à une mauvaise cause ; car soustraire son vote au parti juste, c'est produire la moitié de l'effet qu'on eût produit en leur donnant au parti injuste »*¹⁵⁶. Pour notre auteur, le nombre peut être utilisé par les juges pour couvrir leur partialité : « *Le nombre peut servir à voiler les partialités, des abus de pouvoirs, des actes de tyrannie, sous un beau prétexte de zèle pour l'honneur et la dignité du corps »*¹⁵⁷.

Pour les besoins de sa démonstration, le réformateur radical anglais insiste sur le risque d'arbitraire des juges que peut engendrer un tel système. Au regard des risques qu'il fait peser sur la droiture des décisions des tribunaux, c'est-à-dire la conformité des décisions judiciaires à la loi, expression de la volonté du législateur et source exclusive du droit dans la théorie benthamienne de législation¹⁵⁸, les juges, que notre auteur qualifie de « *joueurs qui s'entendent et qui tiennent la banque contre le public »*¹⁵⁹, bénéficient d'une impunité totale et rendent des décisions non pas conformément à l'intérêt commun, mais à leur intérêt personnel : « *Malheur à qui offense le tribunal ou même un de ses membres ! Chacun, dans l'estimation de cette injure, en ne paraissant consulter que l'intérêt commun, ne sert en effet que la cause de son orgueil »*¹⁶⁰.

Par voie de conséquence, la pluralité des juges dans chaque tribunal n'offre pas des garanties suffisantes quant à la droiture des décisions, mais nuit également à la responsabilité « *morale et légale des juges et, par conséquent, à leur probité »*¹⁶¹, ajoute encore Jeremy Bentham. Il s'agit, d'après lui d'une garantie indispensable à la droiture de leur décision. Il fait de la responsabilité des juges la garantie contre l'arbitraire. A ce titre, il écrit que « *la probité d'un juge dépend de sa responsabilité soit au tribunal de l'opinion publique, soit à celui des lois »*¹⁶². A défaut, les juges bénéficient de fait d'une irresponsabilité totale. Ainsi, pour le philosophe de l'utilité,

¹⁵⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 16.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Cf. infra*, pp. 195 et s.

¹⁵⁹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 16.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Ibid.*, p. 14.

cette pluralité est un système mis en place par les juges même et dans leur intérêt propre. En effet, le système de pluralité des juges, insiste Jeremy Bentham, décharge totalement les juges de leur responsabilité à l'égard du public, étant donné que cette dernière est couverte par leur nombre, ce qui renforce le risque d'arbitraire des juges d'une part et les met à l'abri de la critique du public d'autre part. Ainsi, dans ces travaux sur l'organisation judiciaire anglaise notre auteur estime que l'irresponsabilité des juges devant le public est l'une des causes de l'inaccessibilité de la justice anglaise aux citoyens. Dans sa critique de l'organisation judiciaire anglaise, notre auteur pense que c'est ce sentiment d'irresponsabilité des juges qui poussent les citoyens à se tenir éloignés de la justice.

« Suivez maintenant l'effet de la pluralité dans un tribunal, vous verrez qu'elle affaiblit de plusieurs manières la responsabilité des juges et toujours en proportion de leur nombre »¹⁶³.

Dans la théorie benthamienne de législation, l'absence de responsabilité des juges dans le système judiciaire anglais constitue un inconvénient susceptible de porter un grave préjudice à la bonne marche de la justice en général. D'après le juriste anglais, l'équation est simple : il faut responsabiliser les juges afin de les obliger à rendre une meilleure justice. Ce n'est que de cette manière, dit-il, que l'on peut empêcher, voire réduire au maximum, le risque de décisions injustes et arbitraires.

Par ailleurs, Jeremy Bentham estime qu'un tel système se révèle dangereux, car source potentielle d'une décision inique¹⁶⁴. Pour illustrer son idée, il donne le cas du Tribunal Supérieur d'Ecosse, un exemple parfait, d'après lui, illustrant à lui tout seul les conséquences néfastes de ce système. *« Le tribunal supérieur d'Ecosse, de quinze juges, avait occasionné de graves mécontentements ; personne ne doutait qu'il ne suffît, pour le réformer, de diminuer le nombre : c'est ce qui a eu lieu par une nouvelle*

¹⁶³ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 15. Voir également Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 107 : « Leur responsabilité individuelle étant mise à couvert par leur nombre même, (...) ».

¹⁶⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 15.

*organisation. Des sections de trois juges expédient plus d'affaires que ne le faisait le tribunal entier et leurs jugements produisent beaucoup moins d'appels »*¹⁶⁵.

Jeremy Bentham enchaîne en observant que le risque d'arbitraire ne trouve pas seulement sa cause dans la pluralité des juges. Le risque de corruption des juges pèse également sur la droiture des décisions judiciaires.

2°. Le risque de corruption

Dans sa critique du principe de pluralité des juges, le fondateur de la doctrine utilitariste anglais s'attaque aux arguments de ses défenseurs pour démontrer les risques qu'il fait peser, encore une fois, sur la droiture des décisions des tribunaux, particulièrement le risque de corruption des juges. Ainsi il pense que l'argument consistant à justifier le système de pluralité des juges comme garanties des individus contre de mauvaises lois, ne tient plus¹⁶⁶. Pour ce faire, il énumère tous les inconvénients de ce système, à savoir le risque de partialité, de déni de justice et de corruption : « *Un corps nombreux offre à la séduction et à la corruption des facilités qu'on ne trouverait point s'il fallait agir sur ses membres séparément* »¹⁶⁷. Tous ces inconvénients contribuent donc, dans une large mesure, à la défectuosité du système. Car ce corps est hors du contrôle de la société. Pour notre auteur, comme dans tout corps, on ne peut agir sur l'un de ses membres sans porter atteinte aux autres membres qui le composent, d'où la solidarité de ses derniers au détriment de l'intérêt du public : « *les hommes avec lesquels on*

¹⁶⁵ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 19.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 16.

*s'assemble tous les jours, les hommes avec lesquels on forme une société intime, sont ceux dont il importe le plus d'obtenir l'estime et la faveur »*¹⁶⁸.

Selon Jeremy Bentham, pour discerner pourquoi ce système facilite le jeu des connivences et de corruption des juges, il suffit d'observer le fonctionnement d'un corps quelconque pour comprendre celui du système de pluralité des juges en particulier : *« Observez comment se fait le travail d'un corps, comme il partage, comme il s'établit une subordination tacite, une harmonie qui ne tient qu'à l'ascendant des uns et la déférence des autres ; gagner ceux qui font le premier travail, c'est gagner tous ceux qui se reposent sur ce travail pour déterminer leur jugement »*¹⁶⁹. A l'appui de sa démonstration, il donne l'exemple d'une opinion, communément partagée à la fin du XVIIIème siècle sur les parlements de France : *« Une opinion vraie ou fausse sur les parlements de France, mais fausse ou vraie, également funeste à leur crédit, c'est que, gagner le rapporteur d'un procès, c'est comme gagner tout le tribunal, parce qu'il faisait à son gré pencher la balance »*¹⁷⁰.

A la suite de cette expérience, Jeremy Bentham fait remarquer que *« gagner le chef, c'est gagner ceux qui le suivent »*¹⁷¹.

En réalité, si le réformateur anglais insiste sur cet inconvénient en particulier, c'est parce qu'il veut démontrer la nécessité absolue de sa disparition, car impossible à réformer. D'après Elie Halévy dans la pensée de notre auteur *« la présence seule d'un mal funeste, les law-taxes et les law-fees, qui se paient à l'Etat et à la corporation judiciaire dissimule les effets détestables que produit le nombre excessif des juges »*¹⁷². Il en déduit que, selon Bentham, le système de pluralité des juges *« dissimule les effets détestables que produit le nombre excessif des juges: déni de justice,*

¹⁶⁸ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 16. Voir également sur le rôle des juges, BECCARIA, *Des délits et des peines* (1765), § 4, *Interprétation des lois* (traduction de M. CHEVALLIER, Genève, 1965).

¹⁶⁹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, Du nombre des juges dans chaque tribunal, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, chap. X, p. 16.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 105.

aggravation des délais, des vexations et des frais pécuniaires »¹⁷³. Il est plus qu'évident que le système de pluralité des juges, produit d'une organisation judiciaire artificielle, ne permet pas, d'après notre auteur, de satisfaire les fins de la justice dans le système utilitariste de législation.

A la suite de ce constat, Jeremy Bentham va s'attaquer aux autres arguments sur lesquels les partisans du système de pluralité se fondent. C'est notamment le cas de celui qui consiste à soutenir qu'un corps de juge nombreux est une garantie contre les faux raisonnements et l'ignorance, car il serait l'assurance d'une masse de connaissances supérieures et aurait pour effet de réduire le risque d'erreur. Ce serait justement le cas, selon les défenseurs du système de *common law*, dans les affaires complexes. D'après eux, dans un corps « *la réunion de tous les talents, difficiles à trouver dans un seul individu, s'obtient plus facilement* »¹⁷⁴. Cependant, pour le réformateur radical, cet argument ne peut pas être admis, car, dans le cas où le tribunal n'est composé que d'un seul juge, rien n'empêche ce dernier de consulter des experts pour l'aider dans sa décision¹⁷⁵. Pour lui, la croyance selon laquelle le nombre des juges est une garantie de la probité des décisions judiciaires n'est qu'un préjugé : « *Ce préjugé, en France, avait sa première source dans un ancien usage et cet usage s'était introduit graduellement par des motifs qui n'ont aucun rapport avec l'utilité publique* »¹⁷⁶.

Assurément, selon le réformateur anglais, cette règle ne doit son existence qu'à des considérations circonstancielle et pratiques : « *quand il en coûtait pour avoir des juges, il n'y en avait qu'un dans chaque cour ; mais quand le gouvernement vendit les offices de judicature, les juges et les cours se multiplièrent au point de devenir un sujet de plainte nationale. On vit naître les parlements de province, les chambres de compte, les cours de revenus, les cours de forêts, les cours de marbre, etc, etc.* »¹⁷⁷. Pour Jeremy Bentham, la raison d'être de ce système ne tient qu'à la faveur de ce

¹⁷³ Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, pp. 105-106.

¹⁷⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, Du nombre des juges dans chaque tribunal, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, chap. X, p. 16.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 17.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ *Ibid.*

préjugé. Selon lui, ce dernier est fondé sur deux éléments : « *deux têtes valent mieux qu'une* », « *l'avantage de diviser les pouvoirs pour les limiter* »¹⁷⁸. Le premier argument est, pour lui, une inanité, puisque le juge peut prendre l'avis des spécialistes. Quant au second, il l'estime rien moins que vain, car il ne laisse aucun doute quant à son inutilité. Il considère néanmoins que la division des pouvoirs, bien qu'elle soit inutile, reste malgré tout intéressante dans la mesure où elle a fait les preuves de son efficacité, car complétée par l'introduction de la publicité des procès judiciaires, comme c'est le cas en Angleterre, elle sert de véritable « *frein à l'improbité, qu'elle a pu mitiger le despotisme dans des tribunaux indépendants de l'opinion publique* »¹⁷⁹.

Par ailleurs, Jeremy Bentham considère que même en introduisant la publicité, cela reste insuffisant pour en faire une véritable garantie contre les abus des juridictions. Il pense que « *tout ce qu'il y a de bon dans la pluralité des juges n'est qu'un moyen indirect, accompagné de graves inconvénients, pour obtenir en partie ce qu'on obtient pleinement et directement par une procédure franche, loyale et publique* »¹⁸⁰. D'après notre auteur, le seul moyen d'obtenir tous ces avantages est le système du juge unique¹⁸¹.

B. La précellence du juge unique

« *Combien faut-il de juges dans une cour de justice ? Dans le système d'une entière publicité, un seul suffit : voilà ma réponse ; mais je vais plus loin, un seul est toujours préférable à plusieurs* »¹⁸².

¹⁷⁸ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, Du nombre des juges dans chaque tribunal, in *De l'organisation judiciaire et de la codification précitée*, chap. X, p. 18.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ *Ibid.*, pp. 14-19.

¹⁸² *Ibid.*, p. 14.

Pour le réformateur utilitariste, afin de remédier aux inconvénients du système de pluralité des juges dans les tribunaux anglais, il faut lui substituer le système du juge unique.

« *L'unité en judicature est favorable à toutes les qualités essentielles dans un juge : la pluralité leur est défavorable à proportion de ce qu'elle s'éloigne de l'utilité* »¹⁸³.

Dans son plaidoyer en faveur de ce modèle, il s'appuie sur l'impératif de publicité auquel notre auteur accorde une importance capitale dans sa théorie de droit en général. Jeremy Bentham fait de la publicité la clé de voûte de toute sa théorie de législation. C'est à elle, ainsi que le souligne Philippe Gérard, qu'il attribue notamment le rôle de garant « *de la probité des juges* »¹⁸⁴. En effet, dans sa réponse à la question de savoir combien de juges il faut avoir dans un tribunal dans un système « *d'entière publicité* »¹⁸⁵, Bentham répond qu'un seul suffit. Il voit en elle comme « *l'âme de la justice* » conformément aux exigences du principe de l'utilité¹⁸⁶. Il entend par publicité le fait de permettre au public de déterminer avec précision qui a pris la décision. D'une manière générale, il estime qu'en matière judiciaire comme en matière d'administration, la publicité est impérative. Ainsi il fait de la publicité un principe quasi absolu dans tous les domaines de la science sociale. Sur ce point, notre auteur ne fait pas de distinction entre les deux domaines de la justice et de l'administration. Toutefois, s'il considère que l'action administrative peut

¹⁸³ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, Du nombre des juges dans chaque tribunal, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, chap. X, pp. 14-15.

¹⁸⁴ Philippe GERARD, Droit et pouvoir dans la pensée juridique de J. Bentham, in *L'Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 154 : « *Si la justice poursuit les objectifs qui lui sont assignés, elle n'a rien à craindre du tribunal de l'opinion publique qui fera briller, dans tout son éclat, la lumière de la publicité sur les actes des juges* ».

¹⁸⁵ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Constitutional Code* précité, vol. I, 1848, Londres, pp. 162-163. Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, *Traité des preuves judiciaires* précité, p. 237. Ainsi, conformément à l'objectif assigné à la justice dans un système de législation utilitariste, la justice ne peut craindre l'opinion publique. C'est à cette dernière, c'est-à-dire l'opinion publique que, d'après notre auteur, les juges doivent rendre des comptes. Voir également sur le même thème, Philippe GERARD, *op. cit.*, pp. 154-158.

¹⁸⁶ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Constitutional Code* précité, pp. 535 et s. Voir également Philippe GERARD, *op. cit.*, p.155.

légitimer quelques exceptions au principe de publicité, il n'en demeure pas moins qu'il ne souffre d'aucune exception concernant la justice.

D'après le réformateur anglais, la publicité de la justice ainsi entendue ne peut être réalisée que dans le système du juge unique. En effet, contrairement au modèle de pluralité des juges dans lequel la publicité n'est que partielle, dans le système du juge unique, elle est entière¹⁸⁷. De ce fait, grâce à elle, la responsabilité juridique¹⁸⁸ du juge est engagée directement devant le tribunal de l'opinion publique¹⁸⁹.

*« La probité d'un juge dépend de sa responsabilité soit au tribunal de l'opinion publique, soit à celui des lois. Or, cette responsabilité ne pèse tout entière que sur un juge unique : seul en présence du public, il n'a d'autre appui que l'intégrité de ses jugements, d'autre défense que l'estime générale »*¹⁹⁰.

Elie Halévy explicite la pensée de Jeremy Bentham en ces termes : *« A siéger seul, le juge gagne en probité, en activité professionnelle, en intelligence, dans la mesure où l'effort et l'exercice développent nos facultés, où le système a pour résultat d'augmenter la responsabilité individuelle »*¹⁹¹.

Il s'agit de l'un des éléments de la réforme benthamienne qui traduit le mieux le désir de rompre avec l'organisation judiciaire traditionnelle, seule en mesure de remédier à l'inaccessibilité de la justice ainsi que le souligne le philosophe de l'utilité. Selon Philippe Gérard, l'élément qui traduit le plus la volonté de rupture de Jeremy Bentham avec la tradition juridique anglaise, particulièrement en matière de procédure et qui se rattache le mieux à la théorie du système domestique est celui du juge unique, conçu à

¹⁸⁷ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 14.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 15.

¹⁸⁹ Philippe GERARD, *op. cit.*, pp. 154-155. Bentham va plus loin encore. Ne se contentant pas des recommandations purement juridiques, il se met aussi à suggérer des recommandations d'ordre architecturale comme celle l'élargissement des salles d'audiences afin qu'elles soient *« suffisamment vastes et confortables pour permettre au public de suivre correctement les débats »*.

¹⁹⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 15.

¹⁹¹ Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 108.

l'image d'un père de famille. D'après cet auteur, « *ce modèle qu'il (Bentham) qualifie de « naturel » par opposition au système technique, est celui d'une procédure simple, rapide, dépourvue de subtilités et de fictions, empêchant la chicane et la fraude. Selon Bentham, ce modèle est celui de la justice d'un père de famille réglant les contestations qui peuvent opposer les siens* »¹⁹².

Au final, le réformateur anglais estime que le système de pluralité des juges, en vigueur en Angleterre ainsi que sur tout le territoire des colonies anglaises, voire dans tous les pays de l'Europe à la fin du XVIIIème siècle et le début du XIXème siècle, est une conséquence d'un mode d'organisation judiciaire qu'il appelle « *système fictif* » ou « *système technique* »¹⁹³.

« *La différence entre le plan naturel et le plan technique sera mieux saisie, en mettant en parallèle les points principaux de l'une et de l'autre de ces deux procédures* »¹⁹⁴.

A partir de cette distinction entre les deux systèmes, le réformateur utilitariste en déduit que le système du juge unique est le plus à même d'assurer la droiture¹⁹⁵, ainsi que la célérité dans les décisions judiciaires et l'économie¹⁹⁶.

Dans son plaidoyer, Jeremy Bentham explique que le refus de mettre en œuvre en Angleterre le principe de l'unité de juge ne se justifie que par la persistance d'un préjugé défendu par les libéraux traditionnels¹⁹⁷, notamment Montesquieu. C'est à ce dernier que le père de la doctrine

¹⁹² Voir les observations d'Etienne Dumont, in Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, notice n°1, p. 74. Philippe GERARD, *op. cit.*, p. 146. Egalement G. TUSSEAU, *Jeremy Bentham, La guerre des mots* précité, pp. 133 et s.

¹⁹³ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, pp. 74-76. Elie HALEVY, *op. cit.*, p. 106: « (...), le système de la pluralité des juges, c'est encore le système de la complication technique, par opposition au système inverse qui est évidemment un système de simplification ».

¹⁹⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, pp. 74-75.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 1. Selon Bentham la droiture dans les décisions judiciaires est le but principal auquel devrait tendre la justice par « *l'exact accomplissement (par les juges) des promesses de la loi envers chaque individu* »

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 17.

¹⁹⁷ *Ibid.*,

utilitariste impute la responsabilité du maintien de système de pluralité des juges. Il lui reproche particulièrement de s'être attaqué au modèle du juge unique : « *La force de l'argument contre la justice sommaire et de l'unité de juge gît tout entière dans une épigramme de Montesquieu. Le juge unique est un cadi ou un bacha. Justice sommaire c'est justice turque. Le cadi juge au premier mot, ordonne la bastonnade pour les deux parties, et l'affaire est terminée* »¹⁹⁸. Montesquieu condamne le système de juge unique en considérant qu'« *un tel magistrat ne peut avoir lieu que dans un régime despotique* »¹⁹⁹. C'est dans sa réponse aux détracteurs du juge unique en particulier et de la justice sommaire plus généralement que le réformateur utilitariste en explique le mieux les avantages. Selon lui, Montesquieu se trompe lorsqu'il compare la justice sommaire que notre auteur propose avec le modèle judiciaire turc. Le réformateur radical anglais dénonce les arguments du défenseur du système judiciaire anglais comme des faux-fuyants. Assurément, dans sa description d'un modèle de justice expéditive et arbitraire, Montesquieu confond volontairement juge unique et cadi, justice sommaire et justice turque. Pour lui, cette comparaison est infondée. Il considère qu'en aucune manière, le juge unique ne peut être comparé au magistrat turc. A ce titre, il écrit : « *En Turquie, point de loi écrite ; car, dans les mille pages du Koran, il n'y en a pas dix sur la loi ; et ces dix auraient pu tout aussi bien n'y pas être. En Turquie, point de public, point d'imprimerie, point d'assemblée nationale, point de corps municipaux, point d'élection populaire. Dans la justice turque, point de minutes de procédures, point d'appel, point de moyens de transférer la cause d'un tribunal suspect de partialité à un autre qui ne l'est pas* »²⁰⁰. Comparaison n'est pas raison. Ainsi, il conclue : « *Si, après cela, on veut voir dans mon*

¹⁹⁸ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 19. Voir également Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 107 : « *Or sur ce point encore, Bentham attaque consciemment un préjugé cher au libéralisme traditionnel, préjugé dont Montesquieu s'est fait le théoricien* ».

¹⁹⁹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, livre VI, chapitre VII, *Du juge unique*, éd. Garnier, p. 208.

²⁰⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 19. Renvoyant à Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre VI, chapitres II et VII.

*juge unique un bacha turque, c'est un parti pris contre l'évidence, et les raisons n'y feraient rien »*²⁰¹.

En définitive, dans sa réponse aux critiques de Montesquieu à l'encontre du juge unique²⁰², Jeremy Bentham estime qu'il ne s'agit que d'un préjugé étant donné que, selon notre auteur, il n'y a aucune comparaison à faire entre son juge unique et le cadi²⁰³. En effet, dans la théorie benthamienne de la législation, le juge ne statue que conformément à la loi : un acte exprimant la volonté du législateur, écrit, accessible et porté à la connaissance de tous²⁰⁴, ce qui n'est pas le cas du juge dans le système judiciaire turc.

En outre le philosophe de l'utilité pense que la mise en œuvre du modèle du juge unique va contribuer considérablement à remédier à l'inaccessibilité de la justice grâce à la réduction des coûts et la durée des procès devant les tribunaux et, par voie de conséquence, à l'accessibilité de la procédure judiciaire. Dans le système du juge unique, grâce à l'admission de tous les moyens de preuve²⁰⁵ et la faculté de toutes les parties au litige de témoigner devant le juge²⁰⁶, le coût du procès sera réduit le plus possible²⁰⁷, ce qui ne pourra pas être réalisable dans un système de pluralité des juges. Par le fait, même si on y admet tous les moyens de preuve, l'objectif de célérité ne sera pas atteint ni, par là, celui de l'accessibilité au droit.

« Plus il y aura de juges qui prendront part dans une affaire, plus il y aura de délais et de délais inutiles. Chaque opinion produit des arguments, chaque question se partage et se multiplie. Si les membres d'un tribunal sont dans l'habitude d'être unanimes, ils se feront un point d'honneur de ne

²⁰¹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 19.

²⁰² *Ibid.* Les trois premiers paragraphes du livre VI du chapitre II y sont consacrés.

²⁰³ *Ibid.*, p. 19. Voir également Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 107: « Bentham déclare l'assertion (de Montesquieu selon laquelle « un tel magistrat ne peut avoir lieu que dans un Etat despotique ») erronée; tout ce que l'on peut dire, c'est que peut être le système du magistrat unique devient une institution despotique sous un régime despotique ».

²⁰⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 19.

²⁰⁵ *Cf. infra*, pp. 95-102.

²⁰⁶ *Cf. infra*, pp. 93-95.

²⁰⁷ Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 135.

*pas s'en départir, de peur d'affaiblir dans le peuple l'idée de leur infaillibilité »*²⁰⁸.

Jeremy Bentham le répète souvent, tous les vices de ce système de procédure sont liés entre eux. Partant, en diminuer un d'entre eux réduira inéluctablement les autres.

*« Les inconvénients de la procédure sont connus sous le nom de délais, de frais, de vexations ou d'entraves. Ils sont quelquefois distincts, mais le plus souvent ils naissent les uns des autres ; en diminuer un, c'est les diminuer tous : abréger les délais, par exemple, c'est épargner aux parties des frais et des vexations »*²⁰⁹.

Jeremy Bentham conditionne les avantages du modèle du juge unique à la mise en œuvre d'un système de publicité la plus totale, seule garante de la probité des juges. Avec une justice entièrement ouverte au public, un juge unique suffit dans les cours et tribunaux²¹⁰.

Mais, dans la théorie benthamienne de législation, ce premier amendement ne suffit pas pour atteindre son objectif d'accessibilité. Il exige que la mesure portant sur l'instauration d'un juge unique soit complétée par une autre réforme, également radicale : la disparition de la spécialisation des juridictions. Car, comme pour le système de pluralité des juges, un tel système ne peut que *« multiplier les frais, occasionner des lenteurs »*, rend les affaires plus complexes, *« sans qu'il en puisse résulter aucun avantage pour la bonté des décisions »*²¹¹.

²⁰⁸ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 17.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 15.

²¹⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 19.

²¹¹ *Ibid.*

§2. La spécialisation des juridictions

Contrairement à l'opinion communément partagée à la fin du XVIII^e siècle en Europe occidentale qui fait du système judiciaire anglais un modèle à suivre²¹², Jeremy Bentham pense que l'organisation judiciaire anglaise est par sa complexité « *le berceau de la fraude* »²¹³.

Dans son réquisitoire contre l'organisation judiciaire anglaise, il fait du principe de spécialisation des juridictions sur lequel elle est fondée sa principale cible dans la mesure où c'est elle qui illustre le mieux, d'après notre auteur, la complexité, donc l'inaccessibilité de système judiciaire en vigueur. Pour lui, c'est le système de spécialisation des tribunaux qui constitue le véritable obstacle à l'accès des citoyens à la justice en Angleterre. C'est cette fragmentation des tribunaux, explique encore Jeremy Bentham, qui interdit aux citoyens d'exercer un contrôle efficace sur les tribunaux²¹⁴. D'après le philosophe de l'utilité, ce système fait perdre au tribunal de son autorité et de sa grandeur, ce qui se répercute négativement sur l'opinion publique : il pousse les citoyens encore plus à se désintéresser de la justice, donc à moins surveiller les tribunaux. Revenant sur ce point une nouvelle fois, le philosophe de l'utilité écrit : « *Tous ces tribunaux hétérogènes, armés de quelque fragment de juridiction, partagent l'attention publique et coupent, pour ainsi dire, en portion trop petites pour être imposantes, cette classe de la nation qui peut surveiller l'administration de la justice. Réunissez ces divers foyers en un seul, il formera un centre d'intérêt qui attirera toujours un nombre suffisant de spectateurs et d'affidés : le tribunal, tirant sa grandeur de sa simplicité,*

²¹² Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, pp. 19 et s. Voir Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 79 : « *C'est un lieu commun du parti libéral que les institutions simples conviennent aux Etats despotiques et les institutions complexes aux Etats libres* ».

²¹³ Elie HALEVY, *ibid.*, p. 79 et s. Voir également sur ce point les lettres de CARTWRIGHT, *ibid.*, notice n° 5, p. 283.

²¹⁴ Voir sur les différents types de juridictions en Angleterre : René DAVID et Camille JAUFFRAT-SPINOSI, *op. cit.*, pp. 272 et s.

*sera le point saillant, l'objet de marque sur lequel tous les regards iront se porter »*²¹⁵.

C'est dire que la spécialisation des juridictions a pour conséquence une forme de déliquescence judiciaire, car elle provoque une dissociation au sein même des juridictions²¹⁶ (A). Pour y porter remède et assurer le plus grand bonheur pour le plus grand nombre, il lui paraît n'y avoir d'autre ressource que l'institution d'un système juridictionnel sur le mode « *domestique* » dont il vante la précellence (B).

A. Une justice éloignée des justiciables

*« On se tromperait toutefois si, en partant de l'idée que les Anglais furent assez heureux pour établir les vrais principes de l'organisation judiciaire, on s'empressait d'en conclure que tout fut bien chez eux. Ils ont dû payer leur tribut aux préjugés du temps et à la pédanterie des gens du métier ; ils ont eu à gémir plus d'une fois des efforts du pouvoir pour ressaisir le libre maniement de la justice criminelle »*²¹⁷.

Dans ses *Observations sur le Traité des preuves judiciaires anglaises*²¹⁸, Pellegrino Rossi, professeur de droit à Genève puis à Paris, souligne, dès 1832, le fossé qui sépare d'une part la réputation qu'avait le système judiciaire anglais en général et l'organisation judiciaire en particulier à l'extérieur, notamment en Europe occidentale à la fin du XVIIIème siècle et au début du XIXème siècle et d'autre part le climat de méfiance et de rejet de ce système à l'intérieur par les citoyens britanniques.

²¹⁵ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, pp. pp. 7-8.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *Observations sur les traités des preuves judiciaires*, par M. Rossi, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 121.

²¹⁸ Ce traité aurait été publié par son biographe suisse, Etienne Dumont, en 1823.

En vérité, Pellegrino Rossi ne fait que reprendre à son compte les critiques déjà développées par Jeremy Bentham. L'organisation judiciaire anglaise de la fin du XVIII^{ème} siècle est fondée sur des principes très complexes²¹⁹ et obscurs, selon les observateurs de l'époque, qui la rendent inaccessible aux citoyens. Dans son réquisitoire contre l'organisation des tribunaux en Angleterre, le réformateur utilitariste démontre que, par le jeu de ses critères de distinction des juridictions, l'organisation des tribunaux a pour effet de porter atteinte au principe de l'égalité judiciaire, un principe majeur dans la théorie benthamienne de législation.

L'une des raisons de cette complexité est la mise en œuvre de deux critères de distinction entre les tribunaux. L'un touche à la compétence (1^o), l'autre au taux de compétence (2^o).

1^o. L'obstacle des règles de compétence

L'organisation judiciaire anglaise de la fin du XVIII^{ème} siècle et le début du XIX^{ème} siècle peut être divisée en deux catégories : les « *cours de justice du royaume* » et les « *cours de justice particulières* »²²⁰. Les premières sont des juridictions publiques et générales, s'étendant sur tout le territoire du royaume d'Angleterre, alors que les secondes sont des juridictions spéciales, limitées territorialement. Au surplus, à l'intérieur de chaque catégorie, les cours sont divisées et hiérarchisées²²¹. Mais surtout Jeremy Bentham ne manque pas de dénoncer la distinction entre cours d'équité et cours de *common law*, la *summa divisio* des juridictions

²¹⁹ René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, pp. 272-281.

²²⁰ Ernest GLASSON, *op. cit.*, pp. 496 et s.

²²¹ *Ibid.*, pp. 496-498 : « Les premières (les juridictions publiques) sont elles-mêmes de quatre sortes : les cours de la loi commune et les cours d'équité, les cours ecclésiastiques, les cours militaires, les cours maritimes. Au bas de la hiérarchie des cours de la loi commune et d'équité, il faut placer les cours du pied poudré, juridiction de record particulière à chaque foire ou marché, donnée au receveur pour juger très rapidement toutes les difficultés relatives au commerce, qui peuvent naître dans la foire ou dans le marché ».

anglaises. Cette division est la résultante d'une longue évolution depuis l'époque de la conquête normande de l'Angleterre et qui perdure encore au temps du fondateur de la doctrine utilitariste.

Outre cette division fondamentale du système judiciaire et juridique anglais, il censure l'absence de procédure commune²²² qui persistera jusqu'aux *Judicature Acts* de 1873-1875²²³. C'est pour lui une nouvelle illustration –s'il en était besoin– de l'absence de toute logique dans cette organisation des cours et tribunaux.

Effectivement, au sommet de la hiérarchie judiciaire anglaise, on retrouve la Cour du Banc du Roi, qui est à la fois une cour d'appel²²⁴ et une cour à compétence élargie en matière civile dont la plus importante est de maintenir les juridictions inférieures dans la limite de leurs compétences²²⁵. En aucune façon, elle ne constitue pas une cour suprême²²⁶.

En tant que juridiction de second degré, la Cour du Banc du roi est une juridiction d'appel compétente pour traiter des *writs* d'erreur, des décisions de la Cour des Plaids communs ainsi que « *de toutes les décisions des cours inférieures de record de l'Angleterre* »²²⁷.

La deuxième haute juridiction est la cour des Plaids communs. Elle est compétente pour toutes les affaires relatives à la propriété privée. Il s'agit d'une juridiction de records dont la compétence exclusivement pour les

²²² Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 106 : « Mais les cours de Westminster n'ont pas la même procédure : si, avec le temps la cour du Banc du Roi, la cour de l'Echiquier et la cour des Plaids communs ont empiété l'une sur les attributions de l'autre, c'est seulement une preuve de plus de l'impossibilité d'appliquer avec rigueur et fixité le principe logique de division des juridictions. Elles n'ont pu d'ailleurs tendre à cette confusion des juridictions que par une série de fictions juridiques, intelligibles seulement pour des juges et des avocats ».

²²³ Henri LEVY-ULLMANN, *Le système juridique de l'Angleterre*, REIMPR. L.G.D.J. Diffuseur, Ed Panthéon-Assas, Paris, 1999, p.431 : « l'Equité anglaise pouvait être définie : un corps de règles juridiques ayant eu pour origine première, non la coutume ou la loi écrite, mais les données impératives de la conscience, règles exceptionnellement dégagées et développées par certaines Cours de justice, principalement par celle de la Chancellerie ».

²²⁴ Ernest GLASSON, *op. cit.*, p. 500.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ *Ibid.*, p. 501 : « il était permis d'attaquer par writ d'erreur ses décisions devant la Chambre des Lords ou devant la cour de la Chambre de l'Echiquier, suivant la nature de l'affaire ».

²²⁷ *Ibid.*, p. 500.

actions réelles relatives aux *francs tènements* (*freeholds*)²²⁸, c'est-à-dire la possession du terrain par un homme libre. Elle est également compétente pour connaître des affaires de personnes, une compétence qu'elle partage avec la cour du Banc du roi. Elle est composée de quatre membres. Elle peut statuer en appel des décisions des juridictions inférieures, mais ces décisions sont susceptibles d'appel devant la Cour du Banc du roi par le moyen d'un « *writ d'erreur* »²²⁹. De ce fait, cette cour, tout en étant une juridiction supérieure dans l'organisation judiciaire anglaise, constitue dans les faits une juridiction inférieure, car subordonnée à la Cour du Banc du roi.

La troisième et dernière haute juridiction est la Cour de l'Echiquier. Elle se divise en une cour d'équité et une cour de *common law*. La première (la cour de l'équité) est tenue dans la Chambre de l'Echiquier par le Lord trésorier, le Chancelier de l'Echiquier, le *chief baron* et trois juges puînés²³⁰. Les appels des jugements de la Cour de l'Echiquier statuant en équité sont du ressort direct de la Chambre des Lords. Pour les jugements qu'elle rend lorsqu'elle statue comme cour de *common law*, ils seront, depuis le règne d'Edouard III (1327-1377), susceptibles d'appel par un *writ d'erreur* devant la cour de la Chambre de l'Echiquier²³¹.

D'autres cours supérieures existent comme la Haute cour de chancellerie, qui a une compétence spéciale et exclusive dans certaines affaires en rapport avec l'administration de la justice et les prêts d'argent²³² notamment, ce qui ajoute à la complexité de l'organisation judiciaire anglaise.

²²⁸ François Isidore ALAUZET, *Histoire de la possession et des actions possessoires en droit français, précédée d'une introduction sur le droit de propriété*, Librairie générale de jurisprudence de Cosse, Paris, 1849, p. 75 : « (...) La loi anglaise appelle *freehold* ou *franc tènement* la possession de terre. Aussi, largement parlant, on ne doit appeler *francs tènements* que les propriétés seules pour lesquelles est requise la possession actuelle et effective de la terre, laquelle possession effective ne peut être donnée d'après la loi commune, que par la forme qu'on appelle *délivrance de la saisine*, qui est la même chose que l'*investiture féodale* ».

²²⁹ Ernest GLASSON, *op. cit.*, p. 499.

²³⁰ *Ibid.*, pp. 501-502.

²³¹ *Ibid.*

²³² *Ibid.*, p. 506.

A ces cours royales on peut également ajouter des cours spéciales²³³ dont l'étendue des compétences varie selon leurs implantations sur le territoire de l'Angleterre, telle que les juridictions du *pied poudre*²³⁴ (*ancêtre des tribunaux de commerce*), les cours de comté, les cours barons, la Cour de l'Amirauté, etc.)²³⁵.

C'est sur ces cours spéciales que notre auteur concentre toute sa critique de l'organisation judiciaire anglaise de son époque. Il considère que cette division des tribunaux n'est basée sur aucun principe logique. Il veut y voir une survivance des temps féodaux, une période qu'il qualifie d'époque « *de guerre de tous contre tous* »²³⁶ en faisant référence à l'état de nature tel qu'il est décrit par Hobbes dans son *Léviathan*. C'est en faisant appel à l'histoire que Jeremy Bentham compte démontrer l'absurdité du système de division des tribunaux.

« *Durant cette guerre de tous contre tous, pendant que les barons se battaient pour le territoire, les hommes de lois se disputaient pour la juridiction : ceux du roi ôtaient tout ce qu'il pouvait à ceux du baron ; ceux du baron retenaient tout ce qu'ils pouvaient sauver et ces différents lambeaux de pouvoir formaient autant de cours séparées. Le prêtre se jetait au milieu d'eux et revendiquait un grand nombre de causes comme spirituelles et hors domaine des laïques. Les rois, dans leur indigence, vendaient le monopole de telle ou telle branche de juridiction ; le fisc se fit donner le droit de juger ses contribuables* »²³⁷. Une telle division des tribunaux née du système féodal débouchait sur une extrême spécialisation des tribunaux qui est, par sa complexité, très préjudiciable pour les citoyens. Assurément, elle est d'autant plus dommageable à la sûreté qu'il n'y a pas d'instrument susceptible d'uniformiser le droit en Angleterre comme une cour supérieure unique, compétente pour traiter de tous les litiges et sur toute l'étendue du territoire du royaume. Il y manque l'équivalent du Tribunal de cassation institué par la loi des 27 novembre- 1^{er} décembre 1790

²³³ Ernest GLASSON, *op. cit.*, pp. 508 et s.

²³⁴ *Ibid.*, pp. 496-497.

²³⁵ Voir sur tous ces points, *ibid.*, pp. 197 et s.

²³⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, chapitre V, p. 9.

²³⁷ *Ibid.*

en France. La Constituante avait entendu faire de cette juridiction le « *gardien suprême de la loi* » (Merlin de Douai)²³⁸. Sa mission était de veiller à l'application uniforme de la loi par tous les tribunaux²³⁹.

Du fait de son histoire propre, l'Angleterre, quant à elle, ne possède pas l'équivalent de la Cour de cassation française, comme insiste Ernest Glasson²⁴⁰. Pour autant Jeremy Bentham ne donnait pas un *satisfecit* à la France. En réalité, la création de la juridiction de cassation n'y a pas pour autant mis fin à la spécialisation des juridictions. En effet, l'organisation judiciaire née de Révolution établit une distinction fondamentale entre la justice civile et la justice pénale²⁴¹. C'était pour Jeremy Bentham un objet de critique²⁴².

Toujours en puisant dans l'histoire de l'organisation judiciaire anglaise, notre auteur ajoute que c'est d'après ce critère qu'on a pris « *toute la matière contentieuse, on l'a partagé entre plusieurs cours de justice à chacune desquelles on a fait son lot séparé : l'une doit s'occuper des causes civiles, l'autre des causes criminelles, une troisième des causes correctionnelles* »²⁴³. C'est ainsi, fait remarquer encore notre auteur, que les cours de justice spéciales ont vu le jour : tribunaux de commerce, de famille, de police, de mœurs, etc.²⁴⁴.

Pour le réformateur utilitariste, cette organisation judiciaire porte une atteinte très importante à la « *droiture* » des décisions judiciaires dont il ne manque pas de « *re* » donner la définition.

²³⁸ Gérard SAUTEL et Jean-Louis HAROUEL, *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française*, éd. Dalloz, 8^{ème} édition, Paris, 1997, p. 133. Plus généralement voir sur ce point : J.-L. HALPERIN, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, 1987.

²³⁹ Gérard SAUTEL et Jean-Louis HAROUEL, *ibid.*, p. 133 : « Elle devait en surveiller et en sanctionner l'application correcte, (...) ».

²⁴⁰ Ernest GLASSON, *op. cit.*, pp. 416-417 : « Chez nous (en France), il existe qu'une juridiction s'appliquant à tous et dans toute l'étendue de la France ; c'est celle de la Cour de cassation. En Angleterre, au contraire, les cours composant les juridictions supérieures sont compétentes pour toute l'Angleterre (Ecosse et Irlande ont une organisation spéciale) et elles ont tantôt une juridiction générale, tantôt une juridiction spéciale, suivant qu'elles connaissent de tous les procès ou seulement de certaines affaires ».

²⁴¹ Gérard SAUTEL et Jean-Louis HAROUEL, *op. cit.*, p. 132.

²⁴² Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 105.

²⁴³ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 7. Rapp. Elie HALEVY, *ibid.*, p. 106.

²⁴⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, pp. 6-7.

« Ce que j'entends par la droiture dans les décisions, c'est leur conformité à la loi »²⁴⁵.

Selon Bentham, la spécialisation excessive des juridictions conjuguée à la diversité des procédures empêche nécessairement l'unité de la jurisprudence, la non-conformité à la loi procédant des divergences de solutions. Il en découle naturellement une autre conséquence préjudiciable : l'insécurité juridique.

Quitte à construire un système fondé sur un « principe logique »²⁴⁶ plutôt qu'une division par ressorts territoriaux (comme l'impliquerait une logique utilitariste), il faudrait que dans l'organisation des juridictions, les différents tribunaux soient tous compétents en toutes matières et suivent la même procédure. Selon Jeremy Bentham, un tel système est impossible à mettre en œuvre en pratique dans le contexte anglais. Il supposerait une révolution radicale du système judiciaire anglais. Il la juge d'autant plus impossible qu'elle se heurterait à l'irréductible résistance que les juges s'acharneraient à opposer. A dire vrai, le fonds de la pensée de notre auteur est que la seule justification de cette division des tribunaux est l'intérêt des « *juges et compagnie* » et non pas celui de la justice : « *So much for reason ; now for practice. Where, by the interest of justice, multiplicity was requied, the interest of judge and C^o established, as has been seen, the unity : where, by the interests of justice, unity was and is requied, the opposite interest of judicature, that is to say, that same sinister interest will now be seen establishing multiplicity* »²⁴⁷.

En vain, les défenseurs du système répliquent que sa justification se trouve dans son origine immémoriale. Jeremy Bentham regarde l'argument

²⁴⁵ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, *Traité des preuves judiciaire* précité, p. 246.

²⁴⁶ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Constitutional Code* précité, Book II, chap. XII, sect. VI (Bowring, vol. IX, 473), extrait traduit par E. HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, note n° 62, p. 295 : « *La juridiction a deux domaines – le local et le logique : le local ou, si l'on préfère, le territorial, se divise en deux régions ; le logique se divise en deux espèces de cas* ».

²⁴⁷ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Constitutional Code* précité, Book II, chap. XII, sect. VI, *op. cit.*, p. 473, traduction par E. Halévy, *ibid.*, pp. 294-295 : « *Passons désormais à la pratique. Là où la multiplicité était requise par les intérêts de la justice, les intérêts des juges et compagnie fondaient l'unité : là où l'unité était et est requise par les intérêts de la justice, on verra l'intérêt opposé de la judicature, c'est-à-dire de l'intérêt suspect, fonder la multiplicité* ».

de l'antiquité comme un sophisme²⁴⁸. Dans son *Traité de sophisme politique*, il y voit un « culte des ancêtres » ou une preuve « dans le mode chinois » sans aucune pertinence en matière de législation²⁴⁹.

De ce constat, il en déduit que l'histoire a triomphé sur la raison et la complexité sur la simplicité. Dans la théorie benthamienne de législation, la science juridique en Angleterre ne suit pas l'évolution que connaît les autres sciences : « Dans les autres sciences, on va toujours en simplifiant les procédés de ses prédécesseurs ; dans la jurisprudence, on va toujours en les compliquant davantage »²⁵⁰.

Certes les défenseurs de la spécialisation des juridictions s'efforcent de la justifier par le souci de garantir les individus contre l'arbitraire du pouvoir judiciaire. Elie Halévy explique qu'il s'agit d'une contrainte légale, c'est-à-dire imposée par le législateur anglais, dont l'origine historique, à l'instar de la faculté pour le juge anglais d'exclure certaines preuves²⁵¹, comme le ouï-dire, *hearsay*, ou quelques témoignages, est la nécessité de garantir les parties contre « le pouvoir dont les juges pourraient abuser »²⁵². Cependant, objecte Bentham, cela ne constitue guère une garantie efficace contre leurs abus. Effectivement, comme pour le droit romain, le droit anglais, œuvre essentiellement judiciaire, accorde au juge le pouvoir d'apprécier les preuves présentées lors d'un procès *ex sententia animi sui*, c'est-à-dire selon sa conscience et non selon des règles préétablies.

Au contraire, en excluant, par exemple, les témoignages qualifiés de superflus, ou manquant de pertinence, tel que le témoignage des femmes, ou des minorités religieuses, ne fait que renforcer le pouvoir des *lawyers*, notamment les juges, au détriment de celui des justiciables : « Mais dès que vous voulez écarter les témoignages non pertinents et les témoignages

²⁴⁸ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Traité des sophismes politiques* précité, chap. II, pp. 484 et s.

²⁴⁹ *Ibid.*, pp. 484-486.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 248.

²⁵¹ Cf. *infra*, sect. 2, § 1, B, pp. 87 et s.

²⁵² Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 92.

superflus, vous donnez au juge un pouvoir sujet à de grands abus »²⁵³. Pour Jeremy Bentham, cela produit l'effet inverse « *car celui qui peut décider des questions de cette nature est maître de la cause* »²⁵⁴.

Au final, les arguments utilisés par les défenseurs de l'organisation des tribunaux anglais du temps de Jeremy Bentham en faveur du système technique de spécialisation des juridictions ne sont que de « *simples prétextes* »²⁵⁵. Car, « *historiquement, que les règles d'exclusion [entendre les règles de répartition des compétences] soient une contrainte imposée par les législateurs aux juges et cela pour la raison très simple qu'elles ne sont pas l'œuvre du législateur, mais du juge : leur origine n'est pas statutaire, mais jurisprudentiel* »²⁵⁶. Dans les faits, ajoute encore Elie Halévy, dans un tel système, les juges décident arbitrairement « *du vrai et du faux comme du juste et de l'injuste* »²⁵⁷.

De plus, d'après Jeremy Bentham, la multitude des divisions des juridictions va donner naissance à un autre problème, celui des conflits des juridictions²⁵⁸. Celui-ci engendre une incertitude totale dans plusieurs cas sur le tribunal compétent. A ce titre, il déclare « *Que les plaideurs seraient heureux, s'il n'y avait qu'une cour de justice, si on pouvait dire le tribunal, comme on dit le château ! L'église ! Le plus simple rustique ne pourrait s'y tromper* »²⁵⁹. C'est l'occasion pour lui de revenir sur un thème qui lui est très cher. La seule raison de la création des juridictions d'exception, source de complexité, c'est de favoriser l'intérêt de la caste des *lawyers* au détriment de l'intérêt du plus grand nombre.

« *Mais dès que vous créez des tribunaux spéciaux, vous créez une science nouvelle ; dès que vous placez un labyrinthe sur la route de la*

²⁵³ Voir les observations d'Etienne Dumont, in Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, De l'exclusion des preuves, in *Théorie des peines et des récompenses* précité, Livre VII, chap. III, p. 380.

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, pp. 92-93.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 92.

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ Rapp. *Observations sur le Nakaz*, in *Œuvres de Diderot* par Laurent BERSINI, tome III, Politique, Robert Laffont, 1995, p. 531.

²⁵⁹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 7.

*justice, il faut un expert pour diriger ceux qui en ignorent les détours et à chaque pas, le ministère d'un homme de loi devient nécessaire »*²⁶⁰.

La division des tribunaux ne peut que contribuer à l'incertitude du droit : « *Que de frais, que d'embarras, que d'incertitude avant même de parvenir au juge lui-même !* »²⁶¹.

Le réquisitoire du philosophe de l'utilité contre le principe de spécialisation des juridictions sera complété par la dénonciation d'un autre défaut qui n'est pas des moindres. En effet, un nouvel argument est mis en avant par Jeremy Bentham : la compétence des tribunaux. Les règles de compétence sont si obscures qu'elles pourraient apparaître comme presque secrètes, tant elles sont inconnues des justiciables. *Mutatis mutandis*, la situation du justiciable anglais n'est pas loin d'être comparable à celle du citoyen romain avant la rédaction de la Loi des XII Tables. En tout cas, de la sorte, elles sont une source d'affaiblissement de la publicité et, par voie de conséquence, elle diminue la capacité de surveillance des tribunaux par le public.

Pourtant, le rejet du principe de la division des tribunaux dans la théorie benthamienne de législation n'est pas absolu. Ainsi notre auteur admet l'existence de quelques juridictions spéciales, des juridictions d'exception nécessaires même dans une organisation judiciaire utilitariste. Elles sont au nombre de quatre : « - *les cours martiales, - les juridictions dans les vaisseaux marchands, - une cour de discipline ecclésiastique, - un pouvoir judiciaire dans les assemblées législatives* »²⁶². Toutes ces exceptions sont justifiées, selon lui, par la nécessité, c'est-à-dire le caractère particulier de ces quatre matières.

En réalité, le critère de compétence n'est pas le seul défaut de l'organisation judiciaire anglaise selon le réformateur anglais. Dans son plaidoyer en faveur de la réforme de l'organisation judiciaire anglaise, il met l'accent sur un deuxième critère sur lequel, selon lui, est fondée

²⁶⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 7.

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² *Ibid.*

l'organisation judiciaire en Angleterre : le taux de compétence dans la division des tribunaux.

2°. L'exclusion de justiciables par le taux de compétence

« Plaidez-vous pour dix écus, vous irez devant un tel tribunal ; plaidez-vous pour cinquante écus, vous irez devant un autre »²⁶³.

En effet, un des principes fondamentaux de l'organisation des tribunaux en Angleterre à la fin du XVIIIème siècle est celui du montant de la cause, c'est-à-dire de la valeur pécuniaire du litige. C'est un critère exclusivement économique²⁶⁴ faisant abstraction de toute autre considération. Pour le détracteur du système judiciaire anglais, c'est l'une des sources principales de la fracture entre les justiciables et la justice. Plus gravement encore, le taux de compétence conditionne l'accès même à la justice. En deçà d'un certain taux variable d'une juridiction à l'autre, la demande est irrecevable. Cette solution va évidemment à l'encontre du principe d'égalité judiciaire, fait encore constater le réformateur anglais. Pour lui, si une quelconque distinction entre les tribunaux devrait avoir lieu, celle-ci ne doit aucunement se fonder sur un critère économique. Un tel critère est source d'exclusion, il doit être banni du système judiciaire.

« Ce qu'il y a de pis, c'est qu'une juridiction à la quotité pécuniaire est presque nécessairement liée avec une fausse appréciation d'importance et qu'en conséquence les causes du plus grand intérêt ont été traitées comme si elles étaient peu de choses, ou rien »²⁶⁵.

Ce critère du taux est particulièrement critiquable, car il fait abstraction de la nature du litige pour ne retenir que le montant de l'enjeu du

²⁶³ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 7.

²⁶⁴ Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 105.

²⁶⁵ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 8.

litige. Pourtant, pour le justiciable, l'importance qu'il attache subjectivement à sa demande n'est pas nécessairement proportionnelle à son évaluation *objective*.

En effet, il est impossible de faire appel, lorsque l'intérêt pécuniaire n'est pas important, ce qui constitue pour le réformateur anglais une entrave au droit d'accès de tous, sans exception, à la justice : « *Le tort, le vrai qu'on fait aux pauvres, c'est de refuser le droit d'appel à toutes les causes qu'on regarde comme peu importante d'après une fausse mesure* »²⁶⁶.

C'est pourquoi Jeremy Bentham s'attaque au fondement même de ce système, appelé par Elie Halévy « *le principe d'émulation* ». Pour lui, il est préjudiciable aux justiciables qu'une compétition entre les tribunaux se soit instaurée pour attirer à eux le maximum d'affaires. Il préfère de très loin comme critère de compétence celui de la localisation territoriale (le domicile des parties), un système naturel purement géographique fondé sur l'ordre des choses, à l'opposé des partisans du « *système de distinction logique de juridictions* ». Pour le réformateur utilitariste, le critère du taux de compétence a été élaboré par les *lawyers* dans leur propre intérêt²⁶⁷. D'après lui « *la courte intelligence des temps primitifs avait, conformément au principe logique de division, partagé les affaires entre trois cours : la rapacité réciproque avait graduellement abattu ça et là les barrières ; la lassitude et l'impuissance générale ont laissé les choses en l'état* »²⁶⁸. Ainsi, si, à l'origine, cet arrangement est utile, ajoute encore notre auteur, il n'en est autrement aujourd'hui : « *Le premier arrangement avait été sage. Le second arrangement avait beau constituer un défi jeté au premier, il était l'œuvre des juristes, il était donc encore plus sage. Le problème était d'en*

²⁶⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, pp. 8-9. Voir également p. 5 : « *Seuls, les initiés, c'est-à-dire ceux qui avaient reçu une formation juridique et ceux qui disposaient des ressources (l'éducation, le temps, l'argent) nécessaire pour se familiariser avec le droit, étaient en mesure de comprendre ce système et d'y faire valoir leurs intérêts* ».

²⁶⁷ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *Observations sur les traités des preuves judiciaires* précité, par M. Rossi, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 123.

²⁶⁸ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Rational of Judicial Evidence* précité, Book VIII, chap. IV, vol. VII, p. 288 (traduction Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 106).

prouver la sagesse. A défaut d'un autre argument, le principe d'émulation souffrirait, on le reçut à bras ouverts »²⁶⁹.

Comme le précise encore Elie Halévy, ce critère pécuniaire est considéré comme contraire à l'idée même de justice chez Bentham. Au surplus il est toujours à la discrétion du juge, lorsqu'il est mis en application²⁷⁰, puisqu'il lui laisse le pouvoir discrétionnaire de recevoir ou non une affaire²⁷¹, ce qui accroît encore plus le risque d'arbitraire et d'abus.

In fine, pour remédier à la complexité de l'organisation judiciaire de son temps, il faut, selon Jeremy Bentham, substituer aux principes du système technique ceux du tribunal domestique qui seul devrait permettre d'assurer le plus grand bonheur pour le plus grand nombre. Pour le réformateur radical, la précellence de son modèle naturel ne fait aucun doute.

B. Le contre-modèle du tribunal domestique

« Pour arriver à un bon système judiciaire, il faut d'abord posséder et mettre en action une science peu commune ; il faut ensuite être doué d'un jugement sain et essentiellement exercé sur les affaires et les données de la vie sociale; le but qu'on doit se proposer, c'est d'offrir à tous les citoyens des moyens sûrs et faciles de mettre en action les secours offerts par la justice ; et il ne suffit pas que ces moyens atteignent le but qu'on se propose, ils doivent l'atteindre de manière à ne point laisser le public douter du résultat »²⁷².

²⁶⁹ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Rational of Judicial Evidence* précité, Book VIII, chap. IV, vol. VII, p. 288.

²⁷⁰ Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 105.

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, Observation sur le traité des preuves judiciaires, par Rossi, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p.122.

Parvenir à ce résultat passe par une amélioration juridique : la compétence universelle du tribunal (1°) et une amélioration pratique : la proximité géographique du tribunal (2°).

1°. La compétence universelle du tribunal

L'objectif premier de la réforme de l'organisation judiciaire anglaise que propose Jeremy Bentham est de mettre fin à la spécialisation des juridictions. Le seul moyen, d'après lui, de mettre fin à l'inaccessibilité de la justice est l'abolition du « *principe métaphysique de division* »²⁷³, un principe abstrait selon lequel « *on attribue à un certain tribunal exclusivement une espèce de causes et une autre espèce à un autre tribunal* »²⁷⁴. Il suggère de lui substituer purement et simplement le principe de compétence universelle, seul en mesure de rendre la justice anglaise accessible au plus grand nombre.

Dans un système de législation conforme au principe du plus grand bonheur pour le plus grand nombre il faut toujours privilégier « *la simplicité* ».

« *Ô précieuse simplicité ! Fidèle compagne de la beauté, de la sagesse, de la vertu et de tout ce qui est excellent !* »²⁷⁵.

Cela reste valable pour l'organisation judiciaire. Jeremy Bentham ne répète jamais assez à quel point la simplicité, en matière de législation en général et en matière de droit processuel en particulier, est un bien inestimable. Cependant cette affirmation va à l'encontre de la tradition

²⁷³ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, Observation sur le traité des preuves judiciaires, par Rossi, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 6.

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ Elie Halévy, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 79.

anglaise et c'est ce qui l'a fait basculer dans le parti des radicaux anglais selon Elie Halévy²⁷⁶.

Dans la pensée juridique du réformateur utilitariste la simplification de l'organisation judiciaire exige la mise en œuvre du principe de compétence universel des tribunaux en lieu et place du principe logique en vigueur dans le système de *comon law*.

« Pourquoi ne pas permettre à tous les juges de juger de toutes les causes sans distinctions, alors qu'on permet à tous les avocats de les plaider toutes ? (s'interroge Bentham). Le principe local est simple, « clair », incontestable dans l'application ; le principe logique est complexe, obscur et d'une application toujours litigieuse »²⁷⁷. Le principe anglais de division des tribunaux, également appelé par le philosophe de l'utilité *principe logique ou métaphysique*²⁷⁸, lui apparaît arbitraire par son fondement et contestable dans son application.

Partant de ce constat, le réformateur radical exige d'accorder aux tribunaux une compétence universelle comme seul moyen pour que « les bénéfiques » de l'organisation judiciaire, soient à la portée de tous les citoyens : « (...) Je vais montrer dans celui-ci (ce développement) qu'on doit donner à chacun d'eux (les tribunaux) une compétence universelle et je combattrai le principe métaphysique de division, c'est-à-dire le principe abstrait d'après lequel on attribue à un certain tribunal exclusivement une espèce de cause et une autre espèce à un autre tribunal. (...) Les divisions de cet échiquier judiciaire n'ont été les mêmes dans aucun pays, mais elles sont adoptées plus ou moins dans presque toute l'Europe ; et le principe de la compétence universelle de chaque tribunal s'élève au milieu de toutes ces exceptions comme un grand paradoxe qui aura contre lui la foule des praticiens et de ceux à qui la routine tient lieu de raison »²⁷⁹.

²⁷⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, Observation sur le traité des preuves judiciaires, par Rossi, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 6

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 105.

²⁷⁸ *Ibid.*

²⁷⁹ *Ibid.*, pp. 6-9.

Le fait de substituer le système de la compétence universelle à celui de la distinction des compétences des juridictions traduit la volonté de rupture « radicale » de Bentham avec la *common law*²⁸⁰. Pour le juriconsulte anglais, le principe de division des compétences entre les tribunaux n'est en réalité qu'artificiel, c'est le produit de l'homme et non pas celui de la nature, comme le prétendent ses défenseurs, inutile aux citoyens.

*« Voilà comment se sont établies les démarcations artificielles de la justice, au point de faire oublier le système simple et naturel de l'unité. Ensuite, tout se fait par imitation : on n'examine point ce qu'on voit établi partout ; les intérêts privés se casent et s'affermissent dans un arrangement qui les favorisent aux dépens du public ; les abus, couverts d'un voile épais que peu de mains sont en état de lever, sont supportés avec la résignation du désespoir ; et celui qui attaque cet échafaudage judiciaire est très heureux, s'il ne passe que pour un homme à paradoxe qui se perd dans un monde idéal et ne poursuit que des chimères »*²⁸¹.

Selon notre auteur, il faut non seulement accorder la compétence universelle à tous les tribunaux de juger de toutes les causes, mais, en plus, il faut multiplier les tribunaux dans la mesure du possible afin de les rapprocher, autant que faire se peut, des justiciables²⁸².

C'est pourquoi, comme le rapporte Elie Halévy, dès 1791, il n'a pas hésité à louer les mérites de la Constituante d'avoir mis fin dans la nouvelle organisation judiciaire française post-révolutionnaire²⁸³ à la prolifération des

²⁸⁰ Hugo HARDY, Bentham, père du positivisme juridique ?, *Revue d'études benthamiennes* (En ligne), 11/2012, mis en ligne le 01 octobre 2012, consulté le 14 février 2013. URL: <http://etudes-benthamiennes.revues.org/630>, p. 5: « Troisième reproche adressé par Bentham à la Common Law: sa complexité et son caractère technique à l'excès qui le rendait hermétique et très coûteux ».

²⁸¹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 9. Voir également Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 106.

²⁸² Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 7.

²⁸³ Voir sur les Lois des 16 et 24 août 1790 sur la nouvelle organisation judiciaire française post-révolutionnaire, Hervé LEUWERS, « Révolution constituante et société judiciaire », *Annales historiques de la Révolution française* [En ligne], 350 | octobre-décembre 2007, mis en ligne le 01 janvier 2011, consulté le 07 janvier 2018. URL : <http://journals.openedition.org/ahrf/11214> ; DOI : 10.4000/ahrf.11214.

juridictions d'exception qui avait marqué l'Ancien régime en France²⁸⁴. Ainsi, « *Les arbitres, à titre facultatif, les juges de paix pour les petites affaires et la conciliation, les tribunaux de district pour les litiges de quelque importance, sont compétents sans distinction de matières* »²⁸⁵.

2°. La proximité géographique du tribunal

« *Il faut encore multiplier les tribunaux à raison des distances locales, pour épargner aux parties le temps et les frais d'un voyage à un tribunal éloigné* »²⁸⁶.

Pour Jeremy Bentham, il faut que les tribunaux soient le plus proche possible des justiciables. Pour cela, il faut rompre avec les principes qui régissent l'organisation des tribunaux, spécialement les règles déterminant « *le nombre et la distribution des tribunaux* »²⁸⁷. Selon lui « *il faut multiplier les tribunaux à proportion des affaires* »²⁸⁸ et retenir pour seul critère d'attribution de compétence, un critère territorial. Ainsi, en plus de la perte de temps et d'argent pour les justiciables, le réformateur anglais

²⁸⁴ Voir sur ce point, Elie HALEVY, *op. cit.*, p. 105. Tout en la félicitant, la réforme de la Constituante reste, de l'avis de Bentham, incomplète. Il considère, en effet, qu'elle n'a pas appliqué le principe local dans toute sa rigueur.

²⁸⁵ Voir sur l'organisation des juridictions et leur compétence en France sous la Révolution, Gérard SAUTEL et Jean-Louis HAROUEL, *op. cit.*, pp. 126-134.

²⁸⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 5. Rapp. Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 105 : « *Etant donné qu'une circonscription trop peuplée pour qu'une seule cour de justice y suffise, on aura le choix entre deux méthodes. On pourra diviser la circonscription en deux circonscriptions plus petites (d'où une économie immédiate de délais, de vexations et de frais). On pourra encore établir deux cours au centre de la circonscription (d'où une économie de délais, de vexations et de frais, en raison de la rivalité qui se produira entre les deux cours, et les efforts qu'elles feront pour attirer les chalandes)* ».

²⁸⁷ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 5.

²⁸⁸ *Ibid.*

constate qu'en matière criminelle par exemple, l'éloignement fait également augmenter la possibilité de voir les coupables échapper à la justice²⁸⁹.

Jeremy Bentham n'exclue aucun moyen susceptible de faciliter l'accès à la justice. Ainsi, en plus de la compétence universelle et la multiplication des tribunaux, il exige également que les tribunaux siègent sans interruption. En effet, la réforme benthamienne du système judiciaire prévoit, « *que les tribunaux siègent sans interruption et qu'ils soient distribués sur toute la surface du territoire national, au lieu d'être concentrés dans la capitale, comme ils le sont en Angleterre* »²⁹⁰. C'est en se conformant à ce principe que le réformateur anglais félicite et rend hommage, encore une fois, à la réforme française de l'organisation judiciaire, qui consacre le principe local dans l'organisation des juridictions²⁹¹. En effet, la réorganisation des tribunaux entreprise en France post-révolutionnaire par la Constituante est une conséquence directe de l'application des idées des Lumières à l'organisation judiciaire. C'est dans le but de rationaliser le système que l'assemblée révolutionnaire procède à la réorganisation du territoire en un ensemble cohérent sur le plan « *conceptuel et spatial* »²⁹². Cette rationalisation donne naissance à une nouvelle organisation judiciaire française reposant sur un principe unique qui consiste à « *homogénéiser la poursuite et la sélection des affaires pénales au niveau territorial le plus efficient* »²⁹³. Cela avait abouti pour les affaires civiles à l'instauration des tribunaux de district compétents et à celle des juges de paix compétents au niveau des cantons ruraux, pour les affaires pénales à celle des tribunaux de police municipale pour les infractions mineurs et à celle des tribunaux criminels établis dans chaque département pour les plus graves²⁹⁴. Même si elle reste imparfaite aux yeux de Jeremy Bentham, la réforme de

²⁸⁹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 6.

²⁹⁰ Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, pp. 104-105. D'après l'auteur, il faut appliquer, dans la division des juridictions, le principe local ou géographique en lieu et place du principe logique et métaphysique.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 105.

²⁹² Xavier ROUSSEAU, *Politique judiciaire, criminalisation et répression. La révolution des juridictions criminelles (1792-1800)*, @ Presse universitaire de Rennes, 2005. § 7.

²⁹³ *Ibid.*, § 8.

²⁹⁴ *Ibid.*, § 8.

l'organisation judiciaire de la Constituante devrait néanmoins servir de modèle sur lequel peut s'appuyer le législateur anglais.

Selon notre auteur, dans le système judiciaire traditionnel, *common law* et *equity*, c'est la fortune qui détermine l'importance des litiges, contrairement au principe local, qui est clair et simple en même temps facile à mettre en œuvre²⁹⁵. Ainsi, toutes les affaires sont traitées de la même manière et suivant un seul principe, celui de l'utilité générale.

*« Si les tribunaux sont trop éloignés de ceux qui ont besoin, la dépense pour s'y rendre est un déni de justice relativement à celui qui ne peut pas la supporter et la perte de temps est une dépense pour ceux qui vivent de leur travail »*²⁹⁶.

Jeremy Bentham insiste sur le fait que l'organisation judiciaire en vigueur à son époque dans son pays, fondée sur le principe logique, ne va pas dans le sens du principe du plus grand bonheur pour le plus grand nombre²⁹⁷. Au contraire, par les coûts qu'elle engendre, elle sert à exclure la classe des pauvres du bénéfice de la justice²⁹⁸.

En définitive, Jeremy Bentham conclue que le problème réside non pas dans les individus – les magistrats – comme le laisse croire les partisans de l'organisation judiciaire anglaise, mais dans le système judiciaire dans son ensemble. Ainsi Jeremy Bentham expose que *« contre les malversations commises par les individus à l'intérieur du système on ne peut porter le remède suffisamment efficace en punissant ces individus – que la racine du mal se trouve dans le système lui-même (...). De là l'injustice d'imputer un blâme spécifique ou particulier à un tel ou tel fonctionnaire individuel pour la raison qu'il a en telle ou telle occasion poursuivi les maximes de l'intérêt suspect que le système lui-même, dans l'état où il l'a trouvé, a implanté dans son cœur. – La faute ne réside pas dans l'individu ni dans quelque*

²⁹⁵ Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, pp. 105 et s.

²⁹⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 6.

²⁹⁷ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Constitutional Code* précité, p. 473. Elie HALEVY, *op. cit.*, note n° 63, p. 295.

²⁹⁸ Hugo HARDY, *op. cit.*, p. 5: *« Ce caractère technique et complexe avait plusieurs effets indésirables. Le plus important était évidemment d'exclure une bonne partie de la population »*.

fausseté particulière installée au sein de l'individu, mais dans le système lui-même – le système dans lequel il entre et où il agit. Amendez le système, vous amendez l'individu. Faites que son intérêt soit de poursuivre les fins de la justice et les fins de la justice seront poursuivies ; les fins de la judicature coïncideront avec les fins de la justice »²⁹⁹.

Il est donc clair pour lui qu'une réforme du système judiciaire anglais appelle, outre une refonte de l'organisation judiciaire un changement radical de la procédure suivie dans le royaume.

Section 2. La critique de la procédure anglaise

« On doit présumer que les lois seront en général ce qu'elles doivent être, instituées pour la protection de la société ; et on doit leur donner l'appui de la procédure la plus efficace »³⁰⁰.

Auxiliaire de la justice, la procédure doit la droiture. En effet, Jeremy Bentham écrit : *« la fidélité à la loi n'est autre chose que l'exact accomplissement des promesses de la loi envers chaque individu : c'est là ce qui constitue la droiture dans les décisions de justice »³⁰¹*. Elie Halévy voulait y voir une réminiscence de la Grande Charte³⁰². Et le fondateur de la doctrine utilitariste ajoute qu'elle doit constituer la finalité non seulement de la procédure judiciaire, mais également de tout le droit : *« C'est là ce qui*

²⁹⁹ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Constitutional Code* précité, p. 454. Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, note n° 63, p. 294.

³⁰⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, *Traité des preuves judiciaires* précité, Livre sixième, chap. XI, p. 390. Voir Philippe GERARD, Droit et pouvoir dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 127 et s. et Elie HALEVY, *op. cit.*, p. 96.

³⁰¹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 2.

³⁰² Elie HALEVY, *op. cit.*, p. 81 : d'après lui, Bentham avait déduit ce principe du triple serment exigé du monarque anglais par la Grande Charte : *« Nous ne vendrons, nous ne ferons attendre, nous ne refuserons à personne la justice »*. En l'occurrence, il faisait allusion à l'article 40 de la Grande Charte : *« Nulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus rectum aut justiciam »*. Une traduction plus précise serait : *« [...] nous ne refuserons à personne le droit et la justice »*.

*constitue la droiture dans les décisions judiciaires, et cette droiture est le grand but, le but principal auquel tout droit doit tendre »*³⁰³.

La conception positiviste du droit³⁰⁴ de Jeremy Bentham est parfaitement illustrée dans la définition qu'il donne de la procédure judiciaire ainsi que dans le rôle que doit jouer celle-ci dans son système global de législation utilitariste³⁰⁵. Elle doit, en effet, être au service de la loi, d'où l'objectif que lui assigne notre auteur. Selon lui, le but principal assigné à la procédure est d'assurer l'exécution complète de la loi fondée sur le principe de l'utilité. Pour atteindre son but, le réformateur anglais avance que « *toutes les règles de la procédure doivent se rapporter à quatre fins : 1° droiture dans les décisions, 2° célérité, 3° économie, 4° exemption d'entraves superflues* »³⁰⁶. Il s'agit de quatre conditions, indispensables, que notre auteur érige en principes devant guider le législateur dans l'élaboration d'un système de procédure susceptible de réaliser l'objectif d'accessibilité au droit.

Seulement il constate que la procédure judiciaire en vigueur à son époque est loin de répondre à ces exigences, il y'a urgence à procéder à une réforme. Jeremy Bentham considère que, non seulement la procédure judiciaire anglaise n'est pas adaptée aux fins que le principe de l'utilité exige en la matière, mais elle s'oppose entièrement à elles : « *Il n'y a point de satire, il n'y a point d'exagération à dire que la procédure semble avoir été dirigée vers des fins absolument contraires et comme avec un dessein formé de multiplier les frais, les délais et les vexations, en y ajoutant tout ce qui peut la rendre inintelligible* »³⁰⁷. C'est aller à l'encontre des buts que la justice doit atteindre³⁰⁸. C'est pourquoi Jeremy Bentham ne trouve pas de mots assez durs pour qualifier la procédure observée devant les tribunaux de

³⁰³ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 2.

³⁰⁴ Cf. *infra*, pp. 193 et s.

³⁰⁵ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 1

³⁰⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, *Traité des preuves judiciaires* précité, p. 246.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 247.

³⁰⁸ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 1.

son pays³⁰⁹. En effet, celle-ci est la cause des délais excessivement longs, des frais exorbitants ainsi que des vexations que subissent les justiciables anglais³¹⁰. Selon Hugo Hardy, les justiciables étaient ainsi pris en otage³¹¹.

Parce qu'elle se caractérise par des formalités judiciaires complexes et très techniques, complètement inintelligibles aux citoyens, notre réformateur radical estime qu'elle participe d'un système global d'exclusion du plus grand nombre à la justice (§1). En toute logique, il l'accuse encore d'être un instrument au service d'un petit nombre (§2).

§1. Une procédure inaccessible au plus grand nombre

*« Another cause, by which mischief in all these varieties is produced, is composed of the mass of factitious delay, vexation, and expense, and in particular, the expense by means of which, under judge made law, for the sake of the profit extractible out of the expense, justice has, to all who are not able to bear the expense, been denied, while to all others it has been sold »*³¹².

³⁰⁹ Voir sur ce point : Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, pp. 77-114. Voir également, Philippe GERARD, Droit et pouvoir dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 147 et s. Hugo HARDY, *Bentham Contre la Common Law*, in *Bentham, père du positivisme juridique?*, op. cit., p. 4 écrit : « Pour Bentham, le droit anglais était un système chaotique, arbitraire et réactif où les citoyens étaient pris en otage par une classe d'avocats protégeant leur monopole de la maîtrise du droit. Un système à ce point défaillant et inadéquat qu'il valait mieux le remplacer intégralement par un nouveau système que de rechercher à l'améliorer à coups de réformes ».

³¹⁰ Jeremy BENTHAM, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, pp. 2-3.

³¹¹ Hugo HARDY, op. cit., p. 4.

³¹² Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Introductory View of the Rationale of Evidence*, chap. XIX, vol. VI, Londres, 1843, pp. 87-88. Voir la traduction d'Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, note n° 1, p. 283 : « Une autre cause qui produit toutes ces espèces de dommages est constituée par l'ensemble des lenteurs artificielles, des tracasseries et des frais, en particulier les frais au moyens desquels, à partir de la loi que les juges ont faite en vue du profit que l'on peut tirer de ces frais, la justice a été refusée à tous ceux qui ne pouvaient les supporter, tandis qu'elle était vendue aux autres ».

Pour Jeremy Bentham, dans un système de législation utilitariste, la justice doit être ouverte à tous et à la portée de tous. Il résume sa théorie de la procédure judiciaire considérée comme l'ensemble des moyens susceptibles « *de donner à la peine légale l'élément de certitude* »³¹³ en citant quasi textuellement la Grande Charte : « *Nous ne vendrons, nous ne ferons attendre, nous ne refuserons à personne la justice* »³¹⁴. Selon lui, le système de procédure en vigueur en Angleterre ne peut pas réaliser cet objectif. Comme le souligne à juste titre Etienne Dumont, dans l'esprit de notre auteur cela est dû à « *la complexité et l'irrationalité des procès devant les juridictions anglaises. (...) il était confronté avec ce qu'il (Bentham) appelait le « système technique » établi de longue date et hérissé de règles irrationnelles créant des exclusions en matière de preuve, hérissés d'exigences de confirmation et d'immunités contre la manifestation de la vérité* »³¹⁵.

Pour lui, l'origine de cet obstacle est « *le caractère technique et formel de la procédure* »³¹⁶. Il pense que telle que la procédure existe à son époque en Angleterre, elle constitue un obstacle considérable qui se dresse sur le chemin des citoyens dans leur quête de la justice. Il considère que l'inaccessibilité de la procédure judiciaire anglaise est due à son caractère formaliste (A) qu'il juge aux antipodes de la « *procédure naturelle ou domestique* » (B).

³¹³ Elie HALÉVY, *op. cit.*, p. 81.

³¹⁴ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Introductory View of the Rationale of Evidence* précité, chap. XIX, vol. VI, p. 87. Voir également note de bas de page n°296, Cf. *infra*, p. 66.

³¹⁵ H. L. A. HART, La démystification du droit, in *l'Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 104.

³¹⁶ G. TUSSEAU, *Jeremy Bentham, La guerre des mots* précité, pp. 133 et s.

A. Le caractère formaliste de la procédure

« *La cause à laquelle ils (les défauts du droit processuel anglais) étaient imputés était la nature des choses, invincibles et irrémédiables et non les imperfections du droit, artificielles et donc remédiables* »³¹⁷.

Par les nouveaux objectifs qu'assigne notre auteur au droit processuel, il entend se distinguer des défenseurs de l'ancien système anglais de procédure, notamment Montesquieu et William Blackstone, qui constituent ses principaux adversaires. Son droit processuel s'oppose à celui défendu par ces auteurs³¹⁸. Au reste, notre auteur leur reproche d'être les principaux responsables de l'état catastrophique dans lequel se trouve la science de la législation en général et la procédure judiciaire en particulier en Angleterre.

Jeremy Bentham critique les défenseurs de ce système pour plusieurs raisons, notamment leur opposition à la réforme du système avec pour conséquence d'entraver ainsi la mise en place du système de procédure qu'il préconise.

Dès lors, il commence par développer une critique acerbe à l'encontre de la liberté telle qu'elle est définie par Montesquieu et William Blackstone³¹⁹ et par laquelle ces derniers justifient le maintien du système appelé par Jeremy Bentham le *système technique*. Si, pour Montesquieu, la procédure judiciaire anglaise est le rempart de la liberté, pour le fondateur de la doctrine utilitariste, celle-ci n'est en réalité qu'un instrument au service des intérêts des *lawyers*. En effet, comme le souligne Elie Halévy, dans la pensée juridique du réformateur anglais, la liberté de Montesquieu et de William Blackstone n'est qu'un « *écran derrière lequel se dissimule la corruption, ajoute Bentham, l'écran qui est fait du panégyrique des délais et des formalités judiciaires, je l'ai vu employer depuis cinquante-cinq ans : le*

³¹⁷ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Introductory View of the Rationale of Evidence* précité, vol. VI, p. 206.

³¹⁸ Voir sur tous ces points, l'analyse consacrée par Elie HALEVY à la procédure judiciaire dans la réforme benthamienne de la législation dont la procédure judiciaire constitue une branche importante, *op. cit.*, pp. 85 et s.

³¹⁹ Elie HALEVY, tome III, *Le radicalism philosophique* précité, p. 85.

nom de la manufacture y est visible. Manufacture, l'Esprit des lois ; nom de la maison, Montesquieu et Cie »³²⁰.

Dans un second temps, il oppose au « système technique » (appelé également « système légal ») son système naturel (appelé également « système domestique »). Tandis que le « système technique » et « formaliste » dont les défauts rédhibitoires entraveraient le règne du droit et empêcheraient l'accessibilité de la justice (1^o), le modèle naturel serait une manière de panacée par la seule vertu de sa simplicité (2^o).

1^o. Le réquisitoire contre le modèle technique de procédure

Les chefs d'accusation sont doubles. Bentham dénonce d'un côté la complexité des formalités en général (a), d'un autre côté le jury en matière civile en particulier (b).

a) Le recours à des formalités complexes

Sur ce point, Jeremy Bentham développait une argumentation qui prenait véritablement couleur de litanie. *« Le système technique est composé d'une multitude de règles obscures et difficiles, dont le résultat est de prolonger les procès, de les rendre extrêmement dispendieux et vexatoires, sans avoir aucune tendance à produire des décisions justes ; mais au*

³²⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, chapitre XXXIII, Montesquieu et Bentham, p. 78-81. Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Three Tracts relative to Spanish and Portuguese affairs with a continual eye to English ones*, Tract n° III, vol. VIII, Londres, 1843, pp. 478-481 ; Elie HALEVY, *ibid.*, p. 83.

contraire multipliant des formalités toujours dangereuses pour le bon droit, et même produisant fréquemment un déni total de justice »³²¹. La complexité de la procédure était source d'inintelligibilité et d'inaccessibilité, il ne faisait aucun doute pour lui que cet obscurcissement du droit qui appelait nécessairement un intermédiaire entre le juge et les parties était l'œuvre délibérée des *lawyers*³²². Dans sa diatribe, il ne regardait pas à mettre à contribution l'*Encyclopédie*. « *Le principe de l'égalité judiciaire avait complètement disparu devant une foule de tribunaux privilégiés, de forme de procédure privilégiées, de monopoles pour les hommes de loi. La justice avait été morcelée de mille manières. On peut voir dans l'Encyclopédie le curieux catalogue de toutes ces espèces de juridiction et imaginer sur la vue de cet échiquier quel était l'embarras des plaideurs pour connaître où ils devaient s'adresser pour le redressement de leurs griefs. La loi civile ne permettait pas à un individu de se défendre lui-même ; la loi criminelle ne lui accordait pas un défenseur, même pour la protection de sa vie. Les aveux arrachés par la torture étaient secrets. Il n'y avait point de publicité : la première sauvegarde de la justice avait été graduellement enlevée aux citoyens. D'ailleurs il régnait dans l'ordre et l'appel des causes un tel arbitraire, qu'il dépendait d'un président ou d'un rapporteur de tenir un malheureux plaideur dans les liens d'une cause civile ou criminelle aussi longtemps qu'il le voulait et il y avait un nombre infini d'exemples de détentions cruellement prolongées* »³²³.

Ainsi résumé, il apparaît évident dans l'esprit de notre auteur, qu'un tel système ne doit son existence qu'à l'approbation de la caste des juristes au nom de la tradition, voire de l'histoire³²⁴. Pour lui, c'est justement l'histoire qui est la cause de la complexité de la procédure anglaise. En effet, alors que les *lawyers* anglais légitimaient leur droit procédural –et, par le fait, ses arcanes– par son antiquité, notre auteur estime, quant à lui, que cette ancienneté est la cause de tous les maux dont souffre la procédure judiciaire

³²¹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, Parallèle de deux systèmes de procédure, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, Chapitre. XXXII, p. 74.

³²² *Ibid.*, pp. 85-87.

³²³ *Ibid.*, p. ii.

³²⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, *Traité des preuves judiciaires* précité, chapitre III, p. 248.

anglaise. Il considère que l'évolution de la procédure anglaise est passée du simple au complexe : « *Le désir d'éluder les lois a produit les subtilités de la chicane ; le désir de prévenir les artifices de la fraude a fait recourir à des expédients particuliers. A mesure que l'ennemi inventait de nouvelles attaques, les ingénieurs de la loi inventaient de leur côté de nouvelles défenses* »³²⁵. La procédure s'est détériorée et, pour tout dire, est devenue contraire au droit en « *multipliant les moyens et en diminuant les effets* »³²⁶. Ainsi, si, à l'origine, elle était simple, c'était à cause de l'ignorance de la population. Jeremy Bentham dénie toute forme de rationalité au système ancien. Contrairement à la thèse de ses adversaires, il estime que la simplicité d'origine a une cause purement fortuite : « *Il est vrai que la simplicité dans la procédure primitive n'était pas un mérite fondé sur la raison. Il ne faut pas louer en ceci l'antiquité comme antique ni comme sage ; ce n'était qu'une sagesse négative, un résultat de l'ignorance* »³²⁷. Quoi qu'il en soit, le constat s'impose : ce modèle de procédure initiale n'existe plus. La simplicité originelle s'est perdue au fil du temps³²⁸.

b) Le recours au jury en matière civile

L'une des caractéristiques de la procédure technique anglaise que Jeremy Bentham critique est l'utilisation du jury en matière civile. Ce dernier incarne, selon lui, tous les maux de ce système de procédure. Sur ce point, Etienne Dumont résume la pensée de notre auteur ainsi : « *M. Bentham, dans ses dernières vues sur l'organisation judiciaire, n'admet pas*

³²⁵ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, *Traité des preuves judiciaires* précité, chapitre III, p. 248.

³²⁶ *Ibid.*, pp. 247-248.

³²⁷ *Ibid.*, p. 248.

³²⁸ *Ibid.*, p. 248 : « *Le modèle antique s'était perdu ; sa simplicité, qui faisait son plus beau caractère, l'a fait mépriser* ».

le jury, même en matière pénale »³²⁹. Selon le biographe de notre auteur, l'usage du jury en matière civile est considéré par le réformateur utilitariste comme le symbole de la faillite de la procédure judiciaire anglaise. En effet, dans ses travaux sur la procédure judiciaire anglaise, l'institution du jury est considérée comme la cause principale de la complexité du droit processuel anglais et, par voie de conséquence, de son inaccessibilité. C'est dans ses lettres adressées à Lord Grenville en 1806 à l'occasion d'une réforme législative relative à l'administration de la justice en Ecosse que le réformateur anglais dénonce les abus de ce système. Commentant le dispositif de cette loi, le réformateur anglais déduit que « *ce bill renfermait deux points capitaux : 1° Permettre à la cour de session, composée de quinze juges, de se séparer en plusieurs chambres pour accélérer la décision des affaires ; 2° étendre au civil le service du jury, qui, en Ecosse, était limité au pénal (...)* »³³⁰. Il reproche à cette loi écossaise d'avoir introduit le jury dans la procédure civile, imitant en cela la procédure judiciaire anglaise. A ce propos, le biographe du philosophe de l'utilité écrit : « *Relativement au second objet du bill, l'introduction du jury en matière civile, M Bentham en est l'ennemi déclaré* »³³¹. D'après lui, c'est précisément l'usage du jury qui est la source « *d'abus et des corruptions de l'administration de la justice en Angleterre* »³³². Il estime que l'admission du jury en première instance en matière civile ne fera qu'augmenter le nombre des personnes présentes dans un tribunal, ce qui rend la gestion de la cours plus complexe pour le juge et les parties. Aussi le manque de qualification des jurés pour traiter des affaires dont ils ont la charge ne garantit en rien de l'intégrité des décisions, contrairement à ce que prétendent les défenseurs de l'institution du jury en première instance en matière civile, ce qui n'exclut pas le risque d'erreur, voire d'arbitraire.

Tous ces inconvénients rendent les procès plus lents et, par voie de conséquence, plus coûteux. Pour Jeremy Bentham, l'introduction du jury en

³²⁹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, Du jury en matière civile, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, chapitre XXVII, pp. 61-65. Voir les observations d'Etienne Dumont, p. 65.

³³⁰ *Ibid.*, p. 61.

³³¹ *Ibid.*

³³² *Ibid.*

première instance ne fera que rendre plus inaccessible la justice aux citoyens. Dans la pensée juridique du philosophe de l'utilité « *le jury n'est bon que comme offrant une sûreté de plus pour l'intégrité de la décision* »³³³. Or cela n'est pas le cas dans les tribunaux de première instance en matière civile. D'après lui, la plupart des jugements rendus par ses tribunaux sans jury « *ne laisse aux parties aucun motif de mécontentement* »³³⁴ et d'ajouter que dans ce cas, la seule raison d'instaurer un jury est de satisfaire des intérêts autre que ceux du justiciable, c'est-à-dire ceux des *lawyers*.

Mais le rejet de l'institution du jury par le réformateur utilitariste n'est pas aussi radical qu'il le laisse entendre. En effet, l'hostilité de Bentham à l'égard de cette institution en matière civile ne concerne que son introduction en première instance. Il reste utile devant les juridictions d'appel. Dans sa dénonciation du *bill* relatif à l'administration de la justice en Ecosse, il explique que l'admission du jury en première instance ne permet pas à la justice d'atteindre ses objectifs, notamment d'accessibilité. Ainsi c'est au nom de l'exigence d'accessibilité de la justice qu'il propose sa suppression en première instance, alors qu'en appel, le problème ne se pose pas.

De plus le philosophe de l'utilité estime que l'admission du jury en première instance favorise l'arbitraire des juges : « *Admettez le jury en première instance, vous voilà devant un tribunal nombreux, difficile à former, composé de juges de capacités différentes, la plupart des étrangers à ce genre d'affaires et qui consumeront beaucoup de temps pour arriver à une unanimité réelle, ou qui prendront le plus souvent le parti de se contenter d'une unanimité apparente* »³³⁵. Pour le radical anglais, l'institution du jury en première instance en matière civile lui semble aux antipodes du principe de l'utilité. Il ne fait qu'augmenter la durée du procès ainsi que le coût de la procédure : « *Voyez d'ailleurs combien il faut plus d'argent dans ce drame que dans la procédure naturelle, en présence d'un*

³³³ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, Du jury en matière civile, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, chapitre XXVII, p. 61.

³³⁴ *Ibid.*

³³⁵ *Ibid.*

juge unique, sous la condition de la comparution personnelle et simultanée des parties »³³⁶.

Ne se contentant pas de la dénonciation de l'introduction du jury en première instance en matière civile, notre auteur énumère, par la suite, tous les inconvénients qui découlent d'une telle procédure :

- Délais et frais sans aucune utilité. « *Dans les causes de cette nature, il en est un très grand nombre qui ne vont pas jusqu'à la plaidoirie ; elles tombent dès les premiers moments, parce qu'elles ne sont pas contestées* »³³⁷. Dans ce cas de figure, convoquer un jury ne fait que susciter des délais et des frais supplémentaires. De plus, un grand nombre d'affaires traitées devant les tribunaux d'instance ne vont pas jusqu'à la plaidoirie pour absence de contestation ³³⁸;
- L'inutilité du jury en première instance. Dans la plupart des affaires en matière civile, le jury est incompatible avec « *les règles de la prudence* » et n'est pas « *une garantie du bon droit* »³³⁹.

Dans sa théorie de la procédure, Jeremy Bentham soutient que le jury ne doit pas être admis que comme un instrument de sûreté en faveur de la probité des décisions des juges. Toutefois, fait-il constater, dans la plupart des affaires, cet impératif de sûreté est garanti sans faire appel au jury. De ce fait, s'il n'admet pas le jury en première instance, c'est parce qu'il y a, dit-il « *un avantage évident à prendre, en commençant une cause, le mode le plus simple, le plus économique, le plus conforme à la procédure naturelle* »³⁴⁰. Or ces avantages ne peuvent pas être réunis dans un système de procédure technique comme celui de l'Angleterre. Notre auteur ne se prive pas, pour étayer ses propos, de s'appuyer sur les incohérences des

³³⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, Du jury en matière civile, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, chapitre XXVII, p. 61.

³³⁷ *Ibid.*

³³⁸ *Ibid.*, p. 62 : « *Dans un rapport fait à la Chambre des Communes sur l'emprisonnement pour dettes, le nombre des writs qui admettaient caution montait annuellement, dans le Comté de Middlesex, à neuf mille cinq cents. Voilà autant d'actions commencées ; mais, dans ce même rapport, on voit que le nombre des causes civiles annuellement plaidées dans le même comté ne va pas au-delà de sept cent cinquante* ».

³³⁹ *Ibid.*

³⁴⁰ *Ibid.*

défenseurs de l'institution du jury en première instance. Il rappelle que pour les affaires commerciales de grande importance, les juges d'instance n'hésitent pas, de leur propre chef, à les renvoyer devant des arbitres³⁴¹, ce qui n'est en réalité qu'un aveu de l'inutilité du jury en l'espèce. Partant de là, le fondateur de la doctrine positiviste du droit considère qu'il est donc clair que « *par le propre aveu des juges, par leur propre fait, ce mode de judicature si vanté est reconnu comme inapplicable à un très grand nombre de cas* »³⁴². Plus encore, le réformateur anglais cite trois cas d'affaires qui commencent devant un jury, mais qui ne vont pas jusqu'au bout.

- Le premier cas est un *ramenet*, c'est-à-dire une modification qui intervient dans une affaire impossible d'instruire dans une même séance³⁴³.
- Le deuxième cas est la *conciliation*, c'est-à-dire le cas où « *le demandeur, par la terreur que lui inspire l'ajournement, se résout à céder une partie de son droit* » ce qui profite, en règle générale, au défendeur³⁴⁴.
- Le troisième cas consiste à référer la cause à des arbitres³⁴⁵.

Force est de constater que, dans les trois cas de figure, de telles modifications ne font qu'augmenter les frais excessifs, les vexations personnelles et les délais.

En définitive, le fondateur de la doctrine utilitariste recommande de n'admettre le jury que dans des circonstances exceptionnelles, lorsque sa présence est nécessaire et utile, comme c'est le cas dans les procédures d'appel en matière civile et en matière pénale. Il considère que l'introduction de cette institution ne doit pas constituer une solution de principe comme c'est le cas dans la procédure anglaise.

³⁴¹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, Du jury en matière civile, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, chapitre XXVII, p. 63 : « Hier, dans la Cour du banc du roi, sur la liste des causes à plaider, il y en avait huit pour des jurys spéciaux, qui ont toutes été référées, etc. Voilà donc huit causes commerciales, huit causes importantes qui sont soustraites au jury et renvoyées à des arbitres ».

³⁴² *Ibid.*

³⁴³ *Ibid.*

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ *Ibid.*

Jeremy Bentham pense qu'en procédure d'appel, le jury est plutôt nécessaire : « *le jury au civil ne vaut rien comme régime, mais il est bon comme remède* »³⁴⁶. Il l'estime même salutaire³⁴⁷.

2°. Le modèle naturel de procédure en contrepoint

Le principe d'égalité judiciaire est fondamental en matière de procédure selon le réformateur utilitariste. C'est au nom de ce principe qu'il assigne à la justice l'obligation d'assurer l'application mécanique de la loi aux cas particuliers, ce que la procédure technique en vigueur dans le système de *common law*³⁴⁸ est loin de permettre. Partant de là et comme à son habitude, Jeremy Bentham ne se contente pas de la simple critique du système en vigueur. En tant que réformateur social, il est obligé de détruire avant de reconstruire³⁴⁹ sur de nouvelles bases qu'il élabore lui-même (suivant la méthode analytique). Dès lors, après avoir critiqué la procédure légale, il propose sa réforme sur un nouveau modèle, qu'il appelle par opposition au système technique, le système « *naturel* »³⁵⁰.

Ce nouveau modèle de procédure se veut en parfaite adéquation avec son modèle de tribunal : le « *tribunal domestique* »³⁵¹. « *Le tribunal domestique est le vrai type de tribunal politique* »³⁵². Il s'agit d'un système simple et à la portée de tous. Un système capable, selon le réformateur

³⁴⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, Du jury en matière civile, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, chapitre XXVII, p. 61.

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ Philippe GIRARD, *op. cit.*, pp. 148 et s.

³⁴⁹ Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 81.

³⁵⁰ Voir les observations d'E. Dumont, in Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 74 : « *le plus simple est celui que j'ai appelé le système naturel, non pour me prévaloir de la faveur attachée à ce mot, mais parce que son type est pris dans le gouvernement domestique* ». Dans son commentaire sur le *gouvernement domestique*, E. Dumont précise que Bentham faisait référence par le gouvernement domestique au chef de famille, une sorte de justice domestique où la simplicité et la brièveté sont les moyens utilisés pour la recherche de la vérité.

³⁵¹ Elie HALEVY, *ibid.*, pp. 82-83.

³⁵² Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, *Traité des preuves judiciaires* précité, p. 248.

anglais, de permettre à la procédure de répondre aux exigences du principe du plus grand bonheur pour le plus grand nombre ainsi que le souligne Etienne Dumont³⁵³.

Pour faire connaître la réforme de la procédure judiciaire qu'il propose et voir par la même occasion tous les avantages qu'elle procure, il n'hésite pas à mettre en parallèle les deux procédures.

Arrangement selon la procédure naturelle Arrangement selon la procédure technique

I- Au début d'une cause et dans la suite, toutes les fois qu'il sera besoin, les parties seront appelées et entendues en caractère de témoins comme dans celui des parties, face à face, en présence du juge, pour donner mutuellement toutes les explications nécessaires et pour établir le véritable objet du procès.
Les exceptions à cette règle seront fondées sur des raisons de distance, d'âge, d'accident, de maladie, ou sur l'inutilité de la comparution quand il n'y a point de contestation présumée.

II- Aucun écrit n'est reçu au nom d'une partie que dans le caractère de déposition et comme minute d'une déposition orale dans le cas où la comparution personnelle n'aurait pas été possible, où comme supplément au témoignage oral dans la séance initiale.

III- Le témoignage n'est reçu que dans la forme la plus authentique, c'est-à-dire témoignage oral, soumis à un interrogatoire croisé de la partie

I- Les parties ne sont point appelés à comparaître devant le juge ; tout se passe par le ministère des procureurs.

II- Les écritures, en forme de mémoires, discours, déclarations, dupliques, répliques, contre-répliques sont admises sans fin et sans cesse, toujours dans le style prolix et les formes redondantes des praticiens.

III- Le témoignage reçu en plusieurs cas de la manière la plus imparfaite, c'est-à-dire sans les garanties qui peuvent le rendre exact et complet :

³⁵³ Voir les observations d'Etienne Dumont sur le modèle naturel de procédure benthamien, in Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 74.

adverse et du juge. Il n'y a d'exception que pour les cas spécifiés dans la loi, où il faut admettre un témoignage par écrit selon les formes établies pour la correspondance judiciaire.

témoignage sans publicité, par le juge seul ou sans interrogatoire croisé ou contre-examen par les parties intéressées : dépositions reçues par écrit sans être soumises à l'épreuve de la contradiction : preuves inférieures admises comme preuves suffisantes.

IV- Après la comparution initiale, si la cause n'est pas terminée, les comparutions subséquentes sont fixées selon le besoin de la cause ou la convenance du tribunal ou des parties.

IV- Les causes sont appointées et les jours fixés d'après des règles générales, selon la convenance mutuelle des procureurs, d'où il résulte des demandes continuelles de dispense et des prétextes pour traîner indéfiniment les affaires.

V- Les séances des tribunaux ne sont jamais interrompues, ou elles sont fixées à de très courts intervalles.

V- Les séances des tribunaux sont ou périodiques, comme dans les circuits, ou interrompues par des vacances plus ou moins longues, plus ou moins fréquentes.

VI- Chaque tribunal est compétent pour toutes les espèces de causes
Exception pour les cours martiales et, dans certaines communions chrétiennes, pour des actes qui ressortent des cours ecclésiastiques.

VI- Une multitude de tribunaux se partagent les affaires ; il y en a pour le civil, pour les causes ecclésiastiques, pour les causes communales, pour les testaments et les divorces, pour les eaux et les forêts, pour le grand criminel, le petit criminel, la police, etc.

VII- Chaque cause est entendue du commencement jusqu'à la fin par le même juge. Celui qui a recueilli les preuves prononce la décision.

VII- La même cause est transmise de tribunal en tribunal sous divers prétextes. Un juge reçoit les témoignages et ne décide pas ; un autre décide, sans avoir lui-même entendu les témoins.

VIII- Aucune décision n'est rendue que d'après les mérites réels de la cause. Point de nullités proprement dites, le principe de suspicion substitué à celui de nullité ; c'est-à-dire que toute négligence d'une formalité requise par la loi, faisant présumer la mauvaise foi, soumet la partie à fournir la preuve qui détruit la suspicion légitime.

VIII- Le principe de nullité admis dans une foule de cas, la forme emporte le fond. Une cause évidemment juste est perdue parce que le plaideur a manqué à des règles arbitraires qu'il n'a pu connaître ou parce qu'il n'a pas comparu à temps par la faute de son avocat, ou par une multitude de formalités absolument étrangères aux mérites de sa demande.

- | | |
|---|---|
| <p>IX- La réclamation du demandeur, les bases sur lesquelles elle repose, soit en droit, soit en fait, sont consignées (autant qu'il est possible) dans des formulaires imprimés : les allégations individualisées par les noms, les dates, les lieux, sont insérées dans les blancs (...).</p> <p>Il en sera de même pour la défense.</p> | <p>IX- Les divers écrits expositifs pour les demandes et les défenses, sans formulaire, manquent de clarté, de méthode, de précision, noyés dans des longueurs infinies, ouvrant un vaste champ à des variations, à des questions, à des allégations obscures et incertaines.</p> |
| <p>X- Les moyens d'assurer la comparution des témoins, la conservation et la production des preuves, sont portées au plus haut point possible : en observant à l'égard des témoins et des parties tous les ménagements compatibles avec le but principal. <i>Voir Traité des preuves judiciaires, liv. IX, sur la recherche, la production et la conservation des preuves.</i></p> | <p>X- Les plus graves négligences relativement aux moyens de conserver les preuves ; et d'autre part, les mesures très-oppressives par rapport aux prévenus et aux témoins, des moyens de fraude accordés fréquemment aux parties par la facilité qu'on leur donne de différer l'exhibition des écrits et des titres qu'il serait en leur pouvoir de produire immédiatement.</p> |
| <p>XI- Les notices et les significations réciproques entre les parties ou de la part des juges sont communiquées avec le moins de frais et le plus de sûreté possible. La poste est appliquée au service judiciaire comme à celui du commerce.</p> | <p>XI- Les notices de cette nature, faute de promptitude dans les moyens et de certitude dans les formes, sont une source abondante de chicane et de délais. Les subtiles distinctions sur les domiciles entraînent les mêmes inconvénients.</p> |
| <p>XII- Aucun lieu ni aucun temps qui ne soit soumis au pouvoir répressif de la justice. Toute exemption de cette nature est une protection accordée aux ennemis publics.</p> | <p>XII- 1° Des asiles, c'est-à-dire des lieux consacrés qui sont des places de sûreté et de triomphe pour des malfaiteurs ; et dans quelques pays catholiques, ce sont les temples qui sont choisis pour cette insulte aux lois et aux mœurs.</p> <p>2° Des temps où la justice est suspendue, du moins à certains égards : là on ne peut poursuivre les causes pendant les vacances ; là c'est la nuit qui protège le domicile ; là c'est le dimanche qui est un jour de sûreté ; là c'est une province qui est un refuge pour les délinquants d'une autre partie de l'empire, etc.</p> |
| <p>XIII- Le style des actes et tout ce qui tient à</p> | <p>XIII- Le jargon légal, c'est un composé de</p> |

la procédure est simple, familier, dans le langage commun. Les termes techniques sont expliqués dans les notes des formulaires.

mots étrangers, de termes surannés, de terme techniques non définis, de mots de la langue commune, mais pris dans un sens différent ; de répétition inutiles qui font perdre de vue l'idée principale, et de forme de style qui ont une apparence de grimoire et dans lesquelles un homme simple ne reconnaît plus sa propre affaire.

XIV- Dans le but de rechercher la vérité, il n'y a point d'exclusion légale par rapport aux témoins. Au principe d'exclusion, on substitue celui de suspicion, c'est-à-dire que l'on fait connaître toutes les circonstances qui peuvent atténuer le crédit du témoin.

XIV- Les exclusions, par rapport aux témoins, varient beaucoup dans les différentes jurisprudences. Il n'est aucune exclusion absolue qui ne puisse entraîner une décision contraire à la justice.

S'agissant de la promotion de l'accès de tous au droit, la limitation de la durée et des frais du procès engendrée par la fixation du calendrier en est une parfaite illustration³⁵⁴. C'est également le cas par la mise en œuvre d'un examen de la cause sans discontinuer³⁵⁵, le traitement du procès par le même juge³⁵⁶ ou encore l'attribution de la compétence universelle à ce dernier³⁵⁷. Cependant, même si l'attribution de cette compétence universelle s'inscrit dans une série de dispositions destinées à limiter la durée et les frais du procès, il n'en demeure pas moins qu'elle n'est pas fondée, aux yeux de notre auteur, sur des raisons politiques ou théoriques³⁵⁸. Il résume son idée de la manière suivante : « *Les familles existent avant les Etats ; elles existent dans les Etats même. Elles ont un gouvernement, des lois à faire exécuter, des disputes à décider. Elles ont une méthode pour arriver à la connaissance des faits : cette méthode ne se trouve pas dans les livres ; le législateur primitif, le sens commun, l'a enseignée au premier père de*

³⁵⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, Parallèle des deux procédures, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, chapitre XXXII, § 4, p. 77. Cf. *supra*, p. 76.

³⁵⁵ *Ibid.*, § 5.

³⁵⁶ *Ibid.*, § 7.

³⁵⁷ *Ibid.*, § 6.

³⁵⁸ *Ibid.*, § 6.

famille et l'enseigne encore à tous ses successeurs »³⁵⁹. Dans cette perspective, le réformateur radical fait prévaloir le témoignage en matière de procédure judiciaire contrairement au système de *common law*, ainsi que la garantie du bon droit.

Pour promouvoir le témoignage, il commence et conclue son tableau de cette manière :

- Dans le premier paragraphe, il pose un principe fondamental : faire du témoignage une règle directrice de l'instance³⁶⁰,
- Dans le dernier paragraphe, il insiste sur l'universalité du témoignage (la suspicion plutôt que l'exclusion)³⁶¹, mais également sur l'importance de l'oralité³⁶² et de l'interrogatoire croisé³⁶³.

Pour favoriser la garantie du bon droit, Jeremy Bentham insiste sur l'idée que la solution du litige doit dépendre véritablement du fond plutôt que de la forme du droit. Ainsi, pour y parvenir, il préconise les amendements suivants :

- La suppression des causes de nullité de la procédure pour vice de forme, la clarté, la sincérité, la bonne foi dans la procédure³⁶⁴ ;
- La standardisation des actes judiciaires par formulaires³⁶⁵ ;
- L'obligation de la conservation et de la communication des actes³⁶⁶ ;
- L'abolition des droits d'asile, des immunités, des privilèges de juridiction³⁶⁷ ;
- Ou encore la simplification du style de la rédaction³⁶⁸, etc.

³⁵⁹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, *Traité des preuves judiciaires* précité, p. 248.

³⁶⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *Parallèle des deux procédures*, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, chapitre XXXII, §1, p. 77. Cf. *supra*, p. 76.

³⁶¹ *Ibid.*, § 14.

³⁶² *Ibid.*, § 2.

³⁶³ *Ibid.*, § 3.

³⁶⁴ *Ibid.*, § 8.

³⁶⁵ *Ibid.*, § 9.

³⁶⁶ *Ibid.*, § 10, §11.

³⁶⁷ *Ibid.*, § 12.

Parmi les amendements que propose Bentham pour la réforme du système de procédure, on retrouve plusieurs –précédemment évoqués– qui sont complètement révolutionnaires pour son temps :

- *Une procédure hybride* : accusatoire et contradictoire, alors que dans le système anglais, elle est exclusivement contradictoire. Le choix d'un système hybride est dicté par la pratique, car, tout en vantant les mérites du système naturel (domestique), il reconnaît néanmoins ses limites, quand on cherche à le transposer sur l'échelle d'un Etat : « *Il ne faudrait pas toutefois abuser du parallèle pour faire de la procédure domestique le type exclusif de la procédure légale : il y a des différences essentielles. De cela seul un Etat est plus grand qu'une famille, il a bien d'autres difficultés pour constater les faits, pour se procurer les témoins, pour s'assurer de la personne des prévenus. De plus, un juge n'est pas un père ; il a une responsabilité publique, il doit satisfaire par ses jugements d'autres que lui-même* »³⁶⁹.
- *La nécessité de multiplier les juridictions sur un territoire donné*³⁷⁰ : cela permet de réduire les frais de la justice, réduire les délais de la procédure et les vexations qui en découlent notamment dans le système de tradition de *common law* ;
- *L'attribution de la compétence universelle à chaque tribunal* : ce qui permet ainsi de mettre une grande publicité des procès ;
- *L'exclusion du jury en matière civile en première instance*³⁷¹ ;
- *Une aide juridictionnelle gratuite pour les nécessiteux* (avocat des indigents) ;
- *La mise en place d'une justice permanente*³⁷² ;

³⁶⁸ *Ibid.*, § 13.

³⁶⁹ Voir sur ce point Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, Du modèle naturel de la procédure légale, in *Traité des preuves judiciaires* précité, pp. 247-249.

³⁷⁰ *Ibid.*, chap. IV, *Des principes qui doivent déterminer le nombre et la distribution des tribunaux*, p. 17 : « *Il faut multiplier les tribunaux à proportion des affaires* ».

³⁷¹ Voir sur ce point Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, Du modèle naturel de la procédure légale, in *Traité des preuves judiciaires* précité, chapitre. XXVII, pp. 225-275.

- *Une publicité maximale* : la publicité la plus large possible, précise encore Bentham³⁷³.

Ainsi, par ce parallèle entre ces deux systèmes de procédure, notre auteur entend faire d'une pierre deux coups : la démonstration de la nécessité d'une rupture totale avec le système traditionnel d'une part et lui substituer le système naturel de procédure qu'il propose d'autre part.

Il n'est que de comparer la somme des inconvénients, défauts et abus du modèle légal par rapport à celle des avantages du modèle naturel pour se convaincre de la nécessité d'une réforme. Le calcul est aisé. C'est pourquoi, dans l'esprit du philosophe, son modèle n'en est pas un parmi d'autres, quoi qu'en pensent les juristes. *« La distinction que j'ai établie entre la procédure naturelle et la procédure technique se retrouve dans toutes les jurisprudences, mais sous des noms différents. On appelle l'une procédure « sommaire » et l'autre procédure « régulière ». Les légistes en général du premier mode avec dédain et réservent tous leurs respects pour le dernier »*³⁷⁴. Il doit être considéré comme « LE » modèle procédural par excellence, car il est le seul susceptible de donner le plus grand bonheur pour le plus grand nombre. En conséquence, il implique une rupture radicale : *« (...) Il (le système naturel) consiste dans l'abolition de toutes les règles et de toutes les formalités existantes. »*³⁷⁵. Un autre modèle est, à strictement parler, inconcevable. Car, pour le père de la philosophie utilitariste, le propre de la procédure naturelle est son efficacité.

Non seulement le modèle naturel doit garantir le bon droit et assurer la découverte de la vérité³⁷⁶, mais encore le moindre de ses mérites n'est pas

³⁷² Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 76.

³⁷³ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, *Traité des preuves judiciaires* précité, pp. 287-290. Voir également Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *Des moyens de publicité in De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, chapitre. XXV, pp. 52-54, notamment la page 52 : *« J'estime la publicité dans les tribunaux équivalente à toutes les autres précautions réunies »*.

³⁷⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 77.

³⁷⁵ Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 82.

³⁷⁶ Voir sur ce point Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *Observations sur le Traité des preuves Judiciaires*, par Rossi, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, pp. 119 et s.

d'abolir la distance qui séparent le droit de ses destinataires, les justiciables³⁷⁷. Il fait de la procédure le moyen de réaliser les fins du droit. Il sera *utile*, d'après le père de la philosophie utilitariste, « *pour établir une justice égale et gratuite et pour donner des garanties réelles dans un bon système d'élection et dans la publicité de la procédure* »³⁷⁸. En effet, son efficience ne saurait être mise en doute. Jeremy Bentham n'en veut pour preuve que l'efficacité de la procédure domestique à laquelle le système naturel emprunte ses caractères.

*« Le père de famille, dès qu'il s'élève une contestation entre personnes qui dépendent de lui, ou qu'il est dans le cas de prononcer sur quelques contraventions à ses ordres, appelle les parties intéressées à paraître devant lui ; il les admet à témoigner en leur propre faveur ; il exige une réponse à toutes ses questions, même à leurs désavantages ; et il considère leur silence comme un aveu, à moins qu'il n'entrevoie des motifs qui peuvent engager l'innocent même à se taire. Il fait son interrogatoire sur le lieu même ; la réponse est donnée immédiatement après chaque question, sans qu'on connaisse celle qui doit suivre. Il n'exclut aucun témoin ; il écoute tout, en se réservant d'apprécier chaque témoignage et ce n'est pas d'après le nombre, mais d'après la valeur des témoins, qu'il prononce. Il permet à chacun d'eux de faire son narré de suite, à sa manière et avec les circonstances nécessaires pour la liaison du tout. S'il y en a qui se contredisent, il les confronte immédiatement, il les met aux prises l'un avec l'autre, et c'est de ce conflit que la vérité jaillira. Il cherche à arriver à une conclusion prompte, pour ne pas fomentier des germes de dissension dans sa famille et parce que des faits récents sont plus aisément connus et prouvés, il n'accordera de délais que pour des raisons spéciales »*³⁷⁹.

En définitive, il ressort de cette référence au tribunal domestique du père de famille que la preuve est la pierre angulaire de la procédure.

³⁷⁷ P. GIRARD, Droit et pouvoir dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, précité, pp. 149 et s.

³⁷⁸ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. V.

³⁷⁹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, *Traité des preuves judiciaires* précité, pp. 248-249.

Précisément c'est principalement la méconnaissance du principe de la liberté de la preuve qui confère au système technique son caractère arbitraire.

B. Des modes de preuve judiciaire à élargir

La question de la recevabilité des modes de preuve par le juge trouve une place centrale dans la théorie de la procédure benthamienne. Le père de la doctrine utilitariste s'attaque à la faculté donnée au juge anglais d'écarter de façon discrétionnaire tel mode de preuve. Pour lui, il est nécessaire de garantir les parties contre « *le pouvoir dont les juges pourraient abuser en l'absence [d'une] contrainte légale* »³⁸⁰. Il dénonce avec force plus particulièrement le droit du juge d'écarter les témoignages. Il y voit une nouvelle manifestation de la confiscation de la justice par les *lawyers* au détriment des justiciables. « *Mais dès que vous voulez écarter les témoignages non pertinents et les témoignages superflus, vous donnez au juge un pouvoir sujet à de grands abus. [...] Car celui qui peut décider des questions de cette nature est maître de la cause* »³⁸¹.

Aussi est-ce à travers cette matière de la preuve judiciaire qu'il entend mettre en œuvre la réforme de la procédure judiciaire anglaise dans son ensemble. Il y consacre la part la plus importante de ses travaux sur la procédure. C'est également elle qui traduit le mieux le caractère radical de sa réforme. Jeremy Bentham estime qu'une amélioration substantielle dépend en réalité d'une refonte totale des règles d'établissement et de production de la preuve³⁸².

³⁸⁰ Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 92.

³⁸¹ Voir les observations d'Etienne Dumont, Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, *Traité des preuves judiciaires* précité, Livre VII, chap. III, p. 118.

³⁸² Voir notamment sur les vices du système technique et les vertus du système naturel de procédure de preuves judiciaires, Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), vol. II, pp. 169-178 ; vol. V, pp. 7-16 ; vol. VII, pp. 197-199, 222-226, 321-325. Voir sur le même thème, H. L. A. HART, *La démystification du droit dans la pensée juridique de*

C'est dans ses travaux portant sur le droit de la preuve anglais que notre auteur expose la plus grande partie de ses arguments à l'encontre du système technique de procédure, comme l'a bien relevé Etienne Dumont³⁸³. C'est à cet effet que le philosophe utilitariste consacre toute une partie de son œuvre sur la législation aux modes de preuve, il l'intitule « *Traité des preuves judiciaires* »³⁸⁴. Mais ce n'est pas le seul. Dans un autre, le *Traité sur l'organisation judiciaire*, il aborde la question d'une manière systématique dans le point n° x de son tableau comparatif des procédures naturelles et techniques³⁸⁵ et, plus accessoirement, dans les seize premiers chapitres du même traité. Il en traite encore dans d'autres travaux sur l'organisation judiciaire³⁸⁶ et dans sa théorie sur la législation civile et pénale³⁸⁷. C'est dire l'importance qu'accorde le père de la doctrine utilitariste à cette partie de la procédure judiciaire.

Dans son *Traité des preuves judiciaires*, Jeremy Bentham commence par donner une définition large de la preuve : « *Qu'est-ce qu'une preuve ? Dans le sens le plus étendu qu'on puisse donner à ce mot, on entend par là un fait supposé vrai, que l'on considère comme devant servir de motif de crédibilité sur l'existence ou la non-existence d'un autre fait (...) Dans tous les cas, la preuve est un moyen pour une fin* »³⁸⁸.

Mais, comme à son habitude, par souci de précision, notre auteur explicite son propos en exposant les éléments constitutifs de la preuve. Il en distingue deux, à savoir « *le fait principal, celui dont il s'agit de prouver qu'il existe ou qu'il n'existe pas ; l'autre le fait probatoire, celui qui est employé à prouver le oui ou le non du fait principal* »³⁸⁹. Ensuite il donne le moyen par lequel la preuve doit être rapportée devant les tribunaux. Pour

Jeremy Bentham, in *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 102-109.

³⁸³ Voir sur ce point, l'opinion d'Etienne Dumont sur le Traité de notre auteur, in Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, *Traité des preuves judiciaires* précité, préface, p. 241.

³⁸⁴ *Ibid.*, pp. 240-467.

³⁸⁵ *Cf. supra*, p. 80.

³⁸⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, pp. 60 et s.

³⁸⁷ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Discours préliminaires, in *Traité de Législation civile et pénale* précité, pp. 1-8.

³⁸⁸ Voir Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, *Traité des preuves judiciaires* précité, p. 249.

³⁸⁹ *Ibid.*

lui, toute preuve est une présomption, telle que la définit l'ancien article 1349 du Code civil : « *Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu* » ou comme le disposait le projet du Code civil : « *la présomption est un jugement que la loi ou le magistrat porte sur la vérité d'une chose, par une conséquence tirée de faits et de circonstances (...)* »³⁹⁰. Comme l'écrit le réformateur anglais : « *Tel fait étant donné, je conclus à l'existence de tel autre* »³⁹¹.

A partir de ces éléments de définition, Bentham met en avant sa conception idéale de la preuve qui se trouve en totale opposition avec celle du système de *common law*. Il en fait un « *art d'observer* »³⁹² comme dans les sciences exactes. Cela traduit l'ambition de notre auteur de faire de la législation une véritable science.

Pour le droit, la preuve devient un moyen pour une fin comme pour la science de la physique : « *On a fait pour les sciences physiques un traité de l'art d'observer*³⁹³. C'est un traité des preuves, appliqué à un but particulier ; c'est l'art de tirer des conclusions juste d'un fait à un autre : il s'agit de savoir si tous les faits observés correspondent entre eux. En matière d'administration, de législation, il est évident qu'on ne peut procéder que par voie de conclusion, c'est-à-dire sur des preuves. L'art de recueillir les faits, de les constater, de les placer dans l'ordre où ils s'éclairent mutuellement, où on saisit leurs liaisons et leurs conséquences, est la base de la science administrative et législative »³⁹⁴.

³⁹⁰ Article 241 du titre II Les contrats du Livre III, Fenet, tome 2, p. 197.

³⁹¹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, *Traité des preuves judiciaires* précité, p. 249.

³⁹² *Ibid.*, p. 250.

³⁹³ Il s'agit d'une allusion au livre de Jean SENEBIER, *Essai sur l'art d'observer et de faire des expériences*, Genève, 1775, seconde édition 1802. Cet auteur est un savant genevois du XVIII^e siècle, connu pour sa contribution à l'élucidation du mécanisme de la photosynthèse. Dans cet ouvrage il expose la méthode précise suivant laquelle on peut étudier la nature. Il expose dans cet ouvrage un ensemble de règles qui concernent la préparation de l'expérience, sa réalisation, son interprétation et enfin sa publication. Sur cet essai, voir J. Marx, *L'art d'observer au XVIII^e siècle : Jean Senebier et Charles Bonnet in Janus, Revue internationale de l'histoire des sciences, de la médecine, de la pharmacie et de la technique*, 1974, 61 (1, 2, 3), p. 201–220 et Carole HUTA, Jean SENEBIER (1742–1809) : un dialogue entre l'ombre et la lumière. L'art d'observer à la fin du XVIII^e siècle in *Revue d'histoire des sciences*, 1998, vol. 51, n° 1, p. 93–106.

³⁹⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, *Traité des preuves judiciaires* précité, p. 249.

Pour démontrer l'efficacité du modèle naturel de procédure de preuve qu'il entend faire instaurer, Jeremy Bentham met en avant deux nouveaux principes radicalement opposés à la procédure technique³⁹⁵ : l'audition des parties (1°) et la preuve par tous moyens (2°).

1°. L'audition des parties

« *L'exclusion de toute preuve serait l'exclusion de toute justice* »³⁹⁶.

C'est dans ces termes que le philosophe de l'utilité s'exprime pour condamner le principe d'exclusion que consacre la procédure judiciaire anglaise. Sur ce point, le père de la doctrine utilitariste dresse un réquisitoire très sévère sur la procédure de preuve en vigueur dans le système judiciaire anglais³⁹⁷. C'est pour lui un des vices majeurs du droit de la preuve anglais³⁹⁸. Jeremy Bentham considère que le défaut principal du droit de la preuve judiciaire anglais est qu'il consacre le principe d'exclusion des plus faibles³⁹⁹. Par les plus faibles, notre auteur entend ceux qui ne peuvent se permettre les services d'un bon avocat. Pour cette raison, il s'assigne pour devoir, –un devoir de justice–, de remettre en cause le droit anglais de la preuve. Il ne s'explique pas pourquoi dans ce système technique, artificiel, tous les moyens de preuve ne sont pas admis⁴⁰⁰. Pour lui, cette solution

³⁹⁵ Voir Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, pp. 75-78.

³⁹⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, *Traité des preuves judiciaires* précité, p. 380.

³⁹⁷ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 90.

³⁹⁸ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, *Traité des preuves judiciaires* précité, p. 329. Voir sur ce point : *Observation sur le Traité des Preuves Judiciaires* précité, par M. Rossi, pp. 119-126 ; cf. également Jordi FERRER BELTRAN, La preuve est libre, ou presque : une théorie quasi-benthamienne de la preuve, in *Bentham juriste, L'utilitarisme juridique en question*, sous la direction de Malik BOZZO-RAY & Collection Etudes Juridiques dirigée par Nicolas MOLFESSIS, Economica, Paris, 2011, p. 329.

³⁹⁹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, *Traité des preuves judiciaires* précité, p. 379.

⁴⁰⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, pp. 96-97.

confine à l'irrationnel, il convient de la faire disparaître. Aussi bien Jordi Ferrer Beltran rapporte-t-il que « *dans le domaine de la preuve (spécialement dans le monde anglo-saxon), Jeremy Bentham est considéré comme l'un des précurseurs de la tradition dite rationaliste* »⁴⁰¹.

Le philosophe de l'utilité s'attache particulièrement à dénoncer un système de procédure qui consacre l'exclusion de certains modes de preuve. Il lui faut établir le principe inverse, celui de l'universelle admission des preuves. Tout moyen de preuve doit être admis lors d'un procès selon le réformateur anglais. « *Etait-il besoin de prouver des vérités presque évidentes ? De combattre des erreurs aussi manifestes ? Faut-il, dans un siècle comme le nôtre, employer tant d'arguments pour démontrer les avantages du témoignage oral, de la publicité des tribunaux ? N'est-ce pas livrer l'assaut à une ville rendue ?* »⁴⁰². Ayant en vue singulièrement le témoignage, il écarte toute objection en opposant que pour garantir la droiture de la justice, il suffira d'une part « *de s'assurer à ce que toutes les personnes qui ne respectent pas la loi soient sanctionnées* » et d'autre part « *de s'assurer qu'il (le contrevenant) soit le seul à être sanctionné* »⁴⁰³. Il voit dans la recevabilité du témoignage la condition nécessaire pour ériger le droit de la preuve en un art.

« *Ce que j'exprime ici par un seul mot comprend la plus grande partie de l'art judiciaire : il consiste essentiellement à rechercher les preuves, à les conserver, à les produire dans le meilleur ordre, à extraire le témoignage avec les garanties les plus sûres et à faire une juste appréciation de la crédibilité des témoins* »⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ Jordi FERRER BELTRAN, *op. cit.*, p. 329.

⁴⁰² *Ibid.*, préface, p. 242.

⁴⁰³ Jordi FERRER BELTRAN, *op. cit.*, p. 330 : « *L'objectif de l'établissement de la vérité dérive par ailleurs de la conviction de Bentham selon laquelle la finalité fondamentale du droit processuel est de garantir la correcte application du droit substantiel. A son tour, cette finalité suppose une double garantie : la principale, qui consiste à assurer que tous les contrevenants au droit soient sanctionnés et que seuls ceux-ci le soient* ».

⁴⁰⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, note de bas de page n°1 précité, p. 7. Voir également Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, pp. 108 et s.

Pour lui, le comble de l'arbitraire et le *summum* de l'artificiel du droit anglais de la preuve sont illustrés par la règle de l'exclusion des parties à témoigner à leur propre procès⁴⁰⁵. A cet effet, Jeremy Bentham rappelle que la procédure suivie devant les juridictions anglaises empêche la comparution personnelle des parties à l'audience et consacre ainsi l'absence de rapport direct entre les juges et les parties. En effet, dans le droit processuel anglais, en matière civile comme en matière pénale, ni les parties, ni leur conjoint ni une personne ayant un intérêt pécuniaire susceptible d'être affecté par l'issue du procès ne peut porter son témoignage. Or ce sont généralement les individus les mieux informés ou les plus propres à informer sur les faits de la cause⁴⁰⁶. Dans un tel système, l'accès des demandeurs à la justice n'est pas autorisé ! C'est pourquoi, afin que les justiciables l'aient directement *in limine litis*, il exige entre autres que, par une comparution immédiate, les parties, spécialement le demandeur, puissent produire les preuves à l'appui de leurs prétentions d'une part et que le juge ait la faculté d'interroger les plaideurs d'autre part⁴⁰⁷. C'est le moyen le plus sûr, ajoute notre auteur, pour atteindre la vérité qui reste la finalité ultime de la justice : « *Mettez les parties en présence devant le juge ; obligez-les à exposer elles-mêmes les faits à leur manière ; exigez qu'elles répondent sans préparation aux questions qui leur seront adressées ; recourez, si vous en entrevoyez l'utilité, à l'expédient de les interroger séparément et de les confronter ensuite ; et vous verrez bientôt les nuages se dissiper, les faits s'éclaircir, la vérité se montrer en tout son jour ; soit que les parties, de bonne foi, divisées par un malentendu, n'eussent besoin pour s'accorder que d'une intervention impartiale et éclairée, soit que la pénétration du juge ait reconnu la mauvaise foi de l'une d'elles à travers ses réponses évasives, ses réticences, ses contradictions et jusque dans son silence* »⁴⁰⁸. Le réformateur anglais ajoute encore que cela constitue le meilleur rempart

⁴⁰⁵ Rapp. H. L. A. HART, la démystification du droit, in *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 104-106.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, pp. 104-105.

⁴⁰⁷ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, De la comparution des parties dès l'entrée de la cause, in *Traité des preuves judiciaires* précité, chap. II, p. 297. Voir sur tous ces points, P. GERARD, Droit et pouvoir dans la pensée juridique de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 141 et s. et également pp. 147-149.

⁴⁰⁸ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, *Traité des preuves judiciaires* précité, p. 397.

contre la fraude : « *Cette comparution personnelle opèrera comme un frein sur celui qui, plus susceptible de la crainte de la confusion que du sentiment de l'honneur, oserait un mensonge par une voie d'emprunt et ne l'oserait de sa bouche. Et si ce scrupule même ne l'arrête, s'il affronte le péril de l'audience, c'est dans la difficulté de son rôle, dans l'embarras, dans l'angoisse que lui préparent un interrogatoire serré et ces regards scrutateurs fixés sur lui, dans l'inévitable nécessité de se couper, de se trahir, dans la publicité de la honte, qu'est placée la peine qui l'attend* »⁴⁰⁹.

Cependant, pour le philosophe utilitariste, la comparution personnelle ne suffit pas pour remédier aux inconvénients de la procédure de preuve instituée dans le système de procédure judiciaire technique, d'autres amendements sont nécessaires. C'est pour cette raison qu'il propose une dont il expose le programme très détaillé.

Indépendamment de la comparution immédiate des parties, la refonte du droit de la preuve judiciaire peut être résumée en deux points principaux :

- Dans la première proposition, le réformateur radical souhaite l'usage de formulaires de demande pour faciliter la saisine des tribunaux par les justiciables et limiter, par la même occasion, le monopole des avocats en la matière : « *La réclamation du demandeur, les bases sur lesquelles elle repose, soit en droit, soit en fait, sont consignés (autant qu'il est possible) dans des formulaires imprimés : les allégations individualisées par les noms, les dates, les lieux, sont insérées dans les blancs (...)* »⁴¹⁰.
- Dans sa seconde proposition, il s'attache au déroulement de la procédure devant le juge. Il considère qu'elle doit être orale à l'image de celle du tribunal de famille (tribunal domestique). Cela constitue pour lui un véritable remède. En effet, étant entièrement orale, la procédure permettrait aux parties de faire valoir leur

⁴⁰⁹ *Ibid.*

⁴¹⁰ Voir point n° IX, Du Parallèle de deux systèmes de procédure élaborés par l'auteur, in Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 76.

témoignage directement au juge⁴¹¹ et, à ce dernier, de recueillir les témoignages immédiatement des parties⁴¹². C'est pourquoi il regarde l'interrogatoire croisé lors de l'audition des parties par les juges comme un instrument pour établir la réalité des faits.

Ainsi conçue, la procédure aurait aussi pour effet de réduire les frais supplémentaires « *résultant d'écrits généralement rédigés par des intermédiaires et [d'offrir] également au juge de meilleures garanties quant à la vérité des faits* »⁴¹³.

Comme on peut le constater, les remèdes que propose le réformateur utilitariste ont pour objectif l'accessibilité de la justice aux citoyens, conformément aux exigences du principe du plus grand bonheur pour le plus grand nombre.

Par delà le témoignage, Jeremy Bentham se prononce plus généralement pour la preuve par tous les moyens.

2°. La preuve par tous moyens

Dans sa théorie sur la preuve judiciaire, le père de la philosophie utilitariste anglais ne se contente pas de critiquer le système en vigueur dans son pays. Il élabore un tableau général de toutes les espèces de preuve avec leurs descriptions. Pour réaliser cette tâche, il s'inspire de son tableau synoptique (*table of the springs of action*), catalogue exhaustif de la connaissance et de l'action. En effet, établir le droit sur la nature signifie qu'il convient de construire le droit à partir des actions humaines. William Blackstone s'est fourvoyé, parce qu'il a cherché à donner un tableau général à partir de considérations de pure technique juridique. Pour notre auteur, il faut partir de l'individu et en étudier le comportement social. D'après

⁴¹¹ P. GERARD, Droit et pouvoir dans la pensée juridique de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 141.

⁴¹² Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, *Traité des preuves judiciaires* précité, pp. 296 et s.

⁴¹³ *Ibid.*, p. 273.

Jeremy Bentham, en matière de législation, il faut prendre pour point de départ l'action humaine au lieu de l'action judiciaire. Il préconise de commencer par établir un tableau des actions, ou, pour être plus précis, un tableau des sources de l'action humaine. En s'inspirant du naturaliste et médecin suédois Linné (1707-1778), il considère qu'il faut établir une nomenclature des actions humaines. Comme pour le monde animal, il doit être procédé à un inventaire exhaustif, puis à un ordonnancement par divisions et subdivisions suivant le modèle espèces-genres. Enfin ce tableau général des actions humaines doit servir à dresser un plan systématique du droit pour guider législateurs et juges utilitaristes⁴¹⁴. C'est dire que dans ce système de législation, le droit doit tendre à la rationalité et à la complétude, deux qualités qui font défaut dans le système de *common law*.

Le recours à cette méthode en matière de législation en particulier et dans toutes les sciences en général, s'explique par sa finalité : permettre aux hommes de comprendre leur environnement et les choses qui les entourent d'une part et d'autre part d'agir. Appliqué à la procédure, un tel tableau doit faciliter au justiciable la connaissance des moyens de preuve qu'il peut utiliser pour défendre sa cause. Notre auteur juge que ce tableau général est le moyen idéal pour porter le droit de la preuve à la portée de tous. « *Comprendre une chose, c'est connaître ses qualités ou ses propriétés. (...) Pour la comprendre à la perfection, on doit donc être informé de tous les points selon lesquels elle s'accorde avec toutes les autres choses et de tous les autres points selon lesquels elle en diffère* »⁴¹⁵.

Aussi la division des différents moyens de preuve illustre parfaitement l'obsession qu'a notre auteur de mettre en œuvre dans tous les domaines de

⁴¹⁴ Voir sur le principe de l'utilité, Christophe CHAUVET, *op. cit.*, p. 53 : « la première étape consiste à recenser l'ensemble des peines et des plaisirs susceptibles d'agir sur les hommes afin d'obtenir un catalogue exhaustif des sensations élémentaires. Le résultat de ce travail est la présentation de quatorze plaisirs simples et douze peines simples. (...) ».

⁴¹⁵ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* précité, p. 187 par Emmanuelle de CHAMPS, *La déontologie politique* précité, *op. cit.*, p. 63.

la législation l'un de ses principes majeurs, le principe de classification, « *orienté par l'utilité et tourné vers l'action* »⁴¹⁶.

Des diverses espèces de preuves⁴¹⁷

Première division : d'après la source de la preuve, elle est tirée des personnes ou des choses : *preuve personnelle, preuve réelle*.

La preuve personnelle est celle qui est fournie par un être humain, et on l'appelle communément témoignage. La preuve réelle est celle qu'on déduit de l'état des choses.

Seconde division : preuve *directe*, preuve *indirecte*, ou preuve *circonstancielle*.

Le témoignage peut s'appliquer au fait principal immédiatement : Paul a vu Jean commettre le délit en question, la preuve est directe. Le témoignage peut s'appliquer au fait à quelque fait qui n'est pas celui du délit même, mais qui est tellement lié avec lui, que l'existence du second étant établie il en résulte une présomption plus ou moins forte de l'existence du premier.

Il s'est fait un vol dans la maison A ; son domestique a pris la fuite dans la nuit du vol. Cette fuite est une preuve circonstancielle contre lui.

Toutes les preuves réelles sont circonstancielles.

A est accusé d'avoir débité de la fausse monnaie ; on a trouvé chez lui divers instruments qui servent à fabriquer la monnaie, ou des coupures, des sciures métalliques. Ce sont là des preuves réelles et circonstancielles contre lui.

Quatrième division. La preuve en question peut avoir été produite à l'occasion de la cause pendante, ou antérieurement à cette cause, indépendamment d'elle et sans intention d'y servir. De là preuves

Cinquième division : preuves par écritures casuelles,

par *déposition*, preuves par *document*. Plusieurs auteurs, en parlant des preuves de cette espèce, les ont appelées présomptions ; ils y ont ajouté diverses épithètes : présomption *urgentes*, présomptions *véhémentes*, présomptions *faibles*, etc.

Troisième division : d'après l'état de la volonté du témoin déposant : témoignage personnel *volontaire*, témoignage personnel *involontaire*.

Le témoignage personnel volontaire est celui qui est fourni sur la simple demande du juge, ou même avant toute demande, sans aucune menace ni aucun moyen coercitif.

Le témoignage personnel involontaire est celui qui est arraché par des rigueurs ou des moyens de contrainte, ou celui qui est mis en évidence, non par un acte de volonté, mais en dépit de la volonté même, et malgré tous ses efforts ; c'est l'effet des émotions internes qui se manifestent dans la conduite, les gestes, la physionomie du témoin. Ces signes sont de la nature des preuves circonstancielles. Un crime a été commis ; l'accusé a tenu différents propos sur le fait principal : ces propos sont-ils considérés comme vrai, ils sont de la nature du témoignage direct, et se rangent sous la dénomination d'*aveux* ou *confession* ; sont-ils considérés comme faux, ils rentrent dans la classe des preuves circonstancielles ; les mensonges, les évasions, les efforts pour tromper, fournissant des présomptions du délit.

D'une perfection absolue, d'une impossibilité absolue d'erreur. Il ne s'agit ici que d'une perfection relative, c'est-à-dire de celle qui résulte de l'absence des imperfections qu'il nous est donné de connaître et d'éviter.

⁴¹⁶ Emmanuelle de CHAMPS, *op. cit.*, p. 62.

⁴¹⁷ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, Des diverses espèces de preuves, in *Traité des preuves judiciaires* précité, chapitre VI, pp. 251-253.

preuves par écritures préconstituées. Le témoignage qu'on produit dans une cause étant un écrit qui n'a pas été fait pour cette cause, c'est-à-dire avec une intention directe de la part de son auteur qu'il y fût employé comme preuve judiciaire, on peut l'appeler preuve par écriture casuelle : tels seront des lettres, des notes, un journal privé, etc.

Le témoignage produit dans une cause étant un écrit authentique, qui a été fait selon certaines formes légales pour être employé éventuellement dans le caractère de la preuve juridique, on peut l'appeler preuve préconstitué.

Mais il faut soigneusement distinguer la preuve préconstituée *ex parte*, c'est-à-dire par une des parties seulement, comme un livre de commerce, d'avec la preuve préconstituée *a partibus*, c'est-à-dire par les parties intéressées des deux parts, comme un contrat. La première espèce pourrait s'appeler preuve demi-préconstituée.

Sixième division : preuves indépendantes de toute autre cause, et preuve d'*emprunt*. Si le témoignage produit est tiré d'une cause antérieure, s'il se rapporte à des dépositions qui ont passé par un examen judiciaire, soit dans le même pays, soit dans un pays étranger, cette preuve peut recevoir la dénomination de preuve *empruntée*.

Il est nécessaire d'avoir une expression particulière pour les signaler, parce qu'il y a bien des observations à faire sur ce genre de preuves. Ce n'est point ici que nous devons les placer.

Septième division : témoignage *original* et *inoriginal*.

Le témoignage est *original* lorsque le témoin qui dépose devant le juge sur le fait en question est la personne identique qui avait été présente au temps et au lieu dont il s'agit, et qui avait reçu par ses sens les perceptions dont elle rend compte.

Le témoignage peut être appelé *inoriginal* lorsque le témoin déposant ne parle pas d'après lui-même, mais relate ce qui a été dit par une autre personne qui est supposée avoir été présente au temps et au lieu en question, et avoir reporté les faits d'après sa perception immédiate.

La même distinction s'applique aux écrits : ils sont originaux ou non originaux, c'est-à-dire *copies*.

S'il y a quelque imperfection dans la force probante d'un témoignage, elle aura son principe, soit dans la *source* dont il est tiré, soit dans la *forme* selon laquelle il est rendu.

L'imperfection est dans la source même du témoignage lorsque l'esprit du témoin est mal disposé pour la vérité. Si la faute se rapporte à son état intellectuel, elle peut venir de la conception, du jugement, de la mémoire, ou de l'imagination : chacune de ces facultés peut être défectueuse au point d'infirmer plus ou moins tout ce qu'il avance. Si la faute se rapporte à son état moral, à sa volonté, la cause en est dans certains motifs qui pour l'occasion présente, poussent le témoin à mentir avec une force supérieure à celle des motifs ordinaires qui opèrent généralement en faveur de la vérité.

L'imperfection est dans la *forme*, je dirais presque dans le *moule* où le témoignage est jeté, lorsque cette forme exclut l'une ou l'autre des épreuves par lesquelles on constate son mérite, en s'assurant qu'il est exact et complet.

Ces épreuves, ces sûretés, ces garanties du témoignage seront exposées dans le plus grand détail. Toutes les espèces de preuves, selon qu'elles ne peuvent point être soumises à l'une ou l'autre de ces garanties, seront rangées dans la classe des preuves inférieures. Nous ne les jetteront point toutefois, puisqu'il est des cas où il faut les admettre faute de mieux, et d'autres où elles sont utiles dans le caractère d'*indices*. Mais ce qui est essentiel c'est d'en bien connaître la nature.

L'absence de l'une ou de l'autre de ces garanties range une preuve dans la classe des preuves inférieures ; ces garanties manquent, soit par la nature des choses, soit par la faute des tribunaux qui ne les admettent pas. On verra ce qu'on doit penser de la négligence des législateurs et des juges qui, dans les cas les plus nombreux où ils peuvent obtenir des preuves régulières et complètes, les font descendre volontairement de cet état de prééminence dans la classe dégradée des preuves mutilées et inférieures.

Les neuf divisions principales font connaître toute la matière du témoignage (*Evidence* en anglais), mais si on voulait les traiter dans cet ordre, on serait entraîné dans de fréquentes répétitions.

Il n'y a que deux classes bien distinctes, les preuves

Huitième division : témoignage parfait et témoignage imparfait.

Il ne faut pas que ce mot de perfection impose, comme s'il s'agissait

directes et les preuves *indirectes* (il s'agit de la **neuvième division**). La première classe comprend le témoignage oral d'un témoin percevant, et les preuves préconstituées ; la seconde classe comprend les preuves réelles et circonstanciées, et les preuves *inoriginales*.

A travers ce classement des différents modes de preuve, Jeremy Bentham entend faire de la preuve testimoniale la reine des preuves, comme l'atteste la place centrale qu'occupe ce moyen dans son *Traité des preuves judiciaires* (du chapitre VIII au chapitre XVI)⁴¹⁸. Cette volonté de faire du témoignage le mode de preuve par excellence apparaît comme une évidence, une conséquence logique de sa définition de la preuve, à savoir « *un moyen dont on se sert pour établir la vérité d'un fait* »⁴¹⁹, peu importe la nature de ce moyen « *bon ou mauvais, complet ou incomplet* »⁴²⁰. Rappelons-le, pour notre auteur, en tout état de cause, la preuve reste « *un moyen pour une fin* »⁴²¹. Il apparaît clairement que l'« *évidence* », c'est-à-dire le témoignage⁴²², est le meilleur moyen de preuve pour démontrer l'existence d'un fait. Le choix du philosophe de l'utilité de faire de la preuve testimoniale le moyen de preuve parfait est motivé par l'expérience⁴²³ : « *on croit au témoignage humain par la même cause qu'on croit à l'existence de la matière, c'est-à-dire en vertu d'une expérience générale confirmée par celle de chaque individu* »⁴²⁴.

Le réformateur anglais part du principe selon lequel les assertions vraies emportent la conviction plutôt que les assertions fausses, ce qui n'exclut pas bien évidemment l'existence de ces dernières. En définitive, il

⁴¹⁸ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, Des divers espèces de preuves, in *Traité des preuves judiciaires* précité, pp. 251-269.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 251.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 252.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 249.

⁴²² Voir la note n°1, Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, Des divers espèces de preuves, in *Traité des preuves judiciaires* précité, p. 253 : « *Témoignage par les choses ou par les personnes : ce qu'on appelle en anglais évidence* »

⁴²³ *Ibid.*, p. 254. Ainsi que le rapporte Bentham : « *Il y a des philosophes, et surtout dans l'école écossaise, qui répondrait que la force probante du témoignage ne repose point sur l'expérience, qu'elle a un fondement antérieur et plus solide ; savoir, un sentiment inné, un penchant inné dans le cœur humain à croire ce qui est affirmé par d'autres* ».

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 255. Voir Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 91.

est d'expérience plus facile « *de dire la vérité que de mentir* »⁴²⁵, fait encore remarquer notre auteur.

Le réformateur anglais ne se borne pas à avancer que la preuve testimoniale est la reine des preuves, il s'attache également à en garantir la sincérité. Il consacre de longs développements aux *sûretés ou garanties du témoignage*⁴²⁶. Dans la pensée juridique du réformateur anglais, afin que la preuve testimoniale puisse « *conduire à une bonne décision* », le témoignage « oral » doit « *avoir deux qualités ; il faut qu'il soit exact et complet* »⁴²⁷.

Pour garantir l'exactitude et la complétude du témoignage, Jeremy Bentham prévoit d'autres qualités qu'il qualifie de secondaires, mais qui restent néanmoins très importantes pour rendre ce mode de preuve le plus parfait possible. Elles sont de deux natures : interne et externe (législatif ou judiciaire). Il ne manque pas de préciser les conditions exigées par la loi : « *Le témoignage doit avoir, autant que possible, les caractères suivants ; il doit être 1° Responsif, 2° Particularisé, 3° Distinct, 4° Réfléchi, 5° Imprémedité, 6° Non suggéré d'une manière induue, 7° Aidé par des suggestions* »⁴²⁸. Quant aux garanties externes –judiciaires– de sincérité du témoignage, Jeremy Bentham expose : « *les moyens externes qui agiront sur le témoin pour le rendre fidèle, c'est-à-dire exact et complet sont : 1° les peines légales, 2° la honte, 3° l'interrogatoire, 4° le contre-témoignage, 5° le procès-verbal, 6° la publicité, 7° l'examen privé* »⁴²⁹. Les unes comme les autres ont pour objectif de produire l'exactitude et la complétude du témoignage. Cependant notre auteur accorde une importance particulière aux garanties légales. D'après lui, la peine légale est la plus efficace : « *De toutes les garanties qui contribuent à la vérité du témoignage, la plus forte est la peine ; elle est absolument nécessaire pour assurer la prépondérance aux motifs tutélaires, quand ils sont en conflit avec les motifs*

⁴²⁵ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, Des divers espèces de preuves, in *Traité des preuves judiciaires* précité, p. 269.

⁴²⁶ *Ibid.*, pp. 275-295.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 275.

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 277.

⁴²⁹ *Ibid.*, pp. 277-278.

séducteurs »⁴³⁰. Toutes ces sanctions légales⁴³¹ devraient constituer des garanties efficaces tendant à faire du témoignage un moyen de preuve parfait pour assurer la sincérité des éléments de preuve, spécialement lorsqu'ils sont écrits⁴³². Dès lors la conclusion s'impose : « *All persons wihatsoever may and shall be admitted to give their testimony : unless in certain cases which are enumerated : parties themselves as well as others* »⁴³³.

Grâce à son travail sur la procédure judiciaire, notamment son *Traité sur la preuve judiciaire*, le réformateur radical anglais est regardé aujourd'hui comme le précurseur d'une nouvelle *doctrine* dénommée « *théorie benthamienne de la preuve* ». Celle-ci est considérée par Jordi Ferrer Beltran comme « *la plus ambitieuse et la plus complète théorie de la preuve dans l'histoire de la pensée juridique* »⁴³⁴. Toutefois cela doit être nuancé. Jeremy Bentham ne fait que reprendre dans sa critique de la preuve le constat communément partagé par la majorité des hommes de loi de son temps. Le sentiment général est alors que les règles relatives au droit de la preuve dans le système judiciaire anglais à la fin du XVIII^{ème} et du début XIX^{ème} siècle empêchent les parties au cours de la procédure de s'adresser directement au juge, voire de défendre par eux-mêmes leur cause⁴³⁵, un constat qui demeurerait encore d'actualité⁴³⁶.

⁴³⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, Des divers espèces de preuves, in *Traité des preuves judiciaires* précité, p. 280.

⁴³¹ Voir sur ce point Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, pp. 90-91.

⁴³² Voir sur les garanties de la preuve testimoniale, Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, Des divers espèces de preuves, in *Traité des preuves judiciaires* précité, Livre deuxième, pp. 275 et s.

⁴³³ Elie Halévy, *ibid.*, p. 291, note n°51 traduit ainsi : « *Toute les personnes sans distinction peuvent et doivent apporter leur témoignage, sauf dans quelques cas dénombrés : les personnes concernées et quelques autres* ».

⁴³⁴ Jordi FERRER BELTRAN, *op. cit.*, pp. 329 et s.

⁴³⁵ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, *Traité des preuves judiciaires* précité, pp. 4-10 : « *Des divers espèces de causes, et des degrés par lesquels elles doivent passer* ». Voir également Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, Les Observations sur le traité des preuves judiciaires par Rossi, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, pp. 119-126.

⁴³⁶ Jordi FERRER BELTRAN, *ibid.*, p. 329 : « *De ce point de vue, Bentham est extraordinairement critique vis-à-vis du droit de la preuve de son époque (ses critiques étant largement applicables à nos systèmes processuels actuels)* ».

Par son propre discours, Jeremy Bentham a achevé ainsi de se persuader que le droit processuel anglais a été construit par les *lawyers* dans leur intérêt exclusif au détriment de celui du plus grand nombre.

§2. Une procédure pour le bonheur du très petit nombre des *lawyers*

« *Ah, Dieu ! (...) Délivre-nous des griffes des harpies du droit* »⁴³⁷.

C'est avec ces mots que Jeremy Bentham résume sa pensée à l'égard des juristes de son temps. En effet, dans sa critique des sophismes utilisés dans le droit anglais, ce sont les *lawyers* que notre auteur dénonce à travers sa critique de l'état du droit de la procédure. C'est à eux, selon le réformateur anglais, que profite la persistance des procédés techniques utilisés dans le système judiciaire.

« *Voici l'un des artifices des hommes de loi. Ils refusent de vous faire justice, si vous n'adoptez pas leurs fictions et ensuite ils proclament, voyez comment la fiction est nécessaire à la justice. Nécessaire, certes ; que trop ; mais comment cela s'est-il fait, et qui en est responsable ? Aussi bien un père de famille pourrait-il se faire une règle de ne jamais laisser ses enfants prendre le petit-déjeuner avant que chacun d'eux n'ait proféré un certain nombre de mensonges, d'anathèmes et de jurons impies ; après quoi ils s'exclameraient, « vous voyez, mes chers enfants, comme mentir, anathématiser et jurer sont nécessaires à la subsistance humaine ! »* »⁴³⁸.

Jeremy Bentham croit que le caractère technique de la procédure est dû à l'usage excessif des fictions par les *lawyers* afin de servir leurs propres

⁴³⁷ Jeremy BENTHAM, in *The Works* (éd. Edinbourg), of *Jeremy Bentham* par J. Bowring, (11 vol.), W. Tait, 1838-1843, vol. V, p. 237, (cité par G. TUSSEAU, *Jeremy Bentham, La guerre des mots* précité, p. 71).

⁴³⁸ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Nomography ; on the Art of Inditing Laws* précité, vol. III, p. 241, (traduction française partielle J. P. CLERO, Cah. crit. Philo. n° 4, 2007, pp. 41-51). Voir également G. TUSSEAU, *ibid.*, p. 82.

intérêts. L'offensive de notre auteur contre l'utilisation des fictions ne s'arrête pas au régime qu'elles instaurent, comme le résume Guillaume Tusseau⁴³⁹. Dans son combat contre les sophismes, source principale de l'inaccessibilité du droit en général et de la procédure en particulier, le philosophe utilitariste développe une nouvelle critique plus globale dont la portée embrasse autant la procédure que l'organisation judiciaire⁴⁴⁰. Cette critique prend l'allure d'un véritable réquisitoire contre les défenseurs, en même temps bénéficiaires, du système technique, à savoir les *lawyers* anglais : les juges et les avocats. Selon notre auteur, la procédure judiciaire est mise en place pour le plus grand bonheur des juges (A) et les avocats (B).

A. Au bonheur des juges

Depuis des siècles, dans un système de droit de tradition de *common law*, le juge occupe une place dominante. Cela est particulièrement vrai en Angleterre, comme le souligne Gilles Cuniberti⁴⁴¹. Le prestige dont bénéficie le magistrat vient « *de la place de choix qu'il (le juge) occupe au sein de la communauté des juristes anglais* »⁴⁴². Pour Jeremy Bentham, cette aura est indue.

« Il est certain que, dans l'état actuel de la jurisprudence anglaise, il faut dans les juges beaucoup de science et d'expérience ; mais avec de bonnes lois écrites, avec un meilleur système de procédure, tout homme

⁴³⁹ G. TUSSEAU, *Jeremy Bentham, La guerre des mots* précité, p. 71. Voir notamment le chapitre 2 : « *Les fictions du common lawyer, instrument de la tromperie* ».

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 81.

⁴⁴¹ Gilles CUNIBERTI, *Grands systèmes de droits contemporains, Introduction au droit comparé*, L. G. D. J, 3^{ème} édition, 2015, p. 107 : « *Les droits de Common Law sont naturellement des droits principalement jurisprudentiels, et il était donc logique que le juge bénéficie du statut central des normes qu'il édicte : il est celui qui fait officiellement le droit* ».

⁴⁴² *Ibid.*, p. 107.

*sensé et qui aurait passé par un noviciat convenable serait en état de remplir dignement cette fonction »*⁴⁴³.

La critique du fondateur de la doctrine utilitariste en Angleterre ne se limite pas à l'institution, il dresse un véritable acte d'accusation contre les individus qui en sont les serviteurs⁴⁴⁴. « *La multiplication des occasions de gagner des honoraires est la cause de la complication artificielle, des dédales, de l'obscurité, de l'inintelligibilité, de l'impénétrabilité du système de procédure* » écrit-il dans une lettre publiée par son biographe John Bowring dans le *Scotch Reform*⁴⁴⁵. L'anathème est jeté sur les juges, car, d'une part ils sont les créateurs et gardiens de la procédure anglaise et d'autre part, plus gravement encore, ils en apparaissent comme les créateurs des règles de conduite.

C'est le modèle de procédure technique en vigueur en Angleterre qui offre cette place privilégiée au juge dans l'élaboration des règles de conduite selon Jeremy Bentham. C'est ce modèle qui fait de l'usage des fictions le principe en matière de législation alors même que celles-ci constituent la source majeure de l'inaccessibilité de la justice estime encore notre auteur. En effet, il considère que par l'utilisation des fictions les juges ont usurpé le pouvoir du législateur, c'est pourquoi il associe les juges et les fictions dans sa critique du droit anglais. Ainsi, en s'attaquant au système en vigueur, le réformateur anglais pense avant tout aux *lawyers* anglais, notamment les juges : « *La première conséquence du système technique, du moment où celui-ci fait consister l'essence du droit dans le respect de certaines formalités traditionnelles, intelligibles pour le profane qui ne connaît pas l'histoire de la corporation judiciaire, c'est de compliquer et d'obscurcir la science du droit, et de rendre nécessaire l'intervention, entre le plaideur et le juge, d'un homme chargé d'interpréter le mystère de la loi, d'un avocat. Les avocats viennent grossir dès lors les rangs de la corporation judiciaire ; comme les juges, ils trouvent intérêt à ce que le procès dure le plus*

⁴⁴³ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire* précité, chapitre VII, p. 11.

⁴⁴⁴ Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, pp. 85-86.

⁴⁴⁵ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Scotch Reform* précité, Letter I, vol. V, p. 5.

*longtemps possible et soit, pour les parties, aussi coûteux que possible : la justice, pour eux comme pour les juges, devient une « affaire », où les intérêts sont distincts de ceux des parties »*⁴⁴⁶. Pour lui, ce système ne doit son maintien qu'à l'action constante de ces derniers (la caste des juristes). Il considère que les juges sont à l'origine de ces fictions, mais également la cause de leur maintien dans le droit processuel anglais.

Pour dénoncer le rôle des juges anglais, Jeremy Bentham commence par une critique du système des circuits anglais⁴⁴⁷. D'après lui, à lui seul, le circuit résume parfaitement l'usage des fictions dans la procédure judiciaire inventée par les *lawyers* anglais. Il saisit ainsi l'occasion de contester vigoureusement les quatre prétendus grands avantages que procurait ce système des circuits.

Il commence par en dresser le catalogue en les commentant sommairement :

- Le nombre réduit des juges : *« Il ne faut qu'un petit nombre de juge : par conséquent on peut n'avoir que des hommes distingués par leurs capacités comme par leurs caractères ; leur réputation inspire une sécurité générale »*⁴⁴⁸ ;
- L'économie de la procédure : *« Quoiqu'on puisse donner à douze juges un salaire considérable qui permet de les choisir parmi les hommes des plus habiles et qui les place au-dessus des tentations, cependant l'établissement entier est économique, surtout si on le*

⁴⁴⁶ Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 86.

⁴⁴⁷ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, De l'organisation judiciaire, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, chapitre VII, p. 10 : *« L'Angleterre est divisée en six départements pour son administration judiciaire. Deux fois par année, deux juges se rendent avec un grand appareil dans chaque département, suivis des avocats ; ils siègent deux jours dans les villes capitales des comtés : l'un se charge des affaires civiles, l'autre des affaires criminelles ; ils remettent toujours beaucoup de causes à un autre temps, ou les renvoient aux tribunaux qui siègent à Londres.*

⁴⁴⁸ *Ibid.*, chapitre VII, p. 10 : *« Il ne faut qu'un petit nombre de juges : par conséquent on peut n'avoir que des hommes distingués par leurs capacités comme par leurs caractères ; leur réputation inspire une sécurité générale ».*

*compare à celui des tribunaux stationnaires dans tous les districts »*⁴⁴⁹.

- La neutralité des juges : *« Les juges ne faisant que passer dans leurs circuits, ne contractent pas les partialités dont il est bien difficile que les juges résidents puissent toujours se défendre »*⁴⁵⁰ ;
- La proximité de la justice : *« La justice voyage et les justiciables restent chez eux »*⁴⁵¹.

Pour le réformateur utilitariste, ces arguments ne peuvent être admis dans un système de procédure que dans la mesure où ils permettent à la justice d'atteindre son but. Néanmoins, fait constater notre auteur, cela n'est pas le cas des circuits anglais. Ainsi il répond à chacun des arguments utilisés par les défenseurs de la procédure anglaise, les *lawyers* anglais:

- En ce qui concerne le coût de la procédure, il fait remarquer que *« ce qu'on épargne en salaire des juges dans ce mode, on le dépense dix fois en avocats et en procureurs. Il y a peu de causes civiles qui ne voyagent plusieurs fois entre la ville et la province (...). Il faut payer un procureur dans la province et un autre procureur dans la capitale »*⁴⁵². Pour lui, au contraire, cette procédure engendre des frais supplémentaires considérables pour les justiciables.
- En ce qui concerne les délais de la procédure, il pense que *« les circuits amènent des délais forcément dans toutes les causes ; mais leur plus fâcheux effet est de prolonger la détention des prisonniers d'une assise à l'autre (...) Cet état est horrible pour un innocent, il est même trop cruel pour les coupables »*⁴⁵³, fait remarquer encore notre auteur.

⁴⁴⁹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, De l'organisation judiciaire, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, chapitre VII, p. 11.

⁴⁵⁰ *Ibid.*

⁴⁵¹ *Ibid.*

⁴⁵² *Ibid.*

⁴⁵³ *Ibid.*

- S'agissant de la proximité de la justice dans ce système, il réfute l'argument catégoriquement, car, souligne-il, « *ce temps qui s'écoule entre les circuits ne peut manquer de produire un grand nombre d'incidents défavorables à la justice, et plus on s'éloigne de certains faits, plus il est difficile de remonter à la vérité : les preuves s'évanouissent ; on transige avec les témoins ; une personne meurt, une autre voyage (...)* »⁴⁵⁴, précise Jeremy Bentham.
- S'agissant de la rapidité de la procédure dans un tel système, force est de constater que cette rapidité même avec laquelle procèdent les juges dans les circuits anglais est faite au détriment de la qualité et de la précision avec laquelle les juges doivent traiter une affaire : « *La rapidité même avec laquelle on procède fait perdre à des causes resserrées dans un petit espace leurs traits essentiels* » et d'ajouter que le juge, dans un tel cas « *pressé par le temps et surchargé d'occupations, expédie souvent les affaires avec une promptitude peu décente, et il ne faut que le retard d'un témoins pour le faire ajourner une cause (...)* »⁴⁵⁵.

Pour finir, le fondateur de la doctrine de l'utilité estime que les avantages de ce système ne sont qu'au profit des *lawyers*, à leur tête, les juges. Il considère que le système est, par voie de conséquence, corrompu, car il fait plutôt l'affaire des juges que celle du public.

« *La justice, pour eux, (...) les juges, devient une « affaire », où leurs intérêts sont distincts de ceux des parties* »⁴⁵⁶.

La dénonciation du détournement de la procédure par les *lawyers* anglais, notamment les juges, ne s'arrête pas à leur rôle dans le système des circuits, elle concerne également le langage utilisé par ces derniers. En effet, la dénonciation par le philosophe de l'utilité de l'usage des fictions en droit de *common law* en général et en procédure en particulier, a également pour objectif la dénonciation de leur usage par les hommes de lois en général et

⁴⁵⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, De l'organisation judiciaire, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, chapitre VII, p. 11.

⁴⁵⁵ *Ibid.*

⁴⁵⁶ Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 86.

les juges en particulier. Leur usage en soi est un sophisme qu'il faut combattre, estime-t-il, car il contribue à l'inaccessibilité et à l'imprévisibilité du droit. Leur maintien n'est dû, d'après le réformateur anglais, qu'à l'entêtement des *lawyers*. Et Bentham d'insister que l'usage de ces fictions par les hommes de loi n'a qu'un seul objectif : « *fausser le calcul d'utilité par la majorité de la population* »⁴⁵⁷.

Le constat est sans appel. Pour notre auteur, la cause de l'inaccessibilité du système judiciaire anglais est à rechercher dans le rôle que jouent les *lawyers* dans la procédure judiciaire. Juges et avocats réunis constituent, selon Jeremy Bentham, la source de tous les maux du droit anglais. D'après lui, la procédure doit se reposer sur un rôle actif du juge, comme cela est le cas dans un système naturel de procédure⁴⁵⁸.

Comme à son habitude, il s'attaque au fondement même de ce système afin de démontrer son inefficacité d'une part et la nécessité de sa réforme d'autre part. C'est dans cette perspective qu'il dénonce l'argument utilisé par les défenseurs du système technique pour justifier son maintien : une sauvegarde contre l'arbitraire des autorités. D'après les défenseurs du système anglais, la procédure fondée sur le système technique se justifie par une maxime implicite, très respectée dans les tribunaux, selon laquelle « *les plaideurs sont faits pour les juges, et non les juges pour les plaideurs* »⁴⁵⁹. D'après les *lawyers*, elle constitue une sauvegarde contre l'injustice et l'arbitraire des autorités. Il en résulte ainsi un monopole de la loi pour la caste des *lawyers*, puisque le droit est complètement inaccessible au profane. Partant, la réforme de la procédure par sa simplification, telle que préconisée, est plus que nécessaire, elle est indispensable. Dans la pensée juridique benthamienne le principe premier du droit de la procédure, comme pour l'organisation judiciaire, est la « *simplicité* ». A ce sujet, le fondateur de la philosophie utilitariste déclare : « *Heureuse la nation dont les lois seraient assez simples pour être connues de tout le monde, et où chaque citoyen pourrait gérer sa cause en justice, comme il gère par lui-même ses*

⁴⁵⁷ Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 78.

⁴⁵⁸ G. TUSSEAU, *Jeremy Bentham, La guerre des mots* précité, 135.

⁴⁵⁹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Traité de législation civile et pénale* précité, pp. 39 et s.

*autres affaires! Mais, sous le règne d'une législation obscure et compliquée, d'une procédure hérissée de formes et grevée de nullités, surtout avec une jurisprudence non écrite, le ministère des avocats est indispensable »*⁴⁶⁰.

Le raisonnement du philosophe de l'utilité est des plus clairs, il illustre une forme d'« *herméneutique du soupçon* »⁴⁶¹, tel que l'a définie Paul Ricœur. D'après ce dernier, l'herméneutique du soupçon consiste à marquer une rupture radicale avec les apparences qu'offrent les phénomènes, c'est-à-dire que l'élimination des apparences « *entend démystifier les significations et, au moyen d'une analyse critique, en restituer la véritable portée, souvent dissimulée* »⁴⁶².

En réalité le caractère révolutionnaire de la critique de Jeremy Bentham n'est qu'apparent. Elle n'est guère innovante sur ce point. Cette dernière s'inscrit dans un mouvement qui gagne toute l'Europe à la fin du XVIII^e siècle et qui s'avère « *récurrent depuis le Moyen-âge* »⁴⁶³, comme le souligne Guillaume Tusseau. Les critiques à l'encontre du système judiciaire, ainsi qu'à l'égard des juges sont des lieux communs à tous les publicistes et les écrivains depuis le Bas moyen âge. A ce titre, l'œuvre de Rabelais est très significative. Elle résume bien le sentiment communément partagé à l'égard des juges en France d'avant la Révolution. Contrarié par la censure de son livre « *Pantagruel* » et la suspension de sa publication par le Parlement de Paris, il compare de façon ironique le président de cette cour à *Grippeminaud*⁴⁶⁴, « *archiduc de chats fourrez* »⁴⁶⁵. Cet auteur pense que les juges en général, et ceux du Parlement de Paris en particulier « *sont bestes moult horribles et espouvantables : ils mangent les petits enfants, et*

⁴⁶⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 39. Voir également Guillaume TUSSEAU, *Jeremy Bentham, La guerre des mots* précité, p. 133.

⁴⁶¹ Paul RICŒUR, *De l'interprétation. Essai sur Freud*, Seuil, coll. « Points. Essai », vol. 298, Paris, 1965, pp. 30-46. Voir également G. TUSSEAU, *ibid.*, p. 79 : « *L'élimination des illusions dont elles sont à la fois le produit et le vecteur, doit permettre de parvenir à une conscience plus authentique de l'opération des phénomènes humains* ».

⁴⁶² G. TUSSEAU, *Jeremy Bentham, La guerre des mots* précité, p. 79.

⁴⁶³ *Ibid.*

⁴⁶⁴ C'est un personnage qui réapparaît chez La Fontaine sous une autre appellation « *chat-juge* » dans « *Le chat, la belette et le petit lapin* ». LA FONTAINE, www.La-fontaine-ch-terry.net/chadelap.htm : le chat-juge : « *Mit les plaideurs d'accord en croquant l'un et l'autre* ».

⁴⁶⁵ F. RABELAIS, *La vie de Gargantua et de Pantagruel*, in *Œuvres de Rabelais*, t. 7, Paris, Dalibon, 1823, livre v, spéc. Chap. XI.

paissent sus des pierres de marbre. (...) Ils ont le poil de la peau non hors sortant, mais au-dedans caché, et portent pour leur symbole et devise tous et chascun d'eulx un gibbessiere ouverte (...). Ont aussy des gryphes tant fortes, longues et asserees, que rien neleur eschappe, depuis qu'une fois l'ont mis entre leurs serres. Et se couvrent les testes aulcunes fois de connets a quatre gouttières, aultres de caparassons mortifiez. (...) Parmi eulx regne la sexte essence, moyennant laquelle ils grippent tout, devorent tout, et conchient tout, ils bruslent, escartelent, decapitent meurdissent, emprisonnent, ruinent et minent tout sans discretion de bien et de mal. Car parmy eux vice et vertus appelé : meschanceté est bonté surnommée : trahison ha nom de féaulté : larcin est dict liberalité : pillerie est leur devise, et par eulx faicte est trouvee bonne de tous humains, exceptez moy les hereticques : et le tout font avecques souveraine et irrefragable autorité »⁴⁶⁶.

Si ce mouvement de méfiance à l'égard des juges trouve ses racines au Moyen-âge, il s'affirme beaucoup plus à partir du milieu du XVIIIème siècle. En France, la critique des juges et de l'institution judiciaire devient « massive »⁴⁶⁷ et va aboutir, sous la Révolution de 1789, à l'adoption de la loi de 16-24 août 1790 portant notamment abolition des parlements de l'Ancien régime.

Jeremy Bentham n'est pas en reste de ce mouvement qu'a connu l'Europe à la fin du XVIIIème siècle. Cependant, même si sa critique s'inscrit parfaitement dans ce mouvement, néanmoins elle reste singulière en Angleterre. Contrairement au philosophe de l'utilité, l'institution judiciaire anglaise, à sa tête le juge anglais, bénéficie d'une très grande admiration et d'un très grand respect par les citoyens anglais, voire par tous les hommes éclairés de toute l'Europe de cette époque. Assurément, le système judiciaire anglais est donné alors en exemple partout dans le monde civilisé.

⁴⁶⁶ F. RABELAIS, *La vie de Gargantua et de Pantagruel*, in Œuvres de Rabelais, t. 7, op. cit., Chap. XI.

⁴⁶⁷ G. TUSSEAU, *Jeremy Bentham, La guerre des mots* précité, p. 81.

Même si sa critique à l'égard des juges n'est pas originale, la méthode qu'il utilise pour dénoncer les abus des magistrats quant à elle, est absolument inédite. En effet, pour dénoncer l'usage des fictions en matière de législation, le réformateur utilitariste élabore une véritable théorie sur le langage afin d'une part de critiquer celui en vigueur, complexe et inaccessible et d'autre part de lui substituer un nouveau langage simple et accessible au plus grand nombre. C'est particulièrement dans sa théorie du langage que notre auteur souligne le rôle des fictions dans la mystification du droit anglais. A cet effet, il précise que si le droit anglais est complexe et inaccessible, c'est parce qu'il est rédigé soit en latin, soit dans le vieux français, une tradition héritée de la conquête normande, qui est en grande partie le résultat de décisions de tribunaux.

« *C'était déjà beaucoup, mais ce n'était pas tout* » écrit Jeremy Bentham, et d'ajouter que « *la fiction, la tautologie, la technicité, la circularité, l'irrégularité, l'inconstance demeuraient. Mais par-dessus tout, le souffle pestilentiel⁴⁶⁸ de la fiction empoisonnait le sens de tout instrument qu'elle approchait* »⁴⁶⁹. Mais, si l'origine de l'usage des fictions dans le droit anglais peut largement s'expliquer, il n'en demeure pas moins que son maintien l'est beaucoup moins d'après notre auteur. Il attribue cela, encore une fois, à la résistance des *lawyers*, particulièrement les juges pour qui un tel système est particulièrement avantageux. Par exemple il fait observer que l'avantage des juges dans le système technique tourne au détriment des citoyens. C'est le cas notamment de l'usage du serment judiciaire. Ce dernier n'est qu'une formalité perpétuée dans la procédure judiciaire anglaise par les juges dans leur seul intérêt. Sur ce point, notre auteur écrit que : « *moins un juge est habile ou appliqué, plus il se fait du serment un oreiller de paresse, plus il lui donne de valeur. Ayant satisfait aux formes et sauvé sa responsabilité légale, il néglige l'essentiel, il s'attache peu à*

⁴⁶⁸ Voir sur cette théorie. E. MARI, « Du souffle pestilentiel de la fiction » dans le droit, à la théorie du droit comme fiction », in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 353 et s.

⁴⁶⁹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres, Fragment sur le gouvernement, Manuel de sophisme* précité (traduction de J-P CLERO), p. 100.

examiner les caractères intrinsèques de la véracité du témoin »⁴⁷⁰, ajoute encore notre auteur, d'une allusion faite à la persistance des préjugés religieux, bien utile aux juges. C'est pour la même raison que le père de la philosophie utilitariste critique le maintien du procédé de preuve religieux⁴⁷¹. Selon le réformateur anglais, le maintien de l'exigence du serment judiciaire et la solennité de la cérémonie juridique, toutes ces formalités ne sont que des fictions inventées par les juges pour légitimer leurs décisions⁴⁷². C'est pourquoi il préconise l'abolition du monopole de l'Eglise (exemple du serment judiciaire ; car ce dernier perpétue les coutumes et les préjugés du passé)⁴⁷³. Sur la même base encore, il critique la formalité du serment, car ce dernier empêche, là encore, le juge de réfléchir⁴⁷⁴.

La critique des fictions sur lesquels s'appuient les juges pour justifier leurs décisions ne s'arrête pas au serment judiciaire. Dans sa critique du système d'exclusion mis en place par la procédure anglaise, en plus des causes directes, comme le droit de la preuve, il y a également des causes indirectes, « *preuves préconstituées* »⁴⁷⁵ comme « *la persistance des préjugés religieux* »⁴⁷⁶.

Toutefois, pour Jeremy Bentham, les juges ne sont pas les seuls responsables du maintien de ce système, les avocats ne sont pas en reste. Pour lui les deux corps ne constituent en réalité qu'un.

⁴⁷⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, *Traité des preuves judiciaires* précité, Livre II, chapitre. VI, p. 247.

⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 265.

⁴⁷² *Ibid.*, pp. 95-96.

⁴⁷³ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Traité de législation civile et pénale* précité, chapitre XII, pp. 292-295.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 295.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, Livre IV, chapitre. I, tome I, p. 246.

⁴⁷⁶ Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 94

B. Au bonheur des avocats

« *Juge et Cie* »⁴⁷⁷ écrit Jeremy Bentham pour désigner la connivence qui existe entre les juges et les avocats au détriment des intérêts des justiciables.

« *If every man may be his own advocate and any man the advocate of any other, there is an end of the monopoly possessed by advocate* »⁴⁷⁸.

Il faut que chaque homme puisse prétendre se défendre tout seul, il faut que n'importe qui puisse être l'avocat de n'importe qui, c'est le souhait de Jeremy Bentham dès la fin du XVIII^{ème} siècle, en 1791. C'est une idée qu'il développe tout au long de sa vie, d'après Elie Halévy⁴⁷⁹. Il veut mettre en place un système de procédure dans lequel le ministère d'avocat n'est plus indispensable.

C'est dans ces conditions que durant cette même année que notre auteur demande la suppression pure et simple du *special pleading*⁴⁸⁰. Ce dernier empêche que le procès s'engage sans délai et que le juge puisse directement examiner les témoignages et apprécier les preuves⁴⁸¹. C'est

⁴⁷⁷ Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 82 : « Quant au procédé général qu'emploient les membres de la corporation judiciaire, de l'association des juges et des avocats, de ce que Bentham appelle « *Juge et Cie* », pour faire des opérations de justice une affaire lucrative et facile, il consiste dans l'augmentation du nombre des formalités juridiques, qui rendent la procédure obscure, longue et coûteuse pour les parties, automatique pour les juges et les avocats ». Voir également la note n°9, *ibid.*, p. 286. Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Indications respecting (concerning ?) Lord Eldon* précité, sect. XVII, vol. V, p. 369 : « Apprised of the existence of this partnership, *Juge and Co* is the dénomination by which, for i forget what length of time – some thirty or forty years probably – in print as well as in conversation, i have been in the habit of designating it [écrit en 1825] », (traduction Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 288) : « Dénonciation de l'existence d'une collaboration, dont la dénomination « *Juge et Cie* » est celle par laquelle, depuis je ne sais combien de temps - trente ou quarante ans- dans mes écrit comme dans mes paroles, j'ai pris l'habitude de la désigner (écrit en 1825) » - Cf. Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Rationale of judicial Evidence* précité, Book VII, chap. VI, vol. VII, p. 192.

⁴⁷⁸ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Judicial Establishment* précité, art. XIX, XX, vol. IV, 1848, p. 318, (traduit par Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 288) : « Si chacun peut être son propre avocat, et si toute personne peut être l'avocat d'une autre, c'est la fin du monopole exercé par les avocats ».

⁴⁷⁹ Elie HALEVY, *ibid.*, p. 97.

⁴⁸⁰ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Judicial Establishment* précité, art. XXI vol. IV, p. 319 (cité par Elie HALEVY, note n° 28, *ibid.*, p. 289).

⁴⁸¹ Elie HALEVY, *ibid.*, p. 89.

cette première étape de la procédure judiciaire anglaise, la phase préliminaire qui, selon notre auteur, provoque le coût exorbitant des procès. En effet, tout procès en Angleterre débute par le fameux *special pleading* qui consiste en la correspondance écrite que s'échangent les avocats des parties au litige : « *Le special pleading s'ouvre par la déclaration de l'avocat du demandeur, qui articule les griefs de son client ; le défendeur répond par un plea dans lequel ou bien il nie les faits avancés par le demandeur, ou bien les reconnaît, tout en soutenant que les conclusions du demandeur ne sont pas fondées. (...). Au plea, le demandeur représenté par son avocat peut répliquer, puis l'avocat du défendeur à l'avocat du demandeur, et ainsi de suite, l'échange des écritures se continuant* »⁴⁸².

Il apparaît clairement, aux yeux de notre auteur, que ce premier acte de la procédure anglaise n'est qu'une invention des *lawyers* anglais. Une procédure purement technique qui est à leur service exclusif. Ainsi que le rapporte Elie Halévy, ce premier acte se déroule sans même la présence du demandeur et du défendeur au litige : « *Les parties intéressées ne jouent aucun rôle dans le special pleading* »⁴⁸³. Cette phase est considérée par Jeremy Bentham comme une science technique, *a learning*, c'est-à-dire une fausse science : « *Multiplication of the occasions of extracting fees, the cause of factitious complication, intricacy, obscurity, uninintelligility, uncognoscibility, in the system of procedure. By this complication a sort of sham science produced, and with it, on the part of the suitors, the necessity of having recourse to the members of a distinct class or fraternity thus raised up, sole professor of that science, and of the arts belonging to it* »⁴⁸⁴.

Afin de démontrer l'inutilité de cette procédure préliminaire, le réformateur anglais s'attaque au principe même sur lequel cette dernière est fondée, à savoir, « *La science of special pleading* ». Cette science, comme

⁴⁸² Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 86.

⁴⁸³ *Ibid.*

⁴⁸⁴ Jeremy BENTHAM, (éd. Bowring), *Scotch Reform* précité, Letter I, vol. V, p. 5 cité par Elie HALEVY, note n° 21, *ibid.*, p. 287 : « *La multiplication des occasions de toucher des honoraires est la cause de la complication artificielle, des dédales, de l'obscurité, de l'inintelligibilité, de l'inaccessibilité du système de procédure. Par cette complication, se produit une espèce de fausse science et, avec elle, la nécessité pour les plaideurs d'avoir recours aux membres d'une classe distincte ou confraternité constituée des seuls professeurs de cette science et des techniques qui lui appartiennent* ».

on l'appelle en Angleterre, « *suppose une initiation dont des hommes de l'art seuls sont capables* »⁴⁸⁵, à savoir les hommes de loi, c'est-à-dire les juges et les avocats.

*« The necessity of technical knowledge, of an acquaintance with the complicated and discordant system of judicature as still subsisting, is but a temporary one. Be it so: but though the laws were as simple as angels are pure, judicature could never be brought within the competence of an uninstructed and unexperienced mind. The application of the law to the fact, the inquiry whether the evidence as exhibited brings the matter of fact within any of the species laid down in this or that part of the general map of law, is a task that is and ever will be liable to require a considerable skill in the value of words, a considerable degree of proficiency in that abstruse and formidable branch of science, distinguished by the repulsive appellations of logic and metaphysics »*⁴⁸⁶.

Dans l'esprit de notre auteur, les choses sont on ne peut plus claires : les avocats comme les juges n'ont aucun intérêt à ce que la procédure judiciaire soit réformée ou remise en cause. Cela reste d'autant plus vrai quand on sait qu'en Angleterre, les juges étaient d'anciens avocats comme le rappelle à juste titre Jeremy Bentham :

« Le corps des hommes de lois (les avocats) s'y trouve comme lié et identifié à celui des juges. Les juges ont été avocats : ils ont pris les préjugés de la profession, ils conservent toujours une partialité pour elle, et

⁴⁸⁵ Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, pp. 86-87 : « Elle (science special pleading) constitue une science, non pas au sens naturel, mais au sens technique du mot, une science d'érudition, a learning ».

⁴⁸⁶ Jeremy BENTHAM, (édition Bowring), *Judicial Establishment* précité, chap. V, tit. III, vol. VII, p. 363. (Traduction d'Elie HALEVY, Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, note n° 33, p. 290) : « La nécessité d'une connaissance technique, d'une familiarité avec le système compliqué et contradictoire de procédure judiciaire encore en vigueur n'est que temporaire. Soit, mais les lois fussent-elles aussi simples que les anges sont purs, la procédure ne pourrait jamais être à la portée d'un esprit grossier et inexpérimenté. L'application de la loi au fait, la question de savoir si la preuve que l'on donne introduit la matérialité du fait dans une espèce située dans telle ou telle partie de la carte d'ensemble du droit constitue une tâche qui requiert ou requerra toujours une maîtrise considérable de la valeur des mots, un degré élevé de compétence dans cette branche de science abstruse et gigantesque que l'on caractérise par les appellations rébarbatives de logique et de métaphysique ».

*il en résulte une ligue perpétuelle entre le tuteur et les ennemis de ses pupilles »*⁴⁸⁷.

Comme il fallait s'y attendre, à l'instar des juges, les avocats ne sont guère épargnés par notre auteur. Pour lui, les avocats participent eux aussi au maintien du droit en vigueur et s'opposent aux réformes utilitaristes du système juridique anglais, notamment la procédure naturelle qu'il propose au motif que cela l'altérerait dans sa substance même. Déjà, au début du XVII^{ème} siècle, Francis Bacon avait noté : *« On objectera encore que les juges et les avocats ne se reconnaîtront plus, pour ainsi dire, dans la loi ainsi altérée dans sa substance et dans sa forme ; que c'est les renvoyer à l'école pour savoir ce qu'est la loi et prononcer leur opinion ; que leurs anciens livres leur deviennent inutiles, et qu'il leur faudra une nouvelle bibliothèque »*⁴⁸⁸. D'après le Chancelier d'Angleterre, qui envisage, bien avant Jeremy Bentham, la réforme du droit anglais pour le rendre plus accessible et plus compréhensible aux citoyens, cet argument ne peut pas tenir. Il considère qu'il *« ne s'agit point de changer les lois mêmes ; qu'elles subsisteront en entier ; qu'on retranchant tout ce qui est tombé en désuétude, en élaguant tout ce qui est improfitable et nuisible, la partie qui est conservée et méthodiquement arrangée devient plus claire, plus facile à retenir, et d'une application plus aisée »*⁴⁸⁹.

Pour le philosophe de l'utilité, les avocats doivent leur rang au système technique. C'est lui qui les rend indispensables au détriment des parties. Ce qui rend encore plus le système insoutenable, fait encore remarquer notre auteur, c'est la connivence et la promiscuité qui existent entre les avocats et les juges⁴⁹⁰. En effet, depuis des siècles, le juge ne peut être nommé qu'à l'issue d'un long processus qui le désigne comme l'un des

⁴⁸⁷ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 148.

⁴⁸⁸ Jeremy BENTHAM, tome III, Opinion de Francis Bacon adressée à Jacques I^{er}, sur le mode de consolider les statuts et de faciliter l'étude de la loi commune, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, section VII, p. 110.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 111.

⁴⁹⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 39.

meilleurs avocats. Ce qui fait de lui « *une personnalité respectée des avocats anglais* »⁴⁹¹ comme le souligne encore aujourd'hui Gilles Cuniberti.

Pour le réformateur anglais, il est souhaitable qu'il y ait une opposition entre ces deux corps afin de préserver la neutralité de la justice. Cet objectif reste l'élément le plus important de toute sa réforme du système judiciaire anglais. C'est pourquoi, dans sa réforme de la procédure, il propose comme remède à ces vices, outre la séparation entre les deux professions en question, la mise en place d'un système de « *publicité* » de la procédure judiciaire. Son objet est de garantir la probité des avocats.

« *La publicité serait un motif de diligence et de probité pour ces avocats officiels* »⁴⁹².

Comme pour l'organisation judiciaire, tous les maux de la procédure judiciaire se tiennent entre eux et en diminuer un contribuerait à la réduction des autres⁴⁹³. A titre d'exemple, abréger les délais aboutit à épargner aux parties à un litige des frais exorbitants d'une part et du temps et des vexations d'autre part. Ainsi, il faut cantonner l'institution des avocats à son objet, à savoir celui de « *réprimer l'esprit de la chicane* »⁴⁹⁴. Pour atteindre ce but, il propose une réforme radicale de cette institution, voire sa suppression, afin de mettre fin aux abus qui en découlent « *en ôtant aux avocats tout intérêt à prolonger les délais* »⁴⁹⁵.

Il reste à Jeremy Bentham de trouver le principe sur lequel il va fonder sa réforme de la procédure judiciaire anglaise de son temps. C'est au nom du principe d'égalité judiciaire que le réformateur anglais exige la suppression des avocats. Contre cette proposition *de lege ferenda*, les défenseurs du système judiciaire anglais opposent l'argument selon lequel « *il faut des avocats pour rétablir l'égalité entre les parties sous le rapport de la capacité, et pour contrebalancer le désavantage attaché à l'infériorité*

⁴⁹¹ Gilles CUNIBERTI, *op. cit.*, p. 107.

⁴⁹² Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 152.

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 4. Bentham parle de « *labyrinthe de la procédure, de l'ancre de la chicane* ».

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 153.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, pp. 153 et s.

de condition »⁴⁹⁶. A cette objection, Jeremy Bentham réplique que cela est loin d'être vrai dans la mesure où, dans le système judiciaire anglais, l'assistance d'un avocat est obligatoire. En effet, dans la procédure judiciaire anglaise, il est interdit au plaideur de se défendre soi-même : « *Mais s'il y aurait une grave injustice à refuser au plaideur le droit de s'aider des services d'un homme de loi, doit-on en faire une obligation ?* » s'interroge Bentham et de poursuivre : « *Doit-on interdire la faculté de plaider soi-même dans sa propre cause, ou d'employer à son choix une personne qui n'aurait point pris ses degrés comme avocat ?* ». Il conclut : « *En un mot, faut-il que ce genre de service soit exclusivement le partage d'une profession* »⁴⁹⁷.

Pour le philosophe de l'utilité, le droit anglais de son temps porte une véritable atteinte à la liberté des individus à partir du moment où les avocats ont le monopole de la plaidoirie devant les juridictions. Il réproouve avec force l'idée que les citoyens ne peuvent pas se défendre eux-mêmes ou se choisir la personne qu'il souhaite les défendre.

« *S'il y a un droit qu'on puisse appeler droit naturel, un droit qui porte un caractère évident de convenance et de justice, il semble que c'est le droit de plaider pour soi-même ou de se faire aider dans sa cause par un ami. Pourquoi m'obliger à faire dépendre mon sort d'un avocat ? Pourquoi me faire acheter un secours que je crois pouvoir me rendre moi-même ou que je suis peu en état de payer ? Enfin, pourquoi créer un monopole qui, comme tout autre, aura nécessairement l'effet de rehausser le prix du service ?* »⁴⁹⁸.

Il s'agit encore une fois, selon notre auteur, d'un abus de la procédure technique au détriment des intérêts du plus grand nombre. Au contraire, dans un modèle de procédure simplifiée construit conformément au modèle naturel dans lequel le droit est complètement accessible et compréhensible

⁴⁹⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, chapitre XXI, p. 39

⁴⁹⁷ *Ibid.*

⁴⁹⁸ *Ibid.*

par les individus et est assorti d'une procédure judiciaire simplifiée, l'assistance d'un avocat devient inutile⁴⁹⁹.

Comme à l'accoutumée, dans sa critique du monopole des avocats, notre auteur réplique par avance aux objections développées contre le modèle naturel de procédure qui autorise la plaidoirie par les parties elles-mêmes. Dans sa démonstration, l'ironie le dispute à l'argument *ab absurdo* :

- S'agissant de l'incapacité d'un homme à se défendre sans l'assistance d'un avocat, Jeremy Bentham relève que si le plaideur incapable arrive à se faire comprendre par son avocat, pourquoi ne devrait-il pas se faire comprendre par le juge ? « *Un juge est-il donc moins capable de saisir la nature d'une cause que ce procureur ou cet avocat ?* »⁵⁰⁰ s'interroge notre auteur ;
- S'agissant de l'objection fondée sur le respect dû à la dignité des juges, il considère que cet argument qui n'a aucun fondement logique et ne tient qu'à la survivance d'un vieil adage selon lequel « *les juges ne devraient pas écouter les témoins, car ils peuvent avoir les mêmes défauts que les parties, et quand les mêmes défauts les pressent vivement, se livrer à des passions du même genre* »⁵⁰¹ ;
- Enfin, la troisième objection alléguée par les défenseurs du monopole des avocats, le soi-disant avantage d'épargner au juge du temps, Jeremy Bentham souligne que le temps que le juge passe sur une affaire est rémunéré⁵⁰².

Le réformateur radical considère que la procédure devrait reposer sur un rôle actif du juge, impartial et qualifié. Ce dernier doit être rétribué, dans le système benthamien de procédure, par un salaire versé par la puissance

⁴⁹⁹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, chapitre XXI, p. 39.

⁵⁰⁰ *Ibid.*

⁵⁰¹ *Ibid.*, p. 40.

⁵⁰² *Ibid.*

publique au lieu des honoraires payés par les justiciables, ce qui augmente la charge du procès pour eux⁵⁰³.

*« C'est la confrérie des juristes qui, si elle n'a pas à proprement parler le plus à gagner de l'usage pernicieux de telle ou telle personne, l'a pratiqué le plus massivement et a acquis un doigté supérieur dans cet usage »*⁵⁰⁴.

Le philosophe utilitariste dispense toute son énergie à soutenir inlassablement que les arguments mis en avant par les *lawyers* anglais pour expliquer et justifier le maintien de la procédure technique ne sont que des artifices, des sophismes qui s'expliquent par des considérations purement égoïstes, par des intérêts pervers, contraires à l'intérêt du plus grand nombre.

*« Les hommes sont dans tous les Etats ce que la loi les fait être ; mais cela est particulièrement vrai de ceux qui se vouent à son service. La procédure est-elle ouverte à la fraude, à la chicane ; peut-on multiplier les incidents et les délais sans aucun danger, il y aura toujours auprès de chaque tribunal des hommes disposés à se prêter à ces injustices légales »*⁵⁰⁵.

En fin de compte, –si l'on peut dire–, il considère que le système de procédure technique n'est rien d'autre qu'un « système de récolte d'honoraires »⁵⁰⁶ dont le seul objectif, non avoué, est la satisfaction des intérêts auxiliaires de la justice. En tirant profit, ils ne seront guère portés à le réformer, voire à le laisser réformer.

Le constat est sans appel dans l'esprit de notre auteur. Comme pour les médecins qui n'ont pas intérêt à ce que tous les hommes soient en bonne

⁵⁰³ Voir sur ce point Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 99. Voir également G. TUSSEAU, *Jeremy Bentham, La guerre des mots* précité, p. 135.

⁵⁰⁴ G. TUSSEAU, *ibid.*, p. 135.

⁵⁰⁵ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, chapitre XXI, p. 40.

⁵⁰⁶ G. TUSSEAU, *ibid.*, p. 134.

santé, il considère qu'il est impensable qu'un avocat désire mettre un terme aux litiges⁵⁰⁷.

« Les opinions des juristes sur une question de législation, en particulier celle des juristes tels que les avocats en exercice ou qui ont exercé, sont particulièrement susceptibles de s'imprégner de fausseté sous l'effet de l'intérêt adverse (...). Il est de l'intérêt du peuple que la lenteur, la tracasserie et le coût de la procédure soient aussi réduits que possible. (...) Quant à l'incertitude de la loi, il est de l'intérêt du peuple que la protection de chacun contre l'injustice soit aussi complète que possible, qu'il connaisse tous ses droits ; que tous les actes qui seront traités comme infractions, au cas où il s'y livrait, puissent être connus de lui comme tels, avec le châtement qu'il encourt éventuellement, de sorte qu'il puisse éviter de les commettre et que les autres aient à partir le plus rarement possible soit de l'injustice, soit de son remède coûteux et tracassier. (...) Il est de l'intérêt du juriste de maintenir au plus bas degré possible de savoir que chacun doit, pour son intérêt, posséder au degré le plus haut »⁵⁰⁸.

⁵⁰⁷ Jeremy BENTHAM, *Œuvres, Fragment sur le gouvernement ; Manuel de sophismes politiques* précité, (traduction de J-P CLERO), p. 324.

⁵⁰⁸ *Ibid.*

Conclusion

Selon Etienne Dumont, dans son étude comparative des doctrines de Montesquieu et de Jeremy Bentham sur l'organisation judiciaire⁵⁰⁹, le philosophe anglais ne déroge jamais à la règle qu'il s'est lui-même imposé. En effet, contrairement à Montesquieu, « *Il (Bentham) n'a point aspiré à ces moyens ingénieux de plaire, il traite son sujet pleinement et de bonne foi, sans ornement étranger et sans digression* »⁵¹⁰. Ainsi est-il écrit dès l'origine qu'il ne serait pas prophète en son pays. Troublé par la facilité avec laquelle les juges et les avocats acceptent les abus de la justice anglaise⁵¹¹, il développe en réaction une doctrine heurtant par trop les intérêts des *lawyers* de son temps et la tradition juridique anglaise de *common law*.

D'un côté il soutient que le droit de la procédure judiciaire anglaise est créé par les *lawyers* pour servir, non pas l'intérêt du plus grand nombre, mais leurs intérêts propres les plus matériels. Non content de cette première critique, il ajoute que l'exclusion des parties aux débats devant les juges est instituée la présence de l'avocat indispensable et qu'elle constitue l'un des moyens propres à rendre le juge maître du jeu judiciaire.

D'un autre côté, il poursuit le projet de faire édifier une justice rationnelle, égale et ouverte à tous les citoyens, une justice « *prévisible* »⁵¹². D'après lui, conformément au principe universel du plus grand bonheur pour le plus grand nombre, l'institution judiciaire doit rendre « *à tous les justiciables les services d'une justice qui soit accessible, suffisamment*

⁵⁰⁹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, *Traité des preuves judiciaires* précité, chapitre. XXXII, p. 81.

⁵¹⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 83.

⁵¹¹ H. L. A. HART, La démystification du droit, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 97-98.

⁵¹² P. GERARD, Droit et pouvoir dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 145.

rapide, non excessivement onéreuse et qui les mette à l'abri des abus de pouvoir des autorités »⁵¹³.

En résumé, dans son *Traité des preuves judiciaires* principalement, il préconise une réforme de l'organisation judiciaire et de la procédure selon le modèle naturel du tribunal domestique. Ne se satisfaisant pas d'avoir donné à ses contemporains les moyens de vaincre la glorieuse incertitude de la justice anglaise, il entend encore porter remède à un autre mal dont il tenait pour responsable le droit de *common law*, la non moins glorieuse incertitude de la loi anglaise, *statute law*⁵¹⁴.

⁵¹³ P. GERARD, Droit et pouvoir dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 145.

⁵¹⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 383.

CHAPITRE II : La glorieuse incertitude du droit anglais

« Voilà près de trois cents ans que la religion a eu son Luther, et nul Luther de la jurisprudence n'a encore surgi, nul œil curieux, nul cœur hardi n'a encore fouillé les cellules et le conclave de la jurisprudence »⁵¹⁵.

Enfin Jeremy Bentham vint et le premier, en Angleterre, fit sentir les sophismes propagés par des *lawyers*, disciples de l'Ecole moderne de droit naturel, plus précisément défenseurs de la théorie des droits naturels⁵¹⁶ et du contrat social⁵¹⁷. A leur tête, le professeur de l'Université d'Oxford, Sir William Blackstone (1723-1780)⁵¹⁸, dont il avait été l'élève. Pour notre auteur, il faut faire table rase du passé. Par sa théorie positive du droit⁵¹⁹, il envisage de faire de la loi positive l'unique source du droit, seule propre à mettre fin à l'incertitude du droit et à l'insécurité juridique qui sont les maux endémiques du droit de tradition de *common law*⁵²⁰.

L'utilité n'est pas le seul trait d'union qui rattache la pensée de Jeremy Bentham à celle des penseurs de l'Europe continentale et, par là même, à l'objectif d'accessibilité au droit. Du principe de l'utilité découle une nouvelle doctrine : « le positivisme juridique ». Notre auteur apparaît

⁵¹⁵ Jeremy BENTHAM, (éd. Bowring), *Rationale of Judicial Evidence* précité, Book VIII, chapitre XVI, vol. II, p. 270. Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, note n° 26, p. 289.

⁵¹⁶ Guillaume TUSSEAU, *Jeremy Bentham, La guerre des mots* précité, p. 55 : « Présents chez Blackstone, les droits naturels – au sens de droits subjectifs – sont proclamés de manière solennelle à l'époque de Bentham par les révolutionnaires américains et français. C'est en réaction à ces déclarations de droit que Bentham livre une critique particulièrement virulente du *jusnaturalisme* ».

⁵¹⁷ M. A. E. H. EL SHAKANKIRI, *op. cit.*, pp. 223 et s.

⁵¹⁸ Voir sur ce point notamment Jeremy BENTHAM, *Fragment sur le gouvernement ; Manuel de sophisme politique* précité, pp. 109 et s. M. EL SHAKANKIRI, *ibid.*, pp. 237-240.

⁵¹⁹ H.L.A. Hart, La démystification du droit, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 100-101.

⁵²⁰ G. Guyon, *op. cit.*, pp. 64 et s.

comme le fondateur de l'école « positiviste du droit »⁵²¹ encore dénommée « *doctrine positiviste de la méthode et des sources du droit* »⁵²². Elle s'inscrit dans la logique de sa critique des théories du droit naturel et du contrat social dominante à son époque⁵²³. Cette nouvelle doctrine lancée par le réformateur utilitariste constitue son principal apport selon Mohamed El Shakankiri⁵²⁴. Il considère qu'il n'y a d'autre forme de droit que le droit positif, un droit exclusivement étatique d'origine purement humaine.

Chantre de la loi positive, Jeremy Bentham s'emploie à justifier sa doctrine par une virulente critique du droit de l'Angleterre. Comme à son habitude, il se constitue procureur. A travers son réquisitoire, il se livre à une sévère remise en cause des idées développées dans les *Commentaries on the Laws of England* (1765). Ce faisant, il se fait pourfendeur radical de la loi commune. Mais il serait vain de penser qu'il épargne le *statute law*. Ni l'une ni l'autre ne trouvent grâce à ses yeux. Il instruit tout autant le procès de la *common law* (**sect. 1**) que celui du *statute law* (**sect. 2**).

Section 1. L'incertitude de la loi commune

« *Les fruits perpétuels du droit non écrit (car tel est le terme en usage), mais plus proprement du droit non composé ou non promulgué (...),*

⁵²¹ Jeremy BENTHAM, *Fragment sur le gouvernement ; Manuel de sophisme politique* précité, préface, (traduction de J-P CLERO), p. v.

⁵²² *Ibid.*, p. 233.

⁵²³ « *De quoi relèvent les œuvres de Grotius, Puffendorf et Burlamaqui? Sont-elles politiques ou morales, historiques ou juridiques, sont-elles l'œuvre de commentateurs ou de censeurs ? Elles participent tantôt de l'un, tantôt de l'autre, (les auteurs) ont à peine l'avoir décidé pour eux-mêmes. Ceci est un défaut dont sont susceptibles tous les livres qui prennent comme sujet la prétendue loi de la nature ; ce fantôme obscur qui, dans l'imagination de ceux qui le pourchassent, se rapporte parfois aux mœurs, parfois aux lois ; parfois à ce qu'est le droit, parfois à ce qu'il devrait être* », Jeremy BENTHAM, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* précité, p. 298. Emmanuelle de CHAMPS, *La déontologie politique* précité, p. 110, qui précise : « *Bentham reproche à Blackstone de ne pas distinguer « ce qui est » de « ce qui doit être », la description de la prescription, le fait de la norme. Il étend cette accusation à toute l'école du droit naturel* ». Voir également sur ce point, M.A.E.H. EL SHAKANKIRI, *op. cit.*, p. 223.

⁵²⁴ G. Guyon, *op. cit.*, p. 14.

les fruits de cette imposture de droit, sont les suivants : –dans la branche civile ou non pénale (...), l'inconnaissabilité, les déceptions⁵²⁵ particulières, sans fin, un sentiment général d'insécurité vis-à-vis de déceptions et de pertes semblables ; –dans la branche pénale, l'incertitude et l'inconnaissabilité, comme précédemment et, au lieu d'obéissance, le mal de la transgression, mêlé au mal de la punition ; –dans les deux branches, dans le cœur et les mains du juge, le pouvoir, toujours arbitraire, avec le semblant d'un ensemble de règles pour lui servir »⁵²⁶.

Le réformateur anglais ne s'attaque pas directement au droit anglais. C'est à travers une critique de William Blackstone, tantôt explicite, tantôt implicite, que Jeremy Bentham développe différents chefs d'accusation⁵²⁷. Il n'empêche que le but poursuivi demeure évident : revoir tout l'édifice du système juridique anglais⁵²⁸.

D'après notre auteur, William Blackstone n'avait pas conscience que le principe de l'utilité, inscrit dans tout système de législation, constituerait le lien qui unirait la nature au droit⁵²⁹. Dès lors, le réformateur radical en a déduit que le professeur d'Oxford manifestait, par ses *Commentaires sur les lois de l'Angleterre*, son indifférence pour le bien public en refusant la réforme du droit anglais, tel qu'il existe d'une part et d'autre part en le justifiant par le droit naturel.

Avant tout, il faut rappeler que l'œuvre de William Blackstone, de l'avis de nombreux spécialistes de la science de la législation, constitue un véritable plaidoyer pour le *statut quo*. Il défend la théorie classique du droit qui fait de la loi « naturelle » la source du droit, refusant ainsi toute possibilité de réforme. Partant de ce sentiment, il fige le droit de *common*

⁵²⁵ Entendre déception dans le sens du droit romain *–deceptio–*, c'est-à-dire tromperie.

⁵²⁶ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), Papers Relative to Codification and Public Instruction, in *Legislator of The Word* précité, p. 37. Voir G. TUSSEAU, *Jeremy Bentham, La guerre des mots* précité, p. 128.

⁵²⁷ Jeremy BENTHAM, *ibid.*, p. 64 : « Au terme de cette observation méthodique et scientifique, Bentham aboutit à un constat qui cristallisera sa haine « profonde » et « légendaire » à l'égard du système juridique anglais ». Voir également Hugo HARDY, *op. cit.*, p. 4.

⁵²⁸ Hugo HARDY, *op. cit.*, pp. 4 - 5.

⁵²⁹ G. GUYON, *op. cit.*, p. 65.

law, tout en avouant dans son œuvre même ses imperfections et insuffisances. De ce point de vue, toutes les critiques à l'égard de William Blackstone sont parfaitement justifiées, particulièrement celles du père de la philosophie utilitariste.

Même s'il n'est pas le seul à critiquer l'œuvre de William Blackstone et le courant de la doctrine de l'Ecole moderne du droit naturel⁵³⁰, Jeremy Bentham reste le seul à se montrer si radical. Conformément à sa méthode d'analyse, il ne se contente pas de la critique de la doctrine de son maître, il construit une théorie complète du droit en totale opposition avec celle de son professeur. Effectivement, comme à son habitude, alors que la plupart des adversaires s'arrêtent au stade de la critique, le philosophe de l'utilité anglais va au-delà, en proposant des remèdes pratiques, évidemment conformes au principe unique de l'utilité.

D'après notre auteur, William Blackstone s'est totalement fourvoyé. Il lui fait grief d'avoir manqué à sa mission de censeur et, en définitive, d'avoir préféré demeurer un expositeur. Jeremy Bentham distingue l'exposition de la censure⁵³¹. A cet égard, il écrit que : « *au domaine de l'expositeur, il revient de nous expliquer ce que, à ce qu'il suppose, le droit est ; à celui du censeur, de nous faire part de ses observations concernant ce que, selon lui, le droit devait être. Le premier est donc principalement occupé à faire état des choses, ou à enquêter sur des faits ; le second à discuter des raisons* »⁵³². Pour le philosophe de l'utilité, il revient à l'expositeur de montrer ce qui a déjà été fait par le législateur et, éventuellement, par les juges dans un système de droit jurisprudentiel

⁵³⁰ On retrouve également parmi les détracteurs de l'œuvre de William Blackstone, David Hume et James Mill ainsi que la plupart des réformateurs radicaux anglais du début du XIX^{ème} siècle.

⁵³¹ Sur ce point, voir notamment José DE SOUSA E BRITO, La méthode juridique de Bentham dans l'*Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 279-285.

⁵³² Jeremy BENTHAM, *Œuvres, A fragment on Government* précité, pp. 397-398. Voir Philippe SCHOFFIELD, Jeremy Bentham et la tradition utilitariste du droit selon H. L. A. HART, in *Bentham juriste : l'utilitarisme juridique en question*, Collections Etudes Juridiques, sous la direction de Malik Bozzo-Rey & Guillaume Tusseau, n° 36, Economica, Paris, 2009, p. 137 : « Si l'un et l'autre se placent à un point de vue systématique, ils n'appliquent pas, l'un et l'autre, la même méthode à la constitution de leurs théories juridiques. Blackstone procède en « expositor ». Il enseigne « le droit tel qu'il est » alors que Bentham procède en « censor » qui enseigne le droit « tel qu'il doit être » ».

comme celui de l'Angleterre. Cela permettra ensuite au censeur de montrer au législateur ce qu'il doit faire. Dans l'esprit de notre auteur, cette distinction doit rendre possible « *une comparaison du droit existant et du standard du bien et du mal posé par le principe de l'utilité, et ainsi de faire coïncider le droit tel qu'il est au droit tel qu'il devrait être* »⁵³³, comme le note Philippe Schofield, professeur d'Histoire de la pensée juridique et politique à l'University College de Londres et spécialiste de la pensée benthamienne.

A cette première faute⁵³⁴, William Blackstone en a ajouté une seconde. Le réformateur anglais constate que, pour établir le droit tel qu'il devrait être, encore faudrait-il pouvoir faire la comparaison. Au temps de Jeremy Bentham, mettre en débat le droit de *common law* est une entreprise hérétique. Tandis que l'opinion commune des *lawyers* était portée, depuis le XVIIIème siècle, à le regarder comme une manifestation achevée du droit naturel, l'œuvre magistrale de William Blackstone a comme converti ce sentiment en une vérité intangible, voire un dogme. Ainsi il reproche à William Blackstone son extraordinaire attachement à défendre les mérites de la *common law*, à la légitimer comme l'expression même du droit naturel et, par voie de conséquence, d'avoir ainsi assuré invinciblement son autorité⁵³⁵.

Pour établir « *la loi telle qu'elle doit être* », le fondateur de la doctrine utilitariste considère que la rupture avec le droit de *common law* doit être radicale au sens étymologique du mot. « *Tous ceux qui ont lu les écrits de Mr. Bentham savent que c'est à la loi commune qu'il attribue principalement les incertitudes qui existent dans nos lois civiles* »⁵³⁶, fait

⁵³³ Philippe SCHOFFIELD, *ibid.*, p. 137.

⁵³⁴ G. GUYON, *op. cit.*, p. 640 : « *On dit de Bentham qu'il est mû par une détermination à contester les théories de ses adversaires. Cela est d'autant plus vrai dans la relation qu'il entretient avec son ancien maître à l'Université d'Oxford, William Blackstone (...). Bentham ne se donne qu'un seul rôle, celui du censeur et une seule mission, celle qui consiste à démontrer que Blackstone, le commentateur, a commis une « faute majeure et fondamentale ».*

⁵³⁵ Philippe SCHOFFIELD, *ibid.*, pp. 137-138.

⁵³⁶ C.P.C. COOPER, *op. cit.*, pp. 317-318. Voir également sur ce point Hugo HARDY, *Bentham contre la Common Law*, in Bentham, Père du positivisme juridique ?, II. b, *ibid.*, p.4: « *Un système à ce point défaillant et inadéquat qu'il fallait mieux le remplacer intégralement par un nouveau système que de chercher à l'améliorer à coût de réformes* ».

observer un de ses contemporains, Charles Purton Cooper, un *barrister*. En effet il porte en lui trois inconvénients auxquels le philosophe de l'utilité consacre tout un chapitre de son ouvrage « *De l'organisation judiciaire et de la codification* »⁵³⁷.

Sa critique de la *rule of law* anglaise s'articule autour de trois points : en premier lieu, l'absence de sécurité juridique, en deuxième, un caractère foncièrement arbitraire et en dernier, une complexité conjuguée à un caractère imprévisible⁵³⁸. D'après lui, cette incertitude procède de la nature jurisprudentielle de la *common law* (§1), la règle du précédent n'en constituant aucunement l'antidote (§2)

§1. L'incertitude d'un droit jurisprudentiel

« *Ce sont les coutumes générales*⁵³⁹, ou la loi commune proprement dite, qui règlent et dirigent les procédures et les décisions dans les cours ordinaires de justice du roi⁵⁴⁰ [...] C'en est assez sur le premier fondement, sur la principale pierre angulaire des lois de l'Angleterre ; c'est-à-dire, sur la coutume générale et immémoriale, ou loi commune, déclarée telle, de temps à autre, par les décisions des cours de justice, décisions conservées dans les registres publics, expliquées dans les rapports, et rédigées pour

⁵³⁷ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, pp. 87 et s.

⁵³⁸ Hugo HARDY, *op. cit.*, p. 5

⁵³⁹ Dans ses *Commentaires sur les lois anglaises* (traduction de N. M. Chompré, Paris, 1823, vol. 1), Blackstone avait divisé la *common law* d'Angleterre en trois catégories : « 1° les coutumes générales ; ce sont les règles universelles de tout le royaume ; elles forment la loi commune dans son sens le plus strict et le plus usité : 2° les coutumes particulières, qui, pour la plupart, se régissent que les habitants de districts particuliers : 3° certaines lois particulières adoptées par l'usage de quelques cours particulières, dont la juridiction est assez étendue » (BLACKSTONE, *Commentaires sur les lois anglaises*, *op. cit.*, p. 101).

⁵⁴⁰ *Ibid.*, p. 102.

*l'usage général, dans les écrits faisant autorité des vénérables interprètes de la loi*⁵⁴¹ ».

Cette définition de la *common law* anglaise donnée par le juriste anglais William Blackstone reflète une réalité dont Jeremy Bentham ne disconvient pas : la jurisprudence y est érigée, de la manière la plus explicite, en source du droit au lieu et place de la loi écrite⁵⁴². Mais elle laisse champ libre à sa critique. Son attaque se fait frontale.

*« La loi doit être connue, voilà le principe dont nous partons. Mais pour être connue, il faut qu'elle existe »*⁵⁴³.

Porter le droit à la connaissance de tous les citoyens est un principe fondamental de la pensée juridique de Jeremy Bentham. En rappelant ainsi l'objectif de la loi, il entend démontrer que les règles jurisprudentielles du droit de *common law* ne peuvent prétendre à la qualité de loi. Les points de vue de William Blackstone et de Jeremy Bentham sont totalement divergents. Le premier se satisfait de l'existence d'un droit écrit et d'un droit non : *« The municipal law of England, or the rule of civil conduct prescribed to the inhabitants of this kingdom, may with sufficient propriety be divided into two kinds : the lex non scripta, the unwritten, or common law and the lex scripta, the written or statute law »*⁵⁴⁴. Il précise encore plus loin : *« Tous ces préceptes (le droit de common law) sont fondés simplement sur l'usage immémorial, c'est-à-dire sur la loi commune ; et non sur des statuts écrits ni sur des ordonnances »*⁵⁴⁵. Pour sa part, le second ne dissimule guère son sentiment, quand il définit la « loi commune » (en français dans le texte) comme une *« expression singulière pour distinguer une jurisprudence fondée sur quelque base de législation plus conjecturale*

⁵⁴¹ William BLACKSTONE, *Commentaires sur les lois anglaises* précité, (traduction N. M. Chompré, Paris, 1823, vol. 1), p. 102.

⁵⁴² Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 96, où il ne manque pas d'observer : *« la première conséquence à en tirer est que les juges sont constitués législateur. Dans la forme, ils paraissent prononcer d'après une loi sanctionnée par l'autorité suprême : dans le fait, ils sont eux-mêmes les auteurs de la règle d'après laquelle ils prononcent »*. Sur ce point, voir *infra*, pp. 142 et s.

⁵⁴³ *Ibid.*, p. 95.

⁵⁴⁴ William BLACKSTONE, *Commentaries of the laws of England* précité, p. 63. Voir Henri LEVY-ULLMANN, *op. cit.*, p. 339.

⁵⁴⁵ William BLACKSTONE, *Commentaires sur les lois anglaises* précité, (traduction N. M. Chompré, Paris, 1823, vol. 1), p. 103.

que connue, d'où les juges ont tiré successivement des décisions qui sont calquées les unes sur les autres et qui ont formé des règles judiciaires qu'on professe de suivre dans les jugements postérieurs »⁵⁴⁶.

Non écrites, les règles de la *common law* ne se retrouvent nulle part. De ce fait inaccessibles par nature aux citoyens, elles sont incertaines contrairement aux *statute laws*. En filigrane de cette comparaison entre les lois statutaires (*statute laws*) et la loi commune (*common law*), transparaît le sentiment de Jeremy Bentham à l'égard de cette dernière, un sentiment de profonde inquiétude⁵⁴⁷. Aussi la violence de sa critique à son encontre n'a d'égale que celle manifestée contre ses défenseurs.

En effet, dans sa critique du droit anglais, le réformateur utilitariste anglais considère la *common law* comme un droit informe, voire « *inconstitué* »⁵⁴⁸. Il explique qu'un droit qui ne fait pas l'objet d'une promulgation, ce qui est le cas de la loi commune anglaise, ne peut être connu et, par voie de conséquence, être accessible au citoyen, donc observée. La *common law* est un droit qui n'apparaît qu'après les faits. Dans sa démonstration, notre auteur est donc conduit à s'interroger sur l'existence même de la *common law*.

*« La loi commune existe-t-elle ? Quand on vous dit : la loi commune veut, la loi commune défend, voilà une phrase imposante : eh bien ! Cherchez la loi commune, demandez qu'on vous la montre : elle ne se trouve nulle part, aucun ne peut vous dire où elle est, ni ce qu'elle est »*⁵⁴⁹.

Pour le philosophe anglais, par l'incertitude qui le caractérise, ce droit est une véritable imposture, un mensonge légal, complètement inaccessible

⁵⁴⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 351. Voir également R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, pp. 56 et s. Selon ces auteurs, Bentham est le premier à donner une bonne traduction de la « *common law* » en langue française : « *Cet essai d'explication avait l'avantage de mettre en lumière les deux principales caractéristiques de la common law qui constituent les éléments essentiels de la définition qu'on peut donner aujourd'hui : un ensemble de règles judiciaires basé sur un très vieux fonds coutumier* ». Rapp. Henri LEVY-ULLMANN, *op. cit.*, p. 56.

⁵⁴⁷ G. GUYON, *op. cit.*, p. 64.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 211.

⁵⁴⁹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 95.

aux citoyens et, par conséquent, la source majeure de l'insécurité juridique qui caractérise le droit anglais⁵⁵⁰. C'est pour mettre fin à cet état de fait qu'il propose de rompre avec le système de *common law*. Dans la théorie benthamienne de législation, la condition indispensable pour permettre l'accessibilité des lois serait en premier lieu de les rendre certaines.

Jeremy Bentham résume les causes de l'incertitude du droit anglais en deux points : l'absence d'ordonnancement systématique des *rules of law* et son caractère jurisprudentiel.

- Une source primordiale de l'incertitude de la loi commune anglaise tient à l'absence d'ordonnancement logique et systématique des règles qu'elle édicte. Ainsi, malgré la tentative de William Blackstone de remédier à ce défaut, notre auteur considère que les résultats sont restés très insuffisants. Son explication tient en deux points.

D'une part il estime que non seulement le travail de classification entrepris par l'auteur des *Commentaries* est loin de réaliser l'objectif de systématisation du droit anglais indispensable à son accessibilité. D'autre part son œuvre prend l'allure d'un véritable plaidoyer en faveur du maintien de la *common law* comme source principale du droit en Angleterre. Aussi le fondateur de la doctrine utilitariste en conclut qu'en définitive, William Blackstone constitue le véritable obstacle à la réalisation de la réforme du droit anglais.

De la sorte il apparaît évident que, dans sa pensée, pour dénoncer la *common law*, il faut commencer par une critique de l'œuvre de William Blackstone, notamment son travail de classification. Sur ce point Jeremy Bentham considère que le professeur d'Oxford n'a fait qu'un exposé méthodique du droit anglais. Pour lui, l'œuvre de son maître n'est pas simplement inachevée, elle est manquée.

⁵⁵⁰ GUYON, *op. cit.*, p. 65 : « Le *common law* est dans la bouche de Bentham une authentique et antique illusion, un droit imaginaire, qui n'existe que dans les fictions jusnaturalistes des *commonlawyers* classiques. A ses yeux, les défauts du droit anglais ne sont pas tant liés au caractère parcellaire du *statute law*, ni à la substance du droit, mais plutôt à l'aspect formel du *common law*, c'est-à-dire à la manière dont le droit s'exprime. ». Voir également H. HARDY, *op. cit.*, pp. 4 et s.

« Blackstone, qui se bornait à faire le tableau des lois de l'Angleterre, n'a cherché qu'à placer d'une manière commode les termes techniques les plus usités de la jurisprudence anglaise. Son plan est arbitraire, mais il est préférable à tous ceux qui l'avaient précédé. C'est une œuvre de lumière en comparaison des ténèbres qui couvraient auparavant le corps entier de lois »⁵⁵¹.

Certes quelques éloges peuvent lui être décernés. Dans sa critique de l'œuvre de William Blackstone, le fondateur de la doctrine positiviste du droit reconnaît néanmoins le mérite de ce dernier, quand, à travers son entreprise de classification et de synthétisation du droit anglais, il livre une description plutôt exhaustive et expose un plan complet de la *common law*⁵⁵². De même, le professeur de droit n'hésite pas à relever plusieurs de ses défauts dans ses *Commentaires sur les lois d'Angleterre*. Mais, outre qu'il n'en a pas proposé un ordonnancement systématique, il s'est refusé à en envisager une refonte globale et radicale du droit anglais. C'est pourtant la condition *sine qua non* de l'accessibilité du droit anglais selon notre auteur.

- D'après Jeremy Bentham, la source principale de cette incertitude est son caractère jurisprudentiel. Il considère que ce défaut est inhérent à tout droit de cette nature. Précisément c'est son mode d'élaboration qui est en cause. Il apparaît *a posteriori*, c'est-à-dire après les faits. *Ex facto jus oritur*.

Ainsi, par nature, elle est impossible à connaître par les citoyens. Dès lors la *common law* n'est pas conforme au principe de l'utilité. En effet la *rule of law* ne peut pas servir de guide au citoyen aussi longtemps qu'elle n'a pas été révélée par la déclaration d'un juge. Alors que dans la conception traditionnelle du droit anglais, la *rule of law* vise à apporter une solution à un problème pratique, le réformateur anglais voit dans la règle de droit un instrument de régulation de la conduite des individus *a priori*. Dans ces conditions,

⁵⁵¹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 226.

⁵⁵² W. BLAKSTONE, *Commentaire sur les Lois Anglaises* précité, pp. 103 et s. Voir également sur ce point, Hugo HARDY, *op. cit.*, pp. 3-40.

il ne peut pas ne pas considérer que la *common law* est impropre à la finalité du droit (tel qu'il l'a définie), car inopérante à conditionner et orienter le comportement des citoyens. La *rule of law* est exclusivement « *vue à travers les faits d'une espèce, et réduite à la portée nécessaire pour trancher le litige* »⁵⁵³. C'est pourquoi ce droit jurisprudentiel prend couleur de casuistique et revêt un caractère aléatoire, autrement dit imprévisible⁵⁵⁴. Selon Hugo Hardy, le sentiment de Jeremy Bentham est que « *les individus endurent un « mal primaire » de déception, lorsqu'une décision imprévisible est rendue dans leur affaire. Mais se dégage également au sein de la communauté un « mal secondaire » plus général d'insécurité et d'appréhension quant aux actions qui sont permises* »⁵⁵⁵. Pour le fondateur de la doctrine utilitariste, il ne fait aucun doute que la *rule of law* est attentatoire aux droits des individus, car elle met en péril leur sûreté : « *La loi (en Angleterre) n'est déclarée qu'après l'événement qui demandait son application. Quoique nouvelle dans le fait, comme elle est de la plus haute antiquité en théorie, elle a nécessairement un effet rétroactif et gouverne le passé comme l'avenir* »⁵⁵⁶.

Jeremy Bentham opère bien volontiers un rapprochement entre la *common law* et le droit romain. Il constate que la *common law*, telle qu'elle existe à son époque, ressemble au droit des jurisconsultes romains⁵⁵⁷. En effet, comme en droit romain, le droit issu de la *common law* naît de la pratique. La règle naît par la confrontation du juge avec les faits d'une espèce auxquels il doit donner une solution adaptée en recourant à la

⁵⁵³ R. DAVID, et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes du droit contemporains* précité p. 288.

⁵⁵⁴ Hugo HARDY, *op. cit.*, p. 4 : « Cette absence de sécurité judiciaire s'expliquait, d'une part, par le caractère décentralisé de la production du droit. Les tribunaux de *common law* n'étaient pas des agents d'exécution d'une règle préétablie par un législateur unique, mais les auteurs multiples et dispersés d'un droit qui se construisait au fur et à mesure des litiges qui leurs étaient soumis. Elle s'expliquait aussi, d'autre part, par le fait que le droit ne faisait pas l'objet d'un texte clair et public. Le fait que le droit anglais ne fut pas légiféré signifiait qu'il ne proposait pas de libellé auquel ont eu pu se référer pour mieux s'entendre ».

⁵⁵⁵ *Ibid.*, pp. 9-10.

⁵⁵⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 103.

⁵⁵⁷ *Ibid.*, p. 352.

prudence⁵⁵⁸. Mais il n'y a aucune conclusion positive à en tirer. Il serait plutôt porté à ironiser.

*« Ce sont les juges qui font la common law. Savez-vous comment il la fabrique ? Exactement comme un homme qui fait des lois pour son chien. Lorsque votre chien fait quelque chose que vous le dissuadez de faire, vous attendez qu'il le fasse, puis vous le battez pour l'avoir fait. C'est ainsi que vous faites des lois pour votre chien ; et c'est ainsi que les juges font la loi pour vous et moi »*⁵⁵⁹.

Le fondateur de la doctrine positiviste n'arrête pas là sa critique de ce droit jurisprudentiel. Il développe un autre argument qui vient le renforcer dans sa religion. Le droit de *common law* forme un véritable chaos, car la règle de droit est révélée par les juges à partir des cas d'espèce. Dans ce système, *« les décisions ont formé les règles de lois ; les règles forment à leur tour des décisions, les unes et les autres devenant alternativement cause et effet »*⁵⁶⁰. Quant au mode d'accès de ce droit, il parfait en quelque sorte son *incognoscibility* : *« Ces règles et ces décisions (qui forment la common law) se trouvent consignée dans un nombre infini d'abrégés et de traités qui sont eux-mêmes extraits des rapports, c'est-à-dire des livres de jurisprudence, contenant non seulement les décisions rendues dans des causes individuelles, mais encore l'argumentation judiciaire qui leur a servi de base, l'exposé des raisons pour et contre, en un mot, les opinions des juges sur les règles de lois applicables à ces cas particuliers »*⁵⁶¹.

Au total, il considère que dans le système judiciaire anglais, non seulement les règles des actions en justice de la *common law*⁵⁶² ne sont pas

⁵⁵⁸ G. GUYON, *op. cit.*, p. 68: *« L'absence de la connaissance du droit entrave le calcul utilitaire qui devait être à la base de toute conduite humaine. Le common law est inaccessible et nécessite un interprète, un juriste ou un avocat, qui tentera, par l'étude des décisions passées, de présager de la décision future des juges. L'inaccessibilité du droit lui donne surtout un caractère rétroactif »*.

⁵⁵⁹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, *Traité des preuves judiciaires* précité, p. 220.

⁵⁶⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 96.

⁵⁶¹ *Ibid.*

⁵⁶² Voir sur tous les points concernant les règles de la *common law*, appelées également par Bentham, le système technique, Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, pp. 80-114.

vraiment connues, encore moins certaines, mais aussi que les droits des individus ne sont pas garantis. Et pour cause ! Lorsqu'elles sont connues, elles sont imprécises, insuffisantes, mal adaptées et contradictoires, de sorte qu'elles ne fournissent aucune règle de conduite digne de ce nom aux citoyens⁵⁶³.

*« The necessity of technical knowledge, of an acquaintance with the complicated and discordant system of judicature as still subsisting, is but a temporary one. Be it so: but though the laws were as simple as angels are pure, judicature could never be brought within the competence of an uninstructed and unexperienced mind. The application of the law to the fact, the inquiry whether the evidence as exhibited brings the matter of fact within any of the species laid down in this or that part of the general map of law, is a task that is and ever will be liable to require a considerable skill in the value of words, a considerable degree of proficiency in that abstruse and formidable branch of science, distinguished by the repulsive appellations of logic and metaphysics »*⁵⁶⁴.

Il met ainsi en avant l'impropriété du droit anglais ainsi que le note Guillaume Tusseau : *« Bentham dénonce l'impropriété du droit anglais. La complexité de la procédure, le coût des procès, le recours aux fictions et au jargon inintelligible en font un mode réservé à une élite aisée. Le droit écrit (statute law) consiste en documents volumineux et compliqués. La Common Law ne se révèle qu'avec parcimonie. Construite par abstraction à partir de décisions juridictionnelles particulières, elle est affaire de conjecture et ne fournit aucune référence publique et stable susceptible de coordonner la vie sociale »*⁵⁶⁵.

A cause de son caractère incertain, la *common law* ne peut pas être utilisée, d'après Jeremy Bentham, comme l'instrument de mise en œuvre du principe du plus grand bonheur pour le plus grand nombre en matière de législation. Contrairement au sentiment communément partagé par les

⁵⁶³ *Ibid.*, pp. 86-87.

⁵⁶⁴ Jeremy BENTHAM, (éd Bowring), *Judicial Establishment* précité, chap. V, tit. III, vol. VII, p. 363. (traduction Elie Halévy, note n° 33, *op. cit.*, p. 290).

⁵⁶⁵ G. TUSSEAU, Sur le panoptisme benthamien, in *Revue d'Histoire des Idées Politiques*, Picard, n°19, Paris, 2004, p. 9.

lawyers anglais, notre auteur estime que la règle du précédent ne donne à la *common law* qu'une fausse certitude.

§2. La fausse certitude issue du précédent

Dans sa démonstration sur l'inaptitude de la *common law* à mettre fin à l'incertitude du droit anglais, Jeremy Bentham s'attaque à la règle du précédent (*rule of precedent*). D'après lui, cette dernière est supposée à tort répondre à l'exigence de certitude, de prévisibilité et de sécurité.

Formulée théoriquement en 1673 par Vaughan, chef de la Cour des Plaid communs, la règle du précédent impose que les juges statuent conformément aux règles posées par leurs prédécesseurs et que ce qui a été jugé doit déterminer la solution d'un même cas d'espèce⁵⁶⁶. Jeremy Bentham rapporte en ces termes la doctrine de William Blackstone : « *Dès qu'une décision, dit-il (Blackstone), a été rendue, ce qui était incertain auparavant et peut-être indifférent, prend le caractère d'une règle fixe dont il n'est plus au pouvoir d'aucun juge de dévier, et c'est en conséquence un principe établi, qu'on doit s'en tenir aux précédents toutes les fois que le même cas se présente en litige* »⁵⁶⁷. En l'espèce, il se démarque et contracte en quelques lignes la doctrine que Blackstone avait développée en ces termes : « *Car c'est une règle établie de s'en tenir aux décisions antérieures, lorsque les mêmes points de contestation se présentent ; tant pour maintenir ferme et égale la balance de la justice et l'empêcher de se mouvoir en divers sens avec l'opinion de chaque juge nouveau, que, parce que la loi étant ainsi solennellement déclarée et déterminée, ce qui était auparavant incertain, peut-être même indifférent, devient alors une règle permanente, qu'il ne dépend plus de la conscience d'aucun des juges qui*

⁵⁶⁶ R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains* précité, n° 287, p. 282.

⁵⁶⁷ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 102. Hugo HARDY, *op. cit.*, p. 4.

*succéderont d'altérer ou de faire dévier, conformément à sa propre opinion ; puisqu'il s'engage par serment à décider, non d'après son propre jugement particulier, mais en conformité des lois et coutumes du pays, sa mission étant de maintenir et de faire connaître l'ancienne loi, et non d'en prononcer une nouvelle »*⁵⁶⁸.

Très révélatrice de son état d'esprit est la précision qu'il apporte quelques lignes plus loin : « *Les décisions et règles précédentes doivent être suivies, à moins qu'elles ne soient tout à fait absurdes ou injustes. Car, quoiqu'on n'en puisse saisir le motif à la première vue, cependant nous devons assez de déférence aux anciens temps, pour que nous ne puissions supposer qu'on agissait alors absolument sans réflexion* »⁵⁶⁹. Dans ces conditions, pour les défenseurs de la tradition juridique anglaise, la *common law* est aussi prévisible et certaine qu'un *statute law*. L'absence de lois positives écrites n'y fait rien, la *common law* contient « *des règles de loi, c'est-à-dire des arrêts prononcés par les juges dans des cas particuliers, arrêts qui leur servent de guide, et d'après lesquels eux et leurs successeurs prononcent dans tous les cas semblables* ». Ainsi, pour les défenseurs de la tradition de *common law*, la règle de précédent suffit à rendre le droit jurisprudentiel anglais certain. Par voie de conséquence, une rupture avec le système juridique traditionnel n'est pas nécessaire.

Jeremy Bentham s'insurge contre ce point de vue. Il considère que la règle du précédent est bien loin de mettre fin à l'incertitude et à l'imprévisibilité des règles de *common law*. Pour lui, la doctrine de William Blackstone confine au sophisme. Car, après avoir exposé la règle du précédent, ce dernier ajoute aussitôt : « *Cependant cette règle admet exception, si la détermination antérieure est évidemment contraire à la raison ; et bien plus encore, si elle est manifestement contraire à la loi divine. Mais, même en pareil cas, les juges qui succèdent ont pour but, non pas de faire une loi nouvelle, mais de réformer la fausse interprétation d'une loi ancienne. Car s'il est reconnu que la décision antérieure est manifestement absurde ou injuste, le juge déclare, non que cette décision*

⁵⁶⁸ W. BLACKSTONE, *Commentaires sur les lois anglaises* précité, pp. 104-105.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 107.

*était une mauvaise loi, mais qu'elle n'était pas une loi, c'est-à-dire qu'elle n'était pas l'une des coutumes établies dans le royaume, comme on l'avait jugé par erreur. De là vient que nos jurisconsultes s'étendent, et avec justice, en éloge sur la raison de la loi commune, et qu'ils disent que la loi est la perfection de la raison, qu'elle a toujours pour but de s'y conformer, et que ce qui n'est pas la raison n'est pas la loi »*⁵⁷⁰.

Pour le réformateur utilitariste, ce discours est particulièrement symptomatique du mode de penser de William Blackstone et de la plupart des *lawyers* anglais. Le principe (la règle du précédent) est affecté d'une restriction qui fait qu'il est absorbé en réalité par l'exception. Quant à la référence à la raison, c'est un modèle de fiction juridique sans portée pratique.

C'est ainsi que Jeremy Bentham se plaît à rappeler le nombre d'exceptions dont souffre la règle du précédent sans compter qu'il existe plusieurs moyens de la contourner⁵⁷¹. Ainsi, il suffit pour un juge de recourir, par exemple, à la technique appelée de « *construction forcée* »⁵⁷² qui permet au juge de prendre, dans une décision ancienne, un mot ou une phrase dans un sens jamais donné auparavant. Il cite aussi le système des *distinctions*⁵⁷³ qui autorise le juge à écarter la solution du précédent en trouvant dans les circonstances de fait un élément différent qui justifie de changer la solution. Ou encore considérer que la *ratio decidendi* d'un jugement antérieur était en fait un *obiter dictum*⁵⁷⁴ dans l'opinion du juge qui a rendu la décision et la rendre ainsi sans valeur obligatoire (*finding*)⁵⁷⁵.

⁵⁷⁰ W. BLACKSTONE, *Commentaires sur les lois anglaises* précité, pp. 105-106. Par cette observation, Blackstone explique pourquoi l'office du juge dans la tradition de *common law* à *jus dicere*, et non *jus dare*, c'est-à-dire que le juge ne crée pas le droit, il ne fait que le déclarer contrairement au juge dans la tradition civiliste.

⁵⁷¹ Rapp. René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes du droit contemporains* précité, pp. 281 et s.

⁵⁷² Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 101 : « C'est-à-dire entendre un mot ou une phrase dans un sens que jamais personne ne lui avait donné ».

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 101 : « C'est-à-dire en établissant une exception à une solution générale à partir des circonstances de fait de l'espèce ».

⁵⁷⁴ René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes du droit contemporains* précité, pp. 283 et s.

⁵⁷⁵ R. DAVID et Xavier BLANC-JOUVAN, *Le droit anglais*, Paris, 1998, pp. 60-67.

Dans ces conditions, le philosophe de l'utilité considère qu'il lui revient de mettre en garde contre l'idée qu'une connaissance de tous les cas jurisprudentiels anglais permettrait de dégager, avec certitude, la solution qu'un juge donnerait lors d'un litige. La règle du précédent ne peut pas constituer un véritable remède à l'imprévisibilité de la *common law* anglaise, avertit encore une fois le réformateur anglais.

*« la loi commune ne se déduit pas d'un simple texte ouvert à tous et toujours consultable ; mais on l'extrait des décisions rendues dans une grande variété de cas par les cours de justice qui en ont ainsi révélé de temps à autre différentes portions, selon que les événements et les circonstances ont fait sentir le besoin de les promulguer »*⁵⁷⁶.

La nature de la *common law* fait qu'il est impossible de prétendre à la connaissance de la loi avant sa déclaration par les juges lors d'un procès, la règle du précédent n'est que « cautère sur jambe de bois »⁵⁷⁷.

Toutes ces observations conduisent Jeremy Bentham à considérer qu'un tel système ne peut que favoriser l'arbitraire des juges et la corruption des *lawyers* ainsi que le résume Hugo Hardy à la suite de notre auteur⁵⁷⁸. Impropre à assurer la sécurité juridique, « une loi si incertaine dans sa nature, si soumise aux constructions forcées, aux distinctions interprétatives, n'offre-t-elle pas une tentation dangereuse à ceux qui sont chargés de l'administrer dans les fonctions d'avocats ou de juges ? »⁵⁷⁹, s'interroge Jeremy Bentham. Ne donne-t-elle pas également licence au juge anglais d'affermir, s'il en était besoin, sa propension à usurper le pouvoir législatif⁵⁸⁰.

⁵⁷⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 98. Voir sur les notions de *statute law* et de *common law*, G. TUSSEAU, *Sur le panoptisme de Jeremy Bentham* précité, p. 9.

⁵⁷⁷ A l'origine, l'expression "un cautère sur une jambe de bois", apparue au XVIII^e siècle, montre l'absurdité de certaines mesures.

⁵⁷⁸ Hugo HARDY, *op. cit.*, p. 5: « Le cas d'untel entrain-il sous les mêmes considérations que tels et tels cas passés? Seul le juge pouvait le dire. Mais pour Bentham, cette extrapolation était forcément arbitraire, car il n'existait pas de méthode sûre qui permette d'obtenir une seule solution valable. A chaque juge sa loi, en quelque sorte, ce qui contribuait encore à l'insécurité juridique du droit anglais ».

⁵⁷⁹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 96.

⁵⁸⁰ *Ibid.*

Du fait des nombreux moyens susceptibles de la paralyser, la règle du précédent est, pour le père du positivisme juridique, insuffisante pour répondre au besoin de sécurité juridique et ne résout en rien le problème de l'incertitude de la *common law* et de son inaccessibilité⁵⁸¹.

Contrairement à ce qu'on pourrait penser, l'incertitude et l'imprévisibilité du droit anglais ne trouve pas sa source que dans la *rule of law* de la *common law*. L'issue de secours n'est pas le *statute law*. Le réformateur utilitariste estime ce dernier aussi incertain que la *common law* et, par le fait, incapable de servir de guide aux individus.

Section 2. L'incertitude du *statute law*

« *L'objet du législateur étant de déterminer la conduite des citoyens* »⁵⁸².

Pour le fondateur de la doctrine utilitariste en Angleterre, la seule autorité compétente pour l'élaboration des normes juridiques obligatoires pour tous est le législateur souverain⁵⁸³. A partir de ce critère organique, il est conduit conséquemment à faire prévaloir la loi sur un droit jurisprudentiel, le *statute law* sur la *rule of law* de la *common law* en déniait la qualification de loi aux règles édictées par la jurisprudence.

Mais encore faut-il que le *statute law* revête les qualités propres à atteindre l'idéal fonctionnel⁵⁸⁴ qu'il assigne à la loi : répondre aux attentes des citoyens selon Vito Marinese⁵⁸⁵, c'est-à-dire, plus précisément, porter le

⁵⁸¹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, pp. 98 et s.

⁵⁸² Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Principes de législation*, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 37

⁵⁸³ Sur ce point, Cf. *infra*, pp. 175 et s.

⁵⁸⁴ Vito MARINESE, *L'idéal législatif du Conseil constitutionnel, Etude sur les qualités de la loi*, Thèse en droit, Université de Paris-X-Nanterre, UFR de sciences juridiques administratives et politiques, soutenue le 19 décembre 2007, p. 18.

⁵⁸⁵ *Ibid.*, pp. 17-18.

droit à la connaissance de tous afin que chacun sache la mesure de ses droits et obligations.

Dans cette perspective, Jeremy Bentham consacre une partie de ses travaux relatifs à la législation à l'art de rédiger les lois. Il dénomme cette science *nomography*⁵⁸⁶. Si ces écrits peuvent apparaître comme une véritable anticipation sur la « *légistique* »⁵⁸⁷, il n'empêche qu'il est, en la matière, héritier des Lumières. La quête de l'idéal législatif des différents réformateurs de la législation en Europe à la fin du XVIII^{ème} siècle ne pouvait pas ne pas aboutir à la « *naissance de la légistique* » selon Jean-Pierre Duprat⁵⁸⁸. Si l'expression a été utilisée pour la première fois en France par Henri Capitant seulement au début du XX^{ème} siècle⁵⁸⁹ avant d'être reprise par Jean Carbonnier⁵⁹⁰, les écrits sur l'art de faire les lois et la science de la législation⁵⁹¹ avaient abondamment fleuri au Siècle des Lumières. La légistique avant la lettre avait déjà pour objectif « *d'exposer les connaissances et les méthodes qui peuvent être mises au service de la formation de la législation* »⁵⁹². Aussi bien, dans l'*Esprit des lois* (1748), Montesquieu avait proposé quelques ressources propres à garantir et améliorer la qualité des lois⁵⁹³.

⁵⁸⁶ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Edinburgh), *The rationale of reward*, vol. III, 1838-1843, pp. 242 et s.

⁵⁸⁷ La nomographie peut être définie comme l'art d'écrire la loi. Voir sur ce point : Jean-Pierre CLERO, Du primat de l'autorité sur le pouvoir. L'autorité en perspective. La nomographie comme science de l'autorité, in *Bentham juriste : l'utilitarisme en question*, *Revue d'Etudes juridiques*, éd. Economica, n° 36, pp. 307 et s. Voir également Vito MARINESE, *op. cit.*, pp. 12-13.

⁵⁸⁸ J-P DUPRAT, Genèse et développement de la légistique, in *la confection de la loi précitée*, pp. 9-94. Voir également sur ce point Vito MARINESE, *op. cit.*, p. 13.

⁵⁸⁹ H. CAPITANT, *Comment on fait les lois aujourd'hui*, RDP, vol. 91, 1917, p. 305.

⁵⁹⁰ J. CARBONNIER, *Tendance actuelle de l'art législatif en France*, *Legal Science Today*, 1978, Uppsala, pp. 23 et s. Cité par V. MARINESE, *ibid.*, p. 13. Voir également sur le même thème, Boris BARRAUD, La légistique, in *La recherche juridique* (les branches de la recherche juridique), l'Harmattan, coll. Logiques juridiques, Paris, 2016, p. 213 et s.

⁵⁹¹ C'est le titre de l'ouvrage de FILANGIERI, *La science de la législation (1780-1788)*, traduction de J.A. GALOIS, 2^{ème} édition, Dufard, Paris, 1799. De nos jours, la science de la législation est une dénomination pour le moins contestée : voir C-A MORAND, Elément de légistique formelle et matérielle, in *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, p. 33. J-J. PERRIN, Possibilité et limite d'une science de la législation, in *La science de la législation*, Travaux du Centre de Philosophie du Droit, PUF, 1988, pp. 21 et s.

⁵⁹² J-J. PERRIN, *op. cit.*, p. 21.

⁵⁹³ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre 29, chapitre XVI précité.

L'originalité de Jeremy Bentham tient au fait qu'il développe ses idées par réaction au droit anglais. De même que l'*A.L.R.*, le code prussien de 1794 (*Preussisches, Allgemeines Landrecht*), avait fait office de repoussoir aux rédacteurs du Code civil⁵⁹⁴, de même le droit anglais sert de contre-modèle à Bentham. S'il concède que les *statute laws* ont une existence « réellement assignable »⁵⁹⁵, puisqu'ils sont écrits contrairement à la *common law*⁵⁹⁶, il ne se fait pas faute d'observer qu'ils pèchent gravement sur le plan de la *cognoscibility* et de l'accessibilité. Eux non plus ne répondent pas aux critères formels qualitatifs de la loi idéale⁵⁹⁷. La *rule of law* de la *common law* a comme contaminée le *statute law*.

« *Le common law décrit par Bentham est comme un droit nuisible, un parasite, qui infecte le droit statutaire de ses propres caractéristiques, l'obscurité, l'incertitude et la confusion* »⁵⁹⁸.

⁵⁹⁴ J. E. D. BERNARDI, *Nouvelle théorie des lois civiles*, Paris 1801, pp. 1 et li : « Il (le *Landrecht* général) avait été annoncé comme le produit admirable des lumières réunies des plus célèbres philosophes et jurisconsultes de l'Europe. Il n'y a vraiment d'étonnant que l'obscurité de sa rédaction, et l'art avec lequel on est parvenu à embrouiller les règles les plus simples et claires du droit romain, qu'on y a transplantées [...] Il paraît bien qu'on a voulu en renfermer les dispositions dans des axiomes ou des maximes générales, et donner des définitions de tous les mots techniques qu'on employait. La réduction en maximes générales tient déjà de la sécheresse géométrique, et elle exige, pour être comprise, une grande contention d'esprit ; il faut donc que la concision du style, loin de nuire à la clarté de la maxime qu'on expose, serve au contraire à lui donner plus d'éclat et d'évidence [...] Le Code prussien est loin d'avoir atteint à ce degré de perfection. Les définitions, comme les règles qu'on y trouve, sont presque toujours noyées dans une surabondance de mots et enveloppées d'une certaine tournure métaphysique qui tient sans doute au génie de la langue allemande, mais qui fait sur les idées le même effet qu'un brouillard sur les objets matériels qu'il enveloppe ; et c'est là un très grand défaut dans un code de lois, dont l'intelligence ne saurait être à la portée de trop de lecteurs. Ce Code prussien paraît être l'algèbre de la jurisprudence ».

⁵⁹⁵ F. OST, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Odile Jacob, 2004, spec. p. 182.

⁵⁹⁶ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Of Law in General* précité, p. 185. Voir également René SEVE, *Bentham le grec ? Bentham le moderne ?*, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 307 : « La simple mise par écrit est pour Bentham une condition nécessaire, mais non suffisante qui doit permettre d'arriver à un corps complet de législation. Que des règles soient écrites ne suffit pas à en faire des lois « laws ». Pour preuve : le droit coutumier ou *common law*, qui est recensé dans des « reports », « treatises » ou « formularies of precedents » ne mérite pas, à proprement parler, la qualification de droit ».

⁵⁹⁷ Rapp. J. CARBONNIER, *Essai sur les lois, Répertoire du notariat Defrénois*, vol. 10, éd. Dalloz, 1979, p. 20.

⁵⁹⁸ G. Guyon, *op. cit.*, p. 66.

Pour ce précurseur de la légistique, les lois statutaires encourent une double disqualification : d'une part pour manque de rationalité (§1) d'autre part pour manque d'intelligibilité (§2).

§1. Le *statute law* disqualifié pour manque de rationalité

*« Pour écrire des lois, il suffit de savoir écrire : pour en établir, il suffit d'en avoir le pouvoir. La difficulté, c'est d'en établir des bonnes : or, les bonnes lois sont celles pour lesquelles il y'a des bonnes raisons à assigner. Mais autre chose est de donner des lois justifiables par de bonnes raisons, autre chose est d'avoir prouvé ces raisons mêmes et d'être en état de les présenter sous le point de vue le plus avantageux »*⁵⁹⁹.

Jeremy Bentham établit un strict parallèle entre *statute law* et *common law*. Il dénonce pêle-mêle une même incertitude attentatoire aux prévisions des parties à un contrat, une même absence de classement et encore une même confusion (souvent aggravée par la surabondance des commentaires). Dans sa *Petition for codification*⁶⁰⁰, une pétition adressée aux citoyens des *Etats Unis d'Amérique*, il dénonce l'obstacle à la connaissance du droit que constitue l'abondance de la source écrite du droit anglais. Dans cette dernière, il dénonce la multiplication des volumes d'ouvrages de leur législation, dans ces deux branches : *common law* ou de *statute law*⁶⁰¹ : « *To come to the point at once – Give me, Sir, the necessary encouragement, - I mean, a letter importing approbation of this my humble proposal ; and, as far as depends upon yourself, acceptance, I will forthwith set about drawing*

⁵⁹⁹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Promulgation des lois, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 269.

⁶⁰⁰ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), Papers relative to codification, in *Codification Proposal & Justice and Codification Petitions de Jeremy Bentham (1817-1822-1829)*, vol. 11, Londres, 1834 (Univ. Gand – Sém. Philosophie). Jacques VANDERLINDEN, *Code et codification dans la pensée de Jeremy Bentham* précité, note n°100, pp. 461-463.

⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 170 : « *La statute law, dit-il (Bentham), est entassée dans des volumes qui forment une masse plus lourde que celle qu'il n'aurait jamais la force de transporter* ».

up, for the use of the United States, or such of them, if any, as may see reason to give their acceptance to it, a complete body of proposed law, in the form of statute law : say, in one word, a pannomion, - a body of statute law, including a succedaneum to that mass of foreing law, the yorke of which, in the worless, as well as boundless, and shapeless shape of common, alias unwritten law, remains still about your necks : - a complete body, or such parts of it as the life and health of a man, whose age wants little of four and sixty, may allow of»⁶⁰². Comme le fait remarquer Jacques Vanderlinden, « il (Bentham) précise que personne aux Etats Unis ne pourrait posséder les ouvrages qui peuvent être considérés comme source écrite de la *common law* »⁶⁰³. Pour notre auteur, il règne de la même manière en Angleterre un véritable chaos légal.

Ce manque de rationalité des *statute laws* est dû aux déficiences du mode d'élaboration de la loi. Jeremy Bentham met en avant deux carences : l'absence de méthode de raisonnement d'une part (A) et l'absence d'un commentaire justificatif, le « *rationale* », d'autre part (B).

A. Une loi élaborée sans méthode de raisonnement

Ce qui est reproché au système de *common law* par Jeremy Bentham est le fait de faire de la jurisprudence la source majeure du droit. Cela constitue, dans la pensée juridique de notre auteur un véritable obstacle à la mise en œuvre de la réforme utilitariste du droit. Il s'agit, comme le rapporte Mohamed El Shakankiri, d'un « *problème de méthodologie juridique* »⁶⁰⁴. De ce fait, à la méthode de William Blackstone qui consiste à fonder le droit sur une doctrine déterministe d'après laquelle la nature est la source du droit, le réformateur utilitariste propose une méthode radicalement opposée

⁶⁰² Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Papers relative to codification* précité, vol. IV, pp. 453-454.

⁶⁰³ Jacques VANDERLINDEN, *Le concept de code dans l'Europe occidentale* précité, p. 170.

⁶⁰⁴ M. EL SHAKANKIRI, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 5.

qui s'appuie sur une nouvelle doctrine fondée sur le volontarisme juridique d'après laquelle le droit est une création exclusivement humaine⁶⁰⁵.

Poursuivant son réquisitoire contre le droit anglais, Jeremy Bentham considère que ce chaos légal est dû à une insuffisance de raisonnement, voire à une carence de méthode de raisonnement. A proprement parler, le droit statutaire n'apparaît pas comme délibéré. A partir de ce diagnostic, dans le but de remédier à cette lacune, notre auteur s'emploie à construire et proposer une nouvelle méthode de raisonnement en matière de législation⁶⁰⁶.

Il procède en quelque sorte négativement en mettant en évidence tous les faux raisonnements, sous-entendant que la meilleure marche à suivre est de prendre le contre-pied des anciens errements du législateur anglais.

Les brocards forgés par le philosophe de l'utilité sont supposés mettre en lumière la place que la raison doit tenir en droit :

- *Antiquité de la loi n'est pas raison*. Il s'agit pour Jeremy Bentham de censurer les préjugés populaires utilisés par les *lawyers* anglais afin de légitimer les règles de *common law*. Ils « *servent moins souvent de motifs que de prétextes. C'est un passeport commode pour les sottises des hommes d'Etat* »⁶⁰⁷. Une telle manière de raisonner ne tient qu'à la faiblesse des individus : « *L'ignorance du peuple est l'argument favori de leur pusillanimité et de leur paresse* »⁶⁰⁸. Au demeurant, pour notre auteur, l'usage par exemple par les gouvernants d'agir au nom du peuple est une nouvelle forme de mensonge légal. « *Nom du peuple est une signature contrefaite pour justifier ses chefs* »⁶⁰⁹. Ainsi, l'ancienneté ne peut être considérée comme un critère dans l'élaboration d'une règle de droit, car, écrit-il, contrairement aux enseignements de William Blackstone ou de

⁶⁰⁵ Voir sur ce point les observations de M. El Shakankiri, *op. cit.*, pp. 5-11.

⁶⁰⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Exemples des fausses manières de raisonner en matière de législation, in *Traité de législation civile et pénale* précité chapitre XIII, pp. 40-48.

⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 44.

⁶⁰⁸ *Ibid.*

⁶⁰⁹ *Ibid.*

Montesquieu, si une loi ancienne est admirée, c'est parce qu'elle est connue et non pas parce qu'elle trouve son origine dans des temps immémoriaux⁶¹⁰ ;

- *Autorité religieuse n'est pas raison.* Le premier argument de Jeremy Bentham contre la juridicité de la loi divine se fonde sur la difficulté de son interprétation⁶¹¹. D'après notre auteur, la loi divine est incapable de produire du droit. Contrairement aux enseignements de William Blackstone selon lequel la loi divine est dotée d'une force juridique obligatoire⁶¹², le fondateur de la doctrine positiviste du droit ne reconnaît pas de caractère juridique aux lois divines. Il condamne sans réserve cette méthode de raisonnement consistant à justifier une loi par des considérations de nature religieuse. Comme le rapporte Mohamed El Shakankiri, notre auteur considère que William Blackstone avait commis une erreur méthodologique en commençant ses recherches sur les sources du droit par une enquête sur le contenu de la pensée de l'Etre suprême⁶¹³. Si cette manière de raisonnement ne peut pas être admise, c'est parce qu'elle est, d'après lui, contraire à l'utilité générale, seule à même de pouvoir justifier une loi selon notre auteur⁶¹⁴ ;
- *Reproche d'innovation n'est pas raison.* La doctrine inverse, celle des partisans du système juridique anglais est tout simplement, selon Bentham, une manifestation d'hostilité à l'encontre du progrès. Elle tend à s'opposer à toute forme de réforme. Par ailleurs, il fait observer que cette manière de penser est certes une parade contre les arguments des détracteurs du système anglais, mais qu'elle peut aussi être retournée contre les partisans de l'ancienneté de la loi :

⁶¹⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Exemples des fausses manières de raisonner en matière de législation, in *Traité de législation civile et pénale* précité chapitre XIII, pp. 40-48.

⁶¹¹ M. EL SHAKANKIRI, *op. cit.*, pp. 231 et s.

⁶¹² W. BLACKSTONE, *Commentaires des lois d'Angleterre* précité, Introduction, t. I, p. 63.

⁶¹³ M. EL SHAKANKIRI, *ibid.*, pp. 233-234.

⁶¹⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Exemples des fausses manières de raisonner en matière de législation, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chapitre XIII, p. 40.

« ceux qui approuvent aujourd'hui une loi comme ancienne, l'auraient blâmée autrefois comme nouvelle »⁶¹⁵ ;

- *Définition arbitraire n'est pas raison*. Ce qui est reproché au droit anglais est l'usage de propositions purement formelles en matière de législation. Jeremy Bentham reprend ici sa critique de la méthode de son maître accoutumé à recourir à des fictions⁶¹⁶. Il considère que l'erreur fondamentale de William Blackstone ainsi que celle de l'ensemble des *lawyers* anglais tient au fait qu'ils emploient des termes vides qui n'ont pas de sens, des sophismes. « *Le sophisme dans l'emploi des mots raison ou raisonnable dérive du fait qu'on suppose que ces termes ont un contenu fixe et raisonnable (...) Mais ce n'est pas le cas* »⁶¹⁷. C'est sur ce mode de raisonnement, susceptible d'obscurcir le droit et le rendre inaccessible, que se concentre l'essentiel de la critique du réformateur utilitariste. Une telle technique qui consiste, pour les producteurs du droit, à utiliser les fictions peut conduire à produire une règle qui se sépare non seulement de la réalité matérielle, mais encore de la réalité juridique⁶¹⁸. L'article 524 du Code civil est le parfait exemple : « *Les animaux et les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds sont immeubles par destination* ». Cet article inclut dans la catégorie des immeubles par destination les animaux attachés à l'exploitation, tels que les ruches à miel. Ainsi, comme le précise Guillaume Tusseau, « *dans une telle hypothèse, le droit semble s'écarter lui-même de l'univers qu'il bâtit afin de régir la vie en société* »⁶¹⁹. C'est notamment sous cet angle que Jeremy Bentham s'attaque aux juristes et autres philosophes des Lumières, tels que Montesquieu ou Jean-Jacques

⁶¹⁵ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Exemples des fausses manières de raisonner en matière de législation, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chapitre XIII, p. 40.

⁶¹⁶ Voir sur ce point Gérard MICHAUT, *op. cit.* pp. 267 et s.

⁶¹⁷ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *The Book of Fallacies* précité, vol. II, part. IV, chap. X, sect. V, p. 466. Voir sur la critique benthamienne sur le contenu de la loi naturelle, M. EL SHAKANKIRI, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 228-235.

⁶¹⁸ G. TUSSEAU, *Jeremy Bentham : La guerre des mots* précité, pp. 31-33.

⁶¹⁹ *Ibid.*, p. 33.

Rousseau. Il leur reproche spécialement l'usage des fictions dans la définition de la loi⁶²⁰. Celle que donne Montesquieu dans le premier chapitre de la première partie de *l'Esprit des lois* intitulé « *Des lois dans les rapports qu'elles ont avec les divers êtres* » en est une parfaite illustration : « *La loi en général est la raison humaine en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre* »⁶²¹. En l'occurrence, en assimilant la loi à la raison, Montesquieu la définit comme un *lawyer*. Pour notre auteur, la loi est un acte du législateur, elle n'est pas l'expression d'un droit naturel –au demeurant, une autre fiction–. La référence à la raison ne fait que masquer l'origine jurisprudentielle de la *common law*, elle participe du mensonge légal consubstantiel au droit anglais. Pour lui, l'observateur qui renonce aux fictions ne peut que constater cette réalité : « *la raison, loin d'être une loi, est souvent en opposition avec elle* »⁶²². Pareillement définir la loi comme l'expression de la volonté générale est une fiction. Selon Bentham, il n'est d'autre volonté générale que la somme des volontés individuelles animées par des intérêts les plus prosaïques⁶²³.

- *Métaphore n'est pas raison*. Notre auteur vise soit une métaphore proprement dite, soit une fiction utilisée pour le besoin d'éclaircir une loi. Ce qui est reproché aux partisans de ce mode de raisonnement, ce n'est pas tant d'y recourir dans un discours quelconque, mais de procéder ainsi en matière de législation. Ainsi il donne l'exemple d'une expression poétique en vogue dans l'Angleterre de son époque : « *La maison d'un homme, disent les Anglais, est son château* »⁶²⁴. Selon cette métaphore, la maison d'un homme devient son château la nuit. Or, fait remarquer Jeremy Bentham, si la maison d'un homme est « *son château la nuit, pourquoi ne le serait-il pas de jour ?* » et d'ajouter que « *si c'est un*

⁶²⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 40.

⁶²¹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, op. cit., chap. III.

⁶²² Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 41.

⁶²³ *Ibid.*, p. 42.

⁶²⁴ *Ibid.*, p. 41.

*asile inviolable pour le propriétaire, pourquoi ne le serait-il pas pour tout autre personne qu'il jugerait à propos d'y recevoir ? »*⁶²⁵.

Il conclut que l'usage des métaphores est ainsi susceptible de créer des préjugés. C'est notamment le cas des métaphores utilisées par les pays de tradition catholique. A titre d'exemple, dans ces pays, on considère qu'un temple est « *la maison de Dieu* ». Or, selon notre auteur, « *cette métaphore a servi à établir les asiles pour les criminels. C'était manquer de respect à Dieu que d'arracher de force ceux qui venaient se réfugier dans sa maison* »⁶²⁶ ;

- *Fiction n'est pas raison*. Notre auteur définit la fiction comme un « *fait notoirement faux, sur lequel on raisonne comme s'il était vrai* ». L'usage des fictions en matière de législation est au cœur de la querelle qui oppose notre auteur au professeur d'Oxford ainsi qu'aux défenseurs de la tradition juridique anglaise. C'est également sur ce même grief qu'il fonde sa critique des observations de Cocceji sur le *Project des Corporis iuris fridericiani (1746-1749)*⁶²⁷. A titre illustratif, le réformateur anglais reprend à son compte la peine de « *corruption du sang* », une forme de confiscation inventée par les *lawyers* anglais. Quand « *un homme a été puni de mort pour crime de haute trahison ; le fils innocent n'est pas seulement privé, (en vertu de cette peine) des biens du père, mais il ne peut pas même hériter de son grand-père* »⁶²⁸. Le droit anglais considère que cela s'explique par le fait que le canal par lequel le patrimoine devrait passer est vicié. Pour Jeremy Bentham, c'est le modèle-type de la fiction.
- *Raison fantastique n'est pas raison*. Pour le réformateur radical, une « *raison* » est fausse, quand elle n'a pas pour effet de persuader, d'emporter une conviction, de forger une religion, elle n'est alors

⁶²⁵ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 41.

⁶²⁶ *Ibid.*

⁶²⁷ Voir Jacques VANDERLINDEN, *Code et codification dans la pensée de Jeremy Bentham* précité, note n° 69, pp. 394-397.

⁶²⁸ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 42.

rien d'autre qu'une « *fantaisie* »⁶²⁹. Il invoque l'usage très répandu mais inutile des expressions telles que « *la raison* » ou la « *raison éternelle prescrit* »⁶³⁰. Le point de départ de tout raisonnement humain est la sensibilité naturelle. En reprenant les arguments de David Hume à l'encontre de la conception de la raison dominant chez les partisans de l'Ecole moderne du droit naturel⁶³¹, il considère que « *ce que l'homme est vraiment capable de connaître, ce ne sont pas les lois déduites d'une raison abstraite qui transcenderait les réalités et l'expérience, mais celles conventionnelles et artificielles, que produit la pratique de la vie sociale* »⁶³². Ainsi les arguments sur lesquels Cocceji, Chancelier du roi de Prusse Frédéric II, s'appuie pour justifier l'autorité paternelle sont considérés par Jeremy Bentham comme l'archétype d'un raisonnement fondé sur de faux principes, purs produits de la raison abstraite des disciples de l'Ecole moderne du droit naturel. Son argumentation tendant à fonder la puissance paternelle « *manque de justesse* » et ne saurait légitimer un droit illimité et indivisible. Il s'en explique de cette manière. Pour lui, la première raison alléguée selon laquelle « *1° les enfants sont procréés dans la maison dont le père est le maître* » est purement accidentelle⁶³³. Ensuite le deuxième argument selon lequel « *2° ils naissent dans une famille dont il est le chef* », ne vaut pas, car il considère qu'il n'a pas de sens précis et qu'il est une sorte de répétition du premier argument. De fait il pose la question de savoir si la maison dans laquelle l'enfant naît appartient à son père ou non. Il en tire la conclusion que si tel n'est pas le cas, c'est le propriétaire

⁶²⁹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 43.

⁶³⁰ *Ibid.*

⁶³¹ David HUME, *Traité de la nature humaine*, Livre I, Partie I, sect. 1 et Livre III, partie. II, sect. 1, 2 et 3. Voir M. EL SHAKANKIRI, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 228.

⁶³² Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *A Fragment of Government* précité, vo. I, chap. IV, §19, pp. 287 et s.

⁶³³ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 43. Bentham énumère les cas dans lesquels, suivant la raison alléguée par Cocceji, le père ne pourra exercer son autorité sur ses enfants : « *Qu'un voyageur ait des enfants qui naissent dans une auberge, dans un vaisseau, dans la maison d'un ami ; voilà donc la première base de l'autorité paternelle qui n'existerait pas pour le père. Les enfants, d'un domestique, ceux d'un soldat, ne devraient pas être soumis à leurs pères, mais à celui dans la maison duquel ils sont nés* ».

de la maison qui est habilité à exercer l'autorité paternelle sur l'enfant et non pas le père⁶³⁴. Enfin la dernière raison invoquée par Cocceji pour justifier l'autorité paternelle, à savoir que « *ils (les enfants) sont de sa semence et une partie de son corps* », est considérée par le philosophe de l'utilité comme indécente. Il conclut « *si c'est là le principe d'un droit, il faut convenir qu'il doit mettre la puissance de la mère bien au-dessus de celle du père* »⁶³⁵.

- *Antipathie et sympathie n'est pas raison.* Selon notre auteur, le recours à ces deux faux modes de raisonnement en matière de loi est nécessairement contraire au principe de l'utilité. Ils sont même considérés par Bentham comme les deux faux principes de raisonnement les plus dangereux. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'ils sont utilisés par le législateur pour édicter des lois pénales. En effet le principe de l'antipathie permet au législateur de définir si tel délit « *mérite* » une peine ou non, alors que le principe de sympathie permet, quant à lui, de décider si une action « *mérite* » une récompense ou non. Or le seul principe qui permet de définir la peine ou la récompense est le principe de l'utilité. A ce titre, le réformateur anglais fait remarquer que c'est principalement en matière pénale que la sûreté des citoyens peut être le plus mise en péril, c'est pourquoi il préconise de fonder la loi sur des raisons utiles plutôt que sur des raisons fantaisistes comme le législateur anglais a pris la déplorable habitude⁶³⁶;
- *Pétition n'est pas raison.* Jeremy Bentham s'emploie une nouvelle fois à dénoncer un « *sophisme* »⁶³⁷ c'est-à-dire « *une fausse manière de raisonner* »⁶³⁸. D'après lui, le procédé est utilisé trop souvent par les *lawyers* anglais afin de justifier les lois. La pétition de principe consiste, dans la doctrine de notre auteur, à recourir à l'usage de

⁶³⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 43.

⁶³⁵ *Ibid.*

⁶³⁶ *Ibid.*

⁶³⁷ Voir sur ce point M. El SHAKANKIRI, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 222.

⁶³⁸ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 44.

« termes sentimentaux ou passionnés »⁶³⁹ dans un texte législatif, en lieu et place de termes « neutres », pour la faire approuver⁶⁴⁰. De tels mots sont susceptibles d'induire en erreur les individus dans leur conduite et, le cas échéant, de constituer un véritable obstacle dans leur quête du bonheur. « Or, il faut observer qu'un terme passionné renferme ou enveloppe une proposition non exprimée, mais sous-entendue, qui accompagne toujours l'emploi du mot, à l'insu de ceux qui l'emploient : cette proposition sous-entendue est de blâme ou de louange, mais vague et indéterminée »⁶⁴¹. C'est ainsi que l'utilitariste anglais juge des termes tels que « dépendance » ou « indépendance »⁶⁴² comme étant tout, sauf neutres et, par là même, fort mal venus en matière de législation⁶⁴³. C'est pourquoi il estime particulièrement condamnable de parler de « l'indépendance des trois pouvoirs » à propos de la constitution anglaise⁶⁴⁴ ;

- *Loi imaginaire n'est pas raison*. Cet aphorisme est une nouvelle fois le moyen de blâmer une manière de raisonner, fondée sur des fictions. En l'occurrence sont visés le droit naturel, la loi naturelle, le contrat social, etc. Notre auteur désapprouve la référence au droit naturel et à la loi naturelle comme fondement du droit⁶⁴⁵. Il prend particulièrement pour cible la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789⁶⁴⁶. Les Constituants n'auraient jamais dû faire fonds sur les « fantaisies » des théoriciens du droit naturel pour

⁶³⁹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Traité de législation civile et pénale* précité, pp. 44-45 : « Les termes sentimentaux ou passionnés sont ceux qui, outre leur sens principal, emportent une idée accessoire d'approbation ou de blâme ».

⁶⁴⁰ *Ibid.*, p. 45 : « Les termes neutres sont ceux qui expriment simplement la chose en question, sans rien faire présumer en bien ou en mal, sans emporter aucune idée étrangère de blâme ou d'approbation ».

⁶⁴¹ *Ibid.*

⁶⁴² *Ibid.*

⁶⁴³ *Ibid.*, pp. 44-46.

⁶⁴⁴ *Ibid.*, p. 46.

⁶⁴⁵ Ainsi, si notre auteur condamne la constitution anglaise, c'est parce qu'elle est fondée sur ce même mode de raisonnement.

⁶⁴⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Examen de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen décrétée par l'Assemblée Constituante en 1789, Sophisme anarchique, in *Traité de législation civile et pénale* précité, pp. 551-572. Voir plus en détail la critique de Jeremy Bentham de la D.D.H.C. de 1789 dans Bertrand BINOCHÉ, Jean-Pierre CLERO, *Bentham contre les droits de l'homme*, éd. Puf, Janvier 2007.

légitimer leur déclaration⁶⁴⁷. Pour notre auteur, il ne s'agit que de fictions inutiles (des fictions légales⁶⁴⁸) qui ont pour effet de fausser le sens même des lois, voire la définition même du droit. Etienne Dumont traduit la pensée de son maître en ces termes : « (...), *mais dans les lois, surtout dans les principes fondamentaux des lois, les mots sont des choses et les termes impropres qui font naître des idées fausses peuvent conduire à des calamités nationales. (...) Il (les législateurs) leur importe de ne dire ni plus ni moins que ce qu'ils veulent, (...) de produire une idée juste qui n'a pas besoin du commentaire* »⁶⁴⁹. Pour consolider son point de vue, Jeremy Bentham donne une nouvelle illustration empruntée au droit familial. Il reprend les justifications apportées à « *l'obligation des parents de pourvoir à l'entretien de leurs enfants* » en Angleterre à son époque. C'est alors un lieu commun d'affirmer que « *c'est un principe de la loi naturelle* »⁶⁵⁰. Or, selon Jeremy Bentham, en l'espèce, l'usage du mot loi est ambigu. Car, d'une part ainsi que le rapporte Gérard Michaut, Bentham souligne que « *le sens primitif du mot loi, c'est le sens vulgaire, c'est la volonté d'un législateur. La loi de la nature est une expression figurée ; on se représente la nature comme un être, on lui attribue telle ou telle disposition, qu'on appelle figurativement loi* »⁶⁵¹. D'autre part il ajoute que « *ce qu'il y a de naturel chez l'homme, ce sont des sentiments de peine ou de plaisir, (...) : mais appeler ces sentiments et ces penchants des lois, c'est introduire une idée fausse et dangereuse ; c'est mettre le langage en opposition avec lui-même : car il faut faire des lois, précisément*

⁶⁴⁷ Gérard MICHAUT, *op. cit.*, p. 23.

⁶⁴⁸ *Ibid.*, p. 305 : « *Ce que vous avez fait avec la fiction (en s'adressant aux lawyers anglais) pourriez vous, ou non, l'avoir fait sans la fiction ? Si non, votre fiction est un mensonge inique, si oui, un mensonge fou. Tel est le dilemme. Homme de loi ! Essaie d'en sortir si tu peux. Mais non, la distinction n'est qu'en apparence ; il n'y a de folie en aucun cas, sauf pour autant que toute iniquité est folie ; l'effet est en tous les cas nuisibles, le but, s'il y en avait un, pervers* ».

⁶⁴⁹ Voir les observations d'Etienne Dumont sur le Traité de législation civile et pénale. Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Traité de législation civile et pénale* précité, pp. 449-450.

⁶⁵⁰ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* précité, Livre I, ch. XVI.

⁶⁵¹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 46.

*pour réprimer ces penchants »*⁶⁵². Le même constat peut être dressé pour le mot « *droit* »⁶⁵³.

En définitive, ce que Jeremy Bentham reproche à ces fausses manières de raisonner des *lawyers* anglais, spécialement du législateur, est de ne pas fonder la loi sur la raison⁶⁵⁴. Cette dernière n'est pas abstraite, comme c'est le cas dans la doctrine de William Blackstone, mais elle est concrète en adéquation avec la réalité et l'expérience.

*« Le langage de la vérité est uniforme et simple : mêmes idées, mêmes termes. Tout se rapporte à des plaisirs et à des peines. On évite tout ce qui peut masquer ou intercepter cette notion familière : De tel ou tel acte résulte telle impression de peine ou de plaisir. Ne m'en croyez pas, croyez-en l'expérience, et surtout la votre. Entre deux façons d'agir opposées, voulez-vous savoir celle à qui la préférence est due ? Calculez les effets en bien ou en mal, et décidez-vous pour ce qui promet la plus grande somme de bonheur »*⁶⁵⁵.

La méthodologie du philosophe de l'utilitarisme appliquée à la loi et plus largement au droit est empirique⁶⁵⁶. Mohamed El Shakankiri souligne que chez le réformateur utilitariste, « *la raison n'est pas innée dans l'homme, c'est une faculté expérimentale, calculatrice, capable de découvrir les conséquences de tel ou tel acte au point de vue de son utilité, du plus grand plaisir ou de la moindre souffrance à en retenir* »⁶⁵⁷. Dans ces conditions, le seul principe sur lequel doit s'appuyer le législateur pour faire la loi est le principe de l'utilité, seul propre à servir de *guide infaillible*. Donner une bonne raison à une loi, « *c'est alléguer des biens ou des maux que cette loi tend à produire : autant de biens, autant d'arguments en sa*

⁶⁵² Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Traité de législation civile et pénale* précité, chapitre XIII, pp. 46-48.

⁶⁵³ *Ibid.*, p. 47.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, p. 44.

⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 48.

⁶⁵⁶ Voir M. EL SHAKANKIRI, *op. cit.*, p. 227.

⁶⁵⁷ *Ibid.*

*faveur : autant de maux ne sont autre chose que des plaisirs ou des peines »*⁶⁵⁸.

B. Une loi dépourvue de *rationale*

*« Les bonnes lois sont celles pour lesquelles il y' a de bonnes raisons a assigner»*⁶⁵⁹.

Ces raisons doivent être données dans ce que Jeremy Bentham appelle le *rationale*⁶⁶⁰. C'est l'innovation majeure proposée par le réformateur utilitariste. Elle constitue l'une des pièces maîtresses parmi les armes fourbies pour triompher de l'inaccessibilité du droit anglais. Pour notre auteur, il ne saurait y avoir de loi qui ne soit assortie d'un *rationale*, c'est-à-dire d'un commentaire justificatif. C'est la clef de voûte de toute la théorie de la législation benthamienne car il doit permettre d'apporter la compréhension du droit au plus grand nombre afin que la loi remplisse son office de servir de guide aux citoyens vers le bonheur.

*«Le grand office des lois, le seul qui soit évidemment et incontestablement nécessaire, est d'empêcher de détruire, dans la recherche de leur bonheur, une quantité plus grand de bonheur d'autrui »*⁶⁶¹.

Aux critères classiques de définition de la loi, organique et formel, Jeremy Bentham en ajoute un nouveau, le *rationale*. Ce « commentaire raisonné » a pour vocation d'éclairer la loi et d'atteindre l'objectif

⁶⁵⁸ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 44.

⁶⁵⁹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Promulgation des Lois, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 269. Voir sur ce point F. OST, Codification et temporalité dans la pensée juridique de Jeremy Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 188.

⁶⁶⁰ Cf. *infra*, p. 259 et s.

⁶⁶¹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Promulgation des Lois, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 273. Voir M. EL SHAKANKIRI, *op. cit.*, p. 235 : « C'est en cela que réside le vrai bonheur, c'est-à-dire le vrai plaisir individuel et social ».

d'intelligibilité qu'il regarde comme une des conditions *sine qua non* de l'accessibilité du droit⁶⁶².

De ce point de vue, le droit anglais ne laisse d'autre ressource que de dresser un constat de carence. Rien, ni directement, ni indirectement, ni de loin, ni de près, n'y est comparable au *rationale*. Selon le père de la doctrine positiviste du droit, la vérité est que le législateur anglais fait fi de ce qu'il dénomme « *la justifiabilité de la loi* »⁶⁶³. A l'opposé, par le *rationale* « *ces raisons (de la loi) même deviennent une espèce de guide pour les cas où la loi serait ignorée : on peut préjuger ses dispositions, et par la connaissance acquise des principes du législateur, se mettre en sa place, le deviner ou conjecturer ses volontés, comme on présume celles d'une personne raisonnable avec laquelle on a vécu et dont on connaît les maximes* »⁶⁶⁴.

Selon le réformateur anglais, ce commentaire présente un double intérêt pour l'application de la loi par les juges en aval, mais aussi en amont, pour son élaboration par le législateur.

S'agissant de la mise en œuvre de la loi, Jeremy Bentham considère que le *rationale* servira de guide aux magistrats, mais également aux organismes publics en charge de son application : « *le commentaire raisonné sera d'une utilité sensible dans l'application des lois. C'est une boussole pour les juges et pour tous les employés du gouvernement* »⁶⁶⁵. Dans l'esprit de notre auteur, cela doit réduire considérablement les erreurs judiciaires, notamment celles découlant de l'interprétation de la loi : « *La raison énoncée ramène sans cesse au but du législateur ceux qui aurait pu s'en écarter. Une interprétation fausse ne pourrait pas cadrer avec cette raison* »⁶⁶⁶.

Au surplus, le *rationale* constitue une véritable garantie contre l'arbitraire des juges. Grâce au commentaire justificatif de la loi, les juges ne peuvent plus se cacher derrière quelque obscurité ou du silence de la loi pour s'en écarter, voire usurper purement et simplement la fonction du

⁶⁶² Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Promulgation des Lois, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 267.

⁶⁶³ *Ibid.*, p. 269.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 271.

⁶⁶⁵ *Ibid.*, p. 272.

⁶⁶⁶ *Ibid.*

législateur en édictant des règles de conduite, comme c'est le cas dans le système anglais.

Le *rationale* doit également permettre aux justiciables d'effectuer un contrôle plus efficace sur leurs décisions : « *les prévarications ne pourraient plus se cacher. La route de la loi est éclairée dans toute son étendue, et les citoyens sont les juges des juges* »⁶⁶⁷.

Quant à l'élaboration de la loi, le *rationale* doit servir de guide, c'est-à-dire d'instrument de contrôle du législateur sur son propre travail. Pour notre auteur, l'exposé des raisons d'une loi est un moyen pour le législateur de savoir si la loi est bonne ou mauvaise selon le principe de l'utilité. Le *rationale* a une fonction de test⁶⁶⁸ : une bonne loi trouve facilement des justifications et prouve sans difficulté son utilité. Le législateur est conduit ainsi à peser gravement le pour et le contre avant d'établir une loi. Si le législateur s'est lui-même convaincu des bonnes raisons de la loi, c'est-à-dire de sa pertinence (*fitness* dans le texte, dans le sens de *suitability*)⁶⁶⁹, autrement dit de son utilité, tout individu raisonnable y adhérera. Dans la

⁶⁶⁷ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Promulgation des Lois, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 272.

⁶⁶⁸ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Papers relative to codification and Public Instruction* précité, vol. IV, Edinburgh, 1843, Lettre IV, I. p., I, p. 454 : « *This appendage, or component part, — call it which you please, — this perpetual commentary of reasons, is what I will venture to propose as a test ; as a test, and the only test, by which, either of the absolute fitness or unfitness of any one proposed body of laws taken by itself, or of the comparative fitness of each one of any number of bodies of law, standing in competition with each other, and proposed as capable of serving for the same division in the field of legislation, any satisfactory indication can be afforded ; — a test, to which, by a predetermined and pre-announced resolution, every such composition ought accordingly to be subjected* ».

⁶⁶⁹ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Papers relative to codification and Public Instruction* précité, p. 159 : « *For writing laws, it is enough to know how to write: for establishing them, it is only necessary to possess power. The difficulty consists in establishing good laws. Now good laws are those for which good reasons are assignable: but it is one thing to have established good laws justifiable by good reasons; another thing to have discovered those reasons, and to have presented them to view in the most advantageous light. A third problem, yet more difficult of solution, is to find a common base for all the laws : one unique and clear principle ; to shew their harmony with it; to dispose them in the best order; to give them the greatest simplicity and the greatest clearness of which they are susceptible: to find one isolated reason for a law, is to do nothing. A comparative balance for and against is desirable, since we cannot rely with confidence upon a reason, unless we can be assured that there is nothing stronger to oppose to it in a contrary direction* », ».

théorie benthamienne de législation, le commentaire justificatif est un moyen pour « *le perfectionnement des loi* »⁶⁷⁰.

Plus précisément, d'un côté, la rédaction de ce *rationale* –un exposé des raisons de la loi– est un moyen de contraindre le législateur à donner à la loi un objet clair et déterminé, c'est-à-dire à réduire la question en des termes simples : « *Voilà la loi, voilà la raison assignée à la loi. Cette raison est-elle bonne ? Est-elle mauvaise ?* »⁶⁷¹. Autrement dit, les débats ne porteront que sur l'utilité ou non de la loi. Subsidiairement un remède est apporté de la sorte au problème récurrent de la longueur interminable des débats parlementaires.

« *Ceux qui ont suivi le progrès des querelles politiques savent que l'objet des chefs est surtout d'éviter ce fatal écueil, cet examen de l'utilité. Les personnalités, les antiquités, le droit naturel, le droit des gens, et mille autre moyens, ne sont que des ressources inventées contre cette manière d'abréger et de résoudre les controverses* »⁶⁷².

D'un autre côté, le commentaire raisonné est pour le législateur un moyen de s'assurer que la loi est en mesure d'emporter l'adhésion du public et, par voie de conséquence, de « *désarmer les frondeurs et les fanatiques, parce que c'est donner à toutes les discussions sur les lois un objet clair et déterminé* »⁶⁷³. Mieux encore, avec des lois justifiées, le législateur est en mesure de satisfaire au jugement du public et le convaincre d'obéir aux lois « *non par un principe passif, non par une crainte aveugle, mais par le concours des volontés mêmes* »⁶⁷⁴. C'est l'un des plus grands avantages du *rationale*.

D'une manière générale, le commentaire justificatif constitue une véritable sauvegarde contre les changements précipités des lois par le législateur, c'est-à-dire un véritable rempart contre l'insécurité juridique. Il

⁶⁷⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Promulgation des Lois, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 272.

⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 271.

⁶⁷² *Ibid.*

⁶⁷³ *Ibid.*

⁶⁷⁴ *Ibid.*

est vu par Jeremy Bentham comme un antidote de l'incertitude de la loi anglaise.

« *La force de la raison devient la force de la loi. C'est comme un ancre qui empêche le vaisseau de flotter au gré des vents, ou de dériver insensiblement par la force d'un courant invisible* »⁶⁷⁵.

Et la moindre de ses vertus n'est de contraindre le législateur à conserver à l'esprit en permanence que les lois : « *sont faites pour des siècles, (elles) doivent être au-dessus des petites passions. Elles doivent commander et instruire* »⁶⁷⁶.

Evidemment, pour instruire, le *rationale* doit répondre aux exigences de la *cognoscibility*. Par de-là la simplicité, la clarté et la précision, il doit, à l'instar du *statute law* comme de l'ensemble du système juridique⁶⁷⁷, être dépourvu de toutes les fictions inventées par les *lawyers* et autres créations artificielles sans rapport avec la réalité. Elles jetteraient la confusion dans l'esprit des citoyens. Il est clair que dans la pensée du père de la doctrine positiviste du droit « *la fiction sape la partie morale (l'inclinaison vers le plus grand bonheur du plus grand nombre) de la structure mentale de tous ceux qui en font usage. La fiction sape la partie intellectuelle de la structure mentale de tous ceux à qui elle est appliquée et par lesquels le mensonge, proféré à la place d'une raison, est accepté comme constituant une raison suffisante ; et lorsqu'elle est employée par un fonctionnaire judiciaire, le mal est fortement aggravé* »⁶⁷⁸. Introduire des fictions dans le *rationale* serait reprendre les errements du législateur anglais et, sur le modèle de ses lois, jeter « *l'obscurité, la confusion ou l'absurde* »⁶⁷⁹. La loi continuerait à souffrir d'une grave imperfection, son inintelligibilité.

⁶⁷⁵ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Promulgation des Lois, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 272.

⁶⁷⁶ *Ibid.*

⁶⁷⁷ Enrique MARI, Jeremy Bentham : Du souffle pestilentiel de la fiction dans le droit, à la théorie du droit comme fiction, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 351 et s.

⁶⁷⁸ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Constitutional Code* précité, p. 59. Voir G. TUSSEAU, *Jeremy Bentham, La guerre des mots* précité, p. 83.

⁶⁷⁹ Enrique MARI, Jeremy Bentham : Du souffle pestilentiel de la fiction dans le droit, à la théorie du droit comme fiction, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 353.

§2. Le *statute law* disqualifié pour manque d'intelligibilité

Comme pour la *common law*, Jeremy Bentham considère que, du fait de ses caractéristiques formelles, le *statute law* ne peut prétendre à la qualité de loi. Si notre auteur considère que les *statute laws* ont une existence « *réellement assignable* »⁶⁸⁰, puisqu'ils sont écrits, contrairement à la *common law*⁶⁸¹, ils pèchent singulièrement par leur style de rédaction. Dans la théorie benthamienne de législation, le discours critique sur les *statute law* est fondé sur deux défauts touchant à son style de rédaction.

Ecrire la loi ne suffit pas. Il faut que celle-ci soit comprise par les citoyens. Jeremy Bentham veut donner une forme « *utile* » à la loi pour porter le droit à la connaissance de tous⁶⁸². De ce point de vue, une nouvelle fois, les *statute laws* anglais n'échappent pas à la critique.

« *Les défauts du style peuvent donc se rapporter à quatre chefs : proposition inintelligible, proposition équivoque, proposition trop étendue, proposition restreinte* »⁶⁸³.

Autant dire que le législateur d'Angleterre n'avait tiré aucun profit du chapitre XVII du livre XXIX de *l'Esprit des lois* (1748) intitulé « *Choses à observer dans la composition des lois* ». En effet, Montesquieu avait rédigé un véritable *vade-mecum* pour les législateurs. L'impératrice Catherine II de Russie avait retenu la leçon : « *les lois sont faites pour tous les hommes en général. Tous sont obligés de s'y conformer ; il faut donc que tous puissent les comprendre* »⁶⁸⁴. Dans son commentaire du *Nakaz*, ses *Observations sur*

⁶⁸⁰ F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 182.

⁶⁸¹ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Of Law in General* précité, p. 185. Voir également René SEVE, Bentham le Grec? Bentham le moderne ?, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 307.

⁶⁸² Enrique MARI, Jeremy Bentham, du souffle pestilentiel de la fiction dans le droit, à la théorie du droit comme fiction, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 353.

⁶⁸³ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Promulgation des Lois, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 368.

⁶⁸⁴ Instruction de Sa Majesté Impératrice Catherine II pour la commission chargée de dresser le projet d'un nouveau code de lois, Saint-Petersbourg, Imprimerie de l'Académie des sciences, 1769, art. 458, p. 125.

l'Instruction de l'Impératrice de Russie aux députés pour la confection des lois (1774), Denis Diderot n'avait pas manqué de préciser à propos des lois en général et des codes en particulier que « *ce n'est pas assez que tous puissent les comprendre : il faut que tous puissent les connaître* »⁶⁸⁵. Aussi bien l'*Encyclopédie* porte-t-elle : « *Toute loi qui n'est pas claire, nette, précise, est vicieuse* »⁶⁸⁶. Dans cette perspective, au milieu du XVIII^{ème} siècle, Prévost de la Jannès (1695-1749) fait des ordonnances du Chancelier Daguesseau le modèle législatif par excellence⁶⁸⁷. Ces considérations trouvent un écho très favorable auprès des révolutionnaires français et les rédacteurs du Code civil de 1804⁶⁸⁸. En effet, dès 1796, le Consul Cambacérès (1753-1824), le rédacteur des trois projets de code civil sous la Révolution, rappelle à quel point il est nécessaire que la rédaction du code tende à faciliter l'accessibilité ainsi que l'intelligibilité du droit⁶⁸⁹. Quelques temps plus tard, Lahary, membre du Tribunat, fait chorus. Ce dernier insiste sur « *la clarté et la limpidité nécessaires pour que tous les citoyens puissent en saisir facilement le sens* »⁶⁹⁰.

De ce point de vue, Jeremy Bentham s'inscrit pleinement dans la lignée des Lumières au point de reproduire quasi mot pour mot le sentiment de Denis Diderot. D'après lui, connaître la loi ne suffit pas pour la rendre accessible, encore faut-il qu'elle soit comprise⁶⁹¹. Il consacre un chapitre complet dans son traité *Vue générale d'un corps complet de législation* au

⁶⁸⁵ DIDEROT, *Observations sur l'Instruction de l'Impératrice de Russie aux députés pour la confection des lois* précité (éd. L. Versini), §123, p. 566.

⁶⁸⁶ V^o Loi (droit naturel) par le chevalier de Jaucourt.

⁶⁸⁷ Michel PREVOST DE LA JANNES, *Les principes de la jurisprudence française*, Paris, 1759, tome I, pp. xxiv-xxv.

⁶⁸⁸ PORTALIS, Discours préliminaire, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 24 thermidor an VIII, pp. 170-175.

⁶⁸⁹ Discours préliminaire sur le 3^{ème} projet de Code civil (messidor an IV), Fenet, tome I, p. 140.

⁶⁹⁰ LAHARY, Tribunat, séance du 21 frimaire an X, Fenet, tome VI, p. 216.

⁶⁹¹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres, Traités de législation civile et pénale* précité, chapitre XXXIII, tome I, p. 370.

style des lois⁶⁹². Selon lui, « *les paroles de la loi doivent se peser comme des diamants* »⁶⁹³.

Il fait de l'intelligibilité de la loi une condition nécessaire à son accessibilité. Pourquoi y attache-t-il une telle importance ? Il s'en explique lui-même : « *Le but des lois est de diriger la conduite des citoyens. Deux choses sont nécessaires à l'accomplissement de ce but : « Que la loi soit claire, c'est-à-dire qu'elle fasse naître dans l'esprit une idée qui représente exactement la volonté du législateur ».* »⁶⁹⁴.

Comme à l'accoutumée, il a en vue les *statute laws* de son temps auxquels il reproche l'absence d'ordonnancement rationnel des articles (entendre une numérotation continue), la prolixité des dispositions et, plus gravement encore, l'opacité de la langue et la confusion des termes utilisés. Pour notre auteur, « *Les actes du parlement britannique sont encore en défaut à cet égard (la clarté du style). La division en section et les numéros qui les distinguent dans les éditions courantes, ne sont point authentiques* »⁶⁹⁵. Jeremy Bentham précise que « *dans le parchemin original, texte de loi, l'acte entier est d'une seule pièce, sans distinction de paragraphe, sans ponctuation, sans chiffre. (...) C'est pour ainsi dire, une algèbre en sens contraire* »⁶⁹⁶. En l'absence d'une numérotation pour distinguer les articles d'une loi, souligne encore notre auteur, aucun renvoi ne peut être fait. Pour des raisons pratiques de pure commodité, une division numérique s'impose. En réponse à la question de savoir s'il est possible d'amender un article d'une loi anglaise, sa réponse est, là aussi, on ne peut plus claire : « *Comme il est impossible de désigner cet article par un renvoi numérique, on est réduit à des périphrases et des répétitions toujours longues et par conséquent obscures* »⁶⁹⁷. Bentham d'en conclure : « *C'est par l'ensemble de tous ces défauts que les statuts anglais acquièrent cette*

⁶⁹² Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, Du stile des lois, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, précité, pp. 339-342. Voir J-P DUPRAT, *La légistique formelle*, op. cit., pp. 19-21.

⁶⁹³ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, Du stile des lois, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 341.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 368.

⁶⁹⁵ *Ibid.*, p. 369.

⁶⁹⁶ *Ibid.*

⁶⁹⁷ *Ibid.*

*prolixité démesurée, et que la loi est offusquée sous le verbiage de la rédaction »*⁶⁹⁸.

Il fait siennes les considérations de Montesquieu sur la rédaction des lois : « *Le style des lois doit être simple et concis, la loi ne doit pas contenir d'expressions vagues, elle ne doit pas être subtile car elle est faite pour des gens de médiocre entendement. Il faut éviter les exceptions et les limitations, car de pareils détails jettent dans de nouveaux détails ; comme les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires, celles qu'on peut éluder affaiblissent la législation ; une loi doit avoir son effet, il ne faut pas permettre d'y déroger par une convention particulière. Enfin, il ne faut point de changement de lois sans raison suffisante* »⁶⁹⁹. Comme il considère que le citoyen destinataire des lois est une personne d'une intelligence moyenne, il suggère de recourir à une rédaction brève et claire⁷⁰⁰.

Les *statute laws* jouent encore le rôle de repoussoir, elles lui permettent de dresser une liste bien fournie de contre-indications :

« *Les phrases incidentes, les parenthèses qui auraient dû faire des articles distincts ;*

- *La tautologie ;*

- *La répétition des mots spécifiques, au lieu de mots génériques ;*

- *La répétition de la définition, au lieu du terme propre qu'il fallait définir une fois pour toutes ;*

- *Développement des phrases, au lieu de se servir des ellipses usuelles ;*

- *Des détails inutiles »*⁷⁰¹.

Jeremy Bentham insiste particulièrement sur le défaut de concision des *statute laws*. Il considère que, devant de telles lois, il est impossible à un

⁶⁹⁸ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, Du stile des lois, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 369.

⁶⁹⁹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* précité, livre XXIX, chapitre. XVI.

⁷⁰⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, Du stile des lois, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, pp. 366 et s. Voir notamment le chapitre XXIX dans lequel il expose sa démarche logique de rédaction.

⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 369.

individu d'un entendement moyen d'en comprendre le sens. Comme à son habitude, afin de répondre à ses détracteurs, il s'attache à faire un inventaire exhaustif des défauts des *statute laws* relativement à leur manque de concision⁷⁰².

Enfin, pour permettre au *statute law* d'être accessible, une autre condition lui semble devoir être remplie. S'il advient que le recours à des termes techniques soit nécessaire, il prescrit que les mots et expressions juridiques inévitables soient rigoureusement définis, —« *mêmes idées, mêmes paroles* »⁷⁰³—, les autres étant impérativement exclus⁷⁰⁴.

« *Qu'une loi soit écrite ou non, il n'est pas moins nécessaire de la connaître. Fermer les yeux sur la masse d'un fardeau qu'on est obligé de porter, ce n'est pas un moyen d'en alléger le poids* »⁷⁰⁵.

C'est dire que si la loi écrite facilite la *cognoscibility* de la loi⁷⁰⁶, la rédaction de la règle de droit est une condition nécessaire, mais non suffisante à son accessibilité⁷⁰⁷. Le fait est qu'elle peut être méconnue par les citoyens, ignorée ou transgressée, parce qu'elle s'avère inaccessible à l'image de la *rule of law* du droit de *common law*.

⁷⁰² Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. XIII, pp. 368-369.

⁷⁰³ *Ibid.*, p. 341.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 368.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, pp. 368-369.

⁷⁰⁶ F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Betham* précité, p. 186.

⁷⁰⁷ *Ibid.*, pp. 186-187.

Conclusion de la première partie

Jeremy Bentham n'est pas le seul à avoir souligné les défauts du système juridique anglais. Implicitement un des détracteurs de notre auteur, Charles Purton Cooper le rejoint, lorsque dans ses *Lettres sur la chancellerie et quelques autres points de jurisprudence anglaise*, il déclarait : « *Le but de toute législation devrait être de tarir la source des procès, en rendant les lois aussi claires, aussi simples, et aussi peu nombreuses que les besoins de la société l'exige ; tout système de lois, à mon avis, sera plus ou moins parfait, selon qu'il réunira plus ou moins de ces avantages* »⁷⁰⁸.

Même si tous les auteurs de cette époque partagent ce même constat, il n'en demeure pas moins que le philosophe de l'utilité est l'un des rares à prôner comme remède au mal dont souffre le système juridique anglais une rupture radicale. Tout en dressant le constat de l'insécurité juridique, il ne se contente pas, dans sa théorie de la législation, d'amender le droit anglais, il pousse bien plus loin le projet de réforme que le grand Francis Bacon lui-même n'avait pas osé le faire. Il remet en cause les fondements même du système juridique anglais en censurant les deux sources du droit anglais, la *common law* et le *statute law*. Notre auteur n'a pas hésité à développer les observations les plus sévères pour critiquer tant la *common law* que le *statute law*, car leur incertitude multiplie les procès et, par la même occasion, enrichit la caste des *lawyers*⁷⁰⁹.

S'agissant de la *common law*, la loi non écrite, donc n'a pas d'existence réellement assignable, le fondateur de la doctrine utilitariste en Angleterre considère paradoxalement que dans une certaine mesure, elle est trop écrite. Il dénonce la multiplication des recueils de jurisprudence qui rend

⁷⁰⁸ C. P. C. COOPER, *op. cit.*, p. 311.

⁷⁰⁹ F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Betham* précité, pp. 181 et s.

impossible la connaissance complète de ce droit. En plus de leur nombre considérable, leur rédaction n'obéit à aucun principe logique ni pratique pour servir de guide. Il n'est aucun plan d'ensemble susceptible d'ordonner cette masse informe⁷¹⁰.

Quant aux *statute laws*, s'ils présentent le mérite d'une existence réellement assignable, comme pour la *common law*, leur rédaction reste défectueuse et lacunaire. De ce défaut découle la nécessité de leur interprétation par les juges. De là est née l'incertitude, mais également l'imprévisibilité du droit anglais. Par le biais de l'interprétation, les juges sont parvenus en Angleterre à usurper aux législateurs le pouvoir de faire la loi. Selon le réformateur radical, la confusion est d'autant plus profonde que le système juridique anglais ne sépare pas clairement le domaine de la *common law* et de celui du *statute law*. De la sorte l'incertitude et l'imprévisibilité se sont propagées aux *statute laws* et, par le fait, affectent l'ensemble du droit⁷¹¹.

Pour Jeremy Bentham, « *il faut qu'une idée soit présente à l'esprit pour produire un effet. Cela est vrai dans tout le champ des actions humaines, et, par conséquent, dans celui de la loi* »⁷¹². Dans la philosophie utilitariste, l'effet recherché est le plus grand bonheur pour le plus grand nombre⁷¹³ par le moyen de la loi. Dans ces conditions, le réformateur radical anglais

⁷¹⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification précité*, pp. 95-98. Voir également F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 182 : « *ils (les recueils de jurisprudence) sont à la fois obscurs, ambigus, inutilement attachés au passé et bourrés de contradictions et de lacunes* ».

⁷¹¹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Vue générale d'un corps complet de législation, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 367. Voir également F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 182.

⁷¹² Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification précité*, section III, pp. 92-93.

⁷¹³ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, *Introduction aux principes de morale et de législation*, traduction du Centre de Bentham, ouvrage publié par le soutien du Centre de Bentham, Librairie Philosophique J. Vrin, 2011, p. 57 : « *Ainsi, rechercher les plaisirs et éviter les douleurs sont les fins qui guident le législateur. Il lui appartient par conséquent d'en comprendre la valeur* ».

assigne au législateur la mission d'assurer « *l'assimilation la plus parfaite de ses préceptes (de la loi) par le corps social* »⁷¹⁴.

« *Loger et placer dans l'esprit de chaque homme la portion de la matière de la loi dont dépend son destin est le devoir le plus important du gouvernement* »⁷¹⁵. Aussi n'a-t-il pas d'autre ressource que d'élaborer un droit « *simplifié, plus proche du bon sens, mieux formulé, mieux connu et mieux compris* »⁷¹⁶. Seules des lois claires, concises et compréhensibles sont susceptibles d'emporter l'adhésion générale⁷¹⁷.

« *Promulguer une loi, c'est la présenter à l'esprit de ceux qu'elle doit gouverner, c'est faire en sorte qu'elle soit habituellement dans leur mémoire, et leur donner au moins toutes les facilités de la consulter, s'ils ont quelques doutes sur ce qu'elle prescrit* »⁷¹⁸.

Pour lui, seul le *statute law* peut apporter efficacement l'accessibilité du droit. « *Tout ce qu'on appelle le droit non écrit, est une loi qui gouverne sans exister, une loi conjecturale, sur laquelle les savants peuvent exercer leur sagacité, mais que le simple citoyen ne saurait connaître. Les règles de la jurisprudence reçoivent-elles de la part de l'autorité légitime une promulgation authentique, elles deviennent des lois écrites, c'est-à-dire, de véritables lois : elles ne dépendent plus d'une coutume qui se contredit, d'une interprétation qui varie, d'une érudition susceptible de toutes sortes d'erreurs : elles sont ce qu'elles doivent être, l'expression d'une volonté*

⁷¹⁴ P. GERARD, Droit et pouvoir dans la pensée de J. Bentham, in *l'Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 139.

⁷¹⁵ Cité d'après D. BARANGER, *Bentham et la codification* précité, p. 27. Le texte porte : « *To lodge and fix in each man's mind, that portion of the matter of law on which his fate is thus dependent — exists there that State, in which this operation is not among the most important duties of the government ?* », *The Works of Jeremy Bentham* (éd. J. Bowring), vol. IV, Edinburgh, 1843, Lettre IV, Papers relative to codification and Public Instruction, I. p., VIII To the Citizens of the several American United States (1814), Letter IV, p. 481.

⁷¹⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, section III, p. 334.

⁷¹⁷ E. GRIFFIN-COLLART, *Egalité et justice dans l'utilitarisme, Bentham, J.S. Mill, H. Sidgwick*, vol. VII, Bruxelles, 1974, pp. 36 et s.

⁷¹⁸ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, *Traité des preuves judiciaires* précité, p. 267

*positive, connue d'avance de celui qui doit en faire la règle de sa conduite »*⁷¹⁹.

Dans cet extrait de son écrit sur la *Promulgation des lois*, le discours de Jeremy Bentham se fait programmatique. Sa religion est développée explicitement : l'accessibilité au droit ne peut pas ne pas passer par la substitution d'un nouveau système de législation à la tradition juridique anglaise.

⁷¹⁹ *Ibid.*

**Paritie II : La codification entre rupture et
adaptation du droit anglais**

« *The great business of my life* »⁷²⁰.

C'est avec ces termes que Bentham s'exprime dans la lettre qu'il adresse à J. Madison, ex-président des Etats Unis d'Amérique, en faisant allusion à sa théorie de législation. Pour François Ost, l'œuvre du philosophe de l'utilité constitue l'une des plus importantes théories en matière de législation. Ce serait la plus cohérente et la plus complète en la matière, mais surtout elle se distinguerait des autres par son côté pratique⁷²¹. Le réformateur anglais consacre la totalité de sa théorie à la réforme du droit en général et à celle du droit anglais en particulier. Bentham s'exprime dans les termes suivants : « *Dans ce pays (l'Angleterre), à quoi donnons-nous le nom de constitution ? A une simple entité fictive – une création de l'imagination – un leurre – une imposture. Que fait une personne, lorsqu'elle affirme ou qu'elle présume l'existence d'une constitution ? De son propre chef, pour servir ses propres buts partisans, en employant un mot qui se trouve être le plus propre à accomplir des desseins adverses (sinister) – quelqu'un dit : « la Constitution, c'est ceci ou cela » – « la Constitution dit ceci ou cela » ; alors qu'en vérité comme la Constitution n'est rien, elle ne peut pas être ceci ou cela ; – comme elle n'est rien, elle ne peut rien dire – ni ceci, ni cela, ni rien d'autre* »⁷²². Une rupture totale s'impose.

Effectivement, tout au long de sa vie Bentham ne cesse de dénoncer les inconvénients du droit dans son pays. Dans son *Fragment sur le gouvernement*, il déclare que « *le droit est un labyrinthe sans sortie* », source d'incertitude et d'imprévisibilité pour les citoyens. Il dénonce l'état catastrophique dans lequel se trouve le droit à son époque, notamment en Angleterre : « *the whole matters so completely mixed up together* »⁷²³. Elle

⁷²⁰ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), Lettre de J. Bentham à J. Madison, ex-président des U.S.A., in *Papers relatives to codification*, Edinbourg, t. IV (publiée en 1838-1843), p. 508.

⁷²¹ F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 163.

⁷²² Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Radicalism Not Dangerous* précité, vol. III, p. 622 (traduction d'Emmanuelle DE CHAMPS, *La déontologie politique* précité, p. 216).

⁷²³ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. J. Bowring), *Petition for codification* précité, vol. V, p. 546.

est la cause de la persistance du sentiment d'insécurité juridique que partage tous les citoyens de son pays : « *a state of disturbance of perpetual and universally extending disturbance* »⁷²⁴. Au demeurant, il partage ce constat avec l'ensemble des juristes de l'Europe occidentale. En effet, au nom de la sécurité juridique, les juristes de toute l'Europe de cette époque dénoncent l'incertitude du droit⁷²⁵. Ainsi, pour Montesquieu, « *la liberté politique, dans un citoyen, est cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté* »⁷²⁶. En France, le même auteur, ne manque pas de s'interroger sur la « *prodigieuse diversité des coutumes du royaume de France* »⁷²⁷. Bientôt Jean-Jacques Rousseau déplore, quant à lui, « *le dédale des lois* »⁷²⁸. Après la Révolution, Portalis ne manque pas de brosser un tableau des plus sombres de l'état du droit français à la fin de l'Ancien régime : « *Quel spectacle s'offrait à nos yeux ! On ne voyait devant soit qu'un amas confus et informe de loi étrangères et françaises, de coutumes générales et particulières, d'ordonnances abrogées et non abrogées, de maximes écrites et non écrites, de règlements contradictoires et de décisions opposées ; on ne rencontrait partout qu'un dédale mystérieux, dont le fil nous échappait à chaque instant ; on était toujours prêt à s'égarer dans un immense chaos* »⁷²⁹.

Bentham reprend ce lieu commun en érigeant explicitement l'accessibilité du droit en condition de la sûreté.

« *Oui ; ce n'est qu'autant que la loi est connue, comprise, fermement et clairement fixée dans l'esprit, qu'elle peut devenir règle de conduite,*

⁷²⁴ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. J. Bowring), *Papers Relative to Codification and Public Institution* précité, vol. IV, Part. I. – On *Codification*, n°1, To the President of the United States of America, §3, p. 460. Voir également sur le même point Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, De la codification, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, sect. 3, p. 95.

⁷²⁵ Voir sur l'ensemble des critiques consignées dans les cahiers des doléances de 1789 portant sur l'insécurité juridique qui découle du système juridique de l'Ancien régime, J. VAN KAN, *Les efforts de codification en France. Etude historique et psychologique*, Paris, 1929, pp. 240-257.

⁷²⁶ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* précité, Livre VI, chap. X.

⁷²⁷ Cité par Jacques VANDERLINDEN, *Le concept de code dans l'Europe occidentale du XIII^{ème} au XIX^{ème} siècle. Essai de définition* précité, p. 169.

⁷²⁸ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Considérations sur le gouvernement de Pologne*, ch. X, 1782, édition de B. de Negroni, Paris, 1990, p. 216.

⁷²⁹ Discours préliminaire sur le projet de Code civil, *Présentation et exposé des motifs du Code civil au Corps législatif* (28 ventôse an XII), Fenet, tome I, p. xciii.

*donner à chaque individu une idée juste de ses droits, et le mettre en état de les défendre ou de les recouvrer »*⁷³⁰.

Pour atteindre ce but, il propose une réforme globale du droit de son temps. Ce qu'il faut bien appeler une refondation du droit passe d'abord, d'après le philosophe de l'utilité, par une réflexion sur la nature de la loi. Plus que d'autres, Bentham établit un lien consubstantiel entre droit légiféré et droit codifié. *« L'idée d'une loi, c'est-à-dire d'une seule loi entière, est d'une certaine façon inséparable de l'idée d'un corps complet de lois : ainsi, ces deux questions, ce qu'est une loi, et quel est le contenu d'un corps complet de droit, ne peuvent pas trouver de réponse indépendamment l'une de l'autre. Un corps de loi est un mécanisme vaste et complexe dont on ne peut pas expliquer les parties séparément. Pour comprendre les fonctions du balancier, il faut démonter entièrement la montre : pour comprendre la nature d'une loi, il faut démonter entièrement le code »*⁷³¹.

Au final, la réforme que propose Bentham constitue, dans le contexte de l'Angleterre de la fin du XVIIIème siècle et du début du XIXème siècle une révolution du droit anglais radicale dans toutes les acceptions du terme (**chap. I**). Mais cette dernière ne verra jamais le jour à cause de la résistance conservatrice des *lawyers* anglais, fervents défenseurs de la tradition juridique de *common law* (**chap. II**).

⁷³⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, De la codification, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, sect. 3, p. 95.

⁷³¹ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. J. Bowring), *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* précité, p. 6.

CHAPITRE I : La révolution radicale du droit anglais

« En Angleterre, par exemple, une masse de lois est jetée chaque année sur la tête du peuple, comme en verserait un char de décombres ; et c'est l'affaire de chacun de choisir dans ce nouveau ce qui le regarde en particulier, et, s'il le peut, de le conserver dans sa mémoire. C'est bien à cette manière de promulguer les lois qu'on peut appliquer cette énergique expression de l'Ecriture : il pleut des filets sur le peuple »⁷³².

De cette description du droit anglais découle deux caractéristiques blâmables : l'incertitude et l'imprévisibilité. En effet, du volume et de la forme non écrite de la loi commune anglaise découle l'inaccessibilité du droit en Angleterre. Or l'inaccessibilité du droit a pour effet d'empêcher les individus de prendre connaissance des lois⁷³³.

« Lorsque cette connaissance sera devenue générale chez une nation, il y aura beaucoup moins en totalité de procès injustes, moins de délits, moins de contrats erronés et vicieux, que chez les peuples où l'ignorance des hommes en matière de loi offre une proie facile à la fraude et à la cupidité »⁷³⁴.

L'instrument par lequel Jeremy Bentham entend réaliser sa réforme du droit pour le porter à la connaissance du plus grand nombre est la codification. Cela explique la place que celle-ci occupe dans sa théorie de législation. Elle constitue l'aspect le plus important de son œuvre. Il s'agit du meilleur moyen, d'après notre auteur, pour systématiser le droit afin de mettre fin à l'incertitude et à l'imprévisibilité qui le caractérisent en Angleterre à la fin du XVIIIème siècle et le début du XIXème siècle.

⁷³² Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, « De la méthode, ou moyen de notoriété », in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 95.

⁷³³ *Ibid.*, p. 96. Voir également G. GUYON, *op. cit.*, p. 67.

⁷³⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, « De la méthode, ou moyen de notoriété », in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 96.

« L'objectif principal de la codification n'est pas de donner une nouvelle législation, mais de transformer une jurisprudence d'arrêts en une loi écrite, ou donner un ordre systématique à des lois incohérentes qui, à raison de leur nombre et de leurs contradictions, tiennent le peuple dans la dépendance des gens de loi »⁷³⁵.

En vérité, la codification du droit est la question qui a le plus intéressé Jeremy Bentham. C'est l'instrument par lequel il entend réaliser le plus grand bonheur pour le plus grand nombre en matière de législation. Partant, dans le contexte anglais de la fin du XVIII^{ème} siècle, cet instrument d'accessibilité au droit doit servir de moyen pour remédier à la glorieuse incertitude dont souffre le droit en Angleterre. A dire vrai, dès le début de ses travaux sur la législation, il ne cesse de dénoncer les abus du droit de son pays de quelque nature qu'ils soient. C'est particulièrement le cas en 1795, deux ans après avoir dénoncé la colonisation britannique des Indes (1793), il s'insurge contre les *law taxes* dans son « *A Protest against Law Taxes* », une protestation contre les frais de justice. Il se singularise encore lors de l'adoption des « *Poor Laws* » du Premier ministre anglais William Pitt. Cette réforme destinée à améliorer le sort des pauvres en Angleterre, adoptée en 1796, est soutenu par Bentham, alors qu'un grand nombre de *lawyers* anglais la dénonce⁷³⁶. Mais son objectif de réaliser un corps complet de législation prend inéluctablement le dessus. C'est particulièrement le cas à partir de 1820 jusqu'à sa mort en 1832. Plus précisément il convient de souligner que dès 1817, toute sa correspondance avec l'étranger porte, à côté des questions constitutionnelles, essentiellement sur la codification⁷³⁷.

Dans le contexte anglais, la codification qu'il propose est avant tout un remède aux inconvénients de la *common law*, mais également à ceux du *statute law*, les deux étant les sources de l'incertitude et de l'imprévisibilité

⁷³⁵ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, « De la méthode, ou moyen de notoriété », in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 92.

⁷³⁶ Jacques RODRIGUEZ, *Le pauvre et le sociologue*, La construction de la tradition sociologique anglaise, 19^{ème}-20^{ème} siècles, Les Presses Universitaires de Septentrion, Nord-Pas de calais, France, 2007, pp. 25 ets.

⁷³⁷ Gaston BRAIVE, Jeremy Bentham (1748-1832). L'homme et l'œuvre accompagné d'un essai de bibliographie, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 18.

dont souffre le droit anglais en général. Pour réaliser sa réforme de la législation anglaise, Bentham pose une exigence : la cognoscibilité du droit. Il définit le moyen de l'atteindre : la loi codifiée. C'est dire que la révolution benthamienne passe par l'avènement de la loi (**Sect. 1**) d'une part et d'autre part par l'avènement du droit codifié (**Sect. 2**).

Section 1. L'avènement de la loi

« Bentham part constamment d'un objet pratique, auquel il ramène tout, sans aucun appareil de métaphysique et de mysticité ; cet objet est la prévention du mal, (...). Voilà le but – et les moyens d'y arriver, ce sont les lois »⁷³⁸.

Pour Etienne Dumont, il ne fait aucun doute que dans l'esprit de Jeremy Bentham, la seule source du droit susceptible de réaliser l'objectif qu'il assigne à la législation, c'est-à-dire porter le droit à la connaissance du plus grand nombre, est la loi, un acte émanant du pouvoir législatif. Effectivement, dans ses travaux relatifs à la réforme du droit anglais, le fondateur de la doctrine utilitariste élabore une théorie de législation complètement révolutionnaire dans le contexte anglais. Dans sa nouvelle conception du droit, exclusivement positiviste, la seule source du droit est la loi. Par sa nouvelle théorie juridique, Bentham fait un véritable plaidoyer en faveur du droit légiféré, qui exclue toutes les sources classiques de la tradition juridique de *common law*, coupable selon lui, de l'état dans lequel se trouve la science du droit dans son pays. Pour ce faire, il estime que la rupture avec le système juridique traditionnel, un système de droit de *common law* dans lequel la source du droit est la jurisprudence, est inévitable. Il est coupable d'être la source de l'inaccessibilité du droit d'une part et d'autre part par ces caractéristiques, il est impropre à réaliser sa

⁷³⁸ Le commentaire d'Etienne Dumont, in Jeremy BENTHAM, *Œuvre*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, chap. XXXIII, p. 80.

réforme de la législation. Ainsi, au regard du contexte anglais, sa théorie de la législation est radicale dans le sens anglais du mot, car elle touche aux racines mêmes de la tradition juridique anglaise. Cependant, si cette nouvelle conception du droit est révolutionnaire en Angleterre de la fin du XVIIIème siècle et du début du XIXème siècle, elle l'est beaucoup moins dans l'Europe occidentale. C'était un lieu commun que de faire de la loi un instrument au service de l'accessibilité au droit⁷³⁹.

Toutefois, tout en s'inscrivant dans la continuité de ses prédécesseurs des Lumières en ce qui concerne l'exigence de *cognoscibility* de la loi, il se distingue par la mise en œuvre de moyens radicaux pour réaliser cet objectif. Bentham travaille à la naissance d'un nouvel art de faire (au sens littéral) le droit⁷⁴⁰.

La rupture passe par une véritable refondation du droit (§1) qui suppose elle-même la mise en œuvre d'un nouvel art de rédiger les lois (§ 2).

§1. La refondation du droit

La loi joue un rôle particulièrement important dans les périodes de changements politiques. Elle est considérée comme l'instrument le plus efficace pour la concrétisation des réformes nécessaires en pratique. Ce rôle devient essentiel, lorsqu'il est question de remédier à l'insécurité juridique. Elle est considérée, en effet, par tous les publicistes depuis l'Antiquité comme l'instrument privilégié, mais non l'unique⁷⁴¹, pour mettre fin à l'incertitude juridique découlant de la multiplicité des sources du droit.

⁷³⁹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, chap. XXIX. Voir également Le Commentaire sur l'Esprit des lois de MONTESQUIEU suivi d'Observations inédites de CONDORCET sur le Vingt-neuvième livre du même ouvrage, *op. cit.*, p. 452.

⁷⁴⁰ Voir sur ce point : les observations d'E. Dumont, in Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 4.

⁷⁴¹ Jacques VANDERLINDEN, *Le concept de code dans l'Europe occidentale* précité, p. 223.

L'œuvre législative de la Révolution française en est le parfait exemple, comme le souligne Jacques Vanderlinden⁷⁴².

En Angleterre, Bentham reprend à son compte cette idée pour en faire la clé de voûte de toute sa réforme sociale. Pour le réformateur anglais, il ne peut y avoir d'autre source du droit que la loi, seule à même de réaliser le plus grand bonheur pour le plus grand nombre. Contrairement aux réformateurs continentaux, la position de Bentham est radicale : il fait de la loi non pas un instrument privilégié, mais bien plutôt l'instrument *unique* pour mettre fin à l'insécurité juridique. Il l'érige en source exclusive du droit.

Comme le précise Hugo Hardy, sa conception de la loi marque une rupture totale avec la tradition juridique anglaise dans laquelle la loi n'est qu'une source secondaire du droit : « *Mécontent à la fois du droit de son époque et de la tentative de rationalisation entreprise par Blackstone, Bentham a cherché une nouvelle voie, plus ambitieuse et à ses yeux, plus satisfaisante. Bentham avait fait le pari, pourrait-on dire, de la table rase : il fallait d'après lui remplacer intégralement le système juridique anglais, mettre aux rebuts l'ensemble du droit pour le remplacer par un nouveau droit, une nouvelle procédure, de nouvelles règles. Pour se faire, il fallait d'abord substituer au système des précédents un système légiféré* »⁷⁴³.

La promotion de la loi, prônée par Bentham dans sa théorie de législation, donne lieu à une redéfinition du but premier du droit : la promotion de la sûreté (A) et à une substitution de moyen pour en assurer la réalisation : la promotion du *statute law* au détriment de la *common law* (B).

⁷⁴² Jacques VANDERLINDEN, *Le concept de code dans l'Europe occidentale* précité, p. 223.

⁷⁴³ Hugo HARDY, Bentham père du positivisme juridique ?, Sur les rapports théoriques et historiques entre Jeremy Bentham, le juspositivisme et le jusnaturalisme, in *Revue d'Etudes Benthamiennes* ([http:// etudes-benthamiennes. revues.org/630](http://etudes-benthamiennes.revues.org/630)), Varia, Articles, novembre 2012, p. 5.

A. La redéfinition du premier but : la promotion de la sûreté

« Nous sommes arrivés à l'objet principal des lois : le soin de sûreté. Ce bien inestimable, indice distinctif de la civilisation, est entièrement l'ouvrage des lois. Sans lois, point de sûreté : par conséquent point d'abondance, ni même de subsistance certaine et la seule égalité qui puisse exister en cet état, c'est l'égalité de malheur »⁷⁴⁴.

Antidote du malheur, la sûreté est la condition première à la maximisation du bonheur public (2°), car elle est la garantie nécessaire de la propriété des individus (1°).

1°. La sûreté, garantie nécessaire de la propriété des individus

Pour le philosophe de l'utilité, la loi est le moyen idéal par lequel ce droit peut être garanti, contrairement à ce que pensent les défenseurs de la doctrine du droit naturel ou de celle du contrat social. Ainsi, dans la pensée juridique benthamienne, tout droit doit trouver sa source dans la loi : exercer un droit, c'est user de sa liberté⁷⁴⁵. Pour le réformateur utilitariste, la propriété ne peut être qu'un droit positif, c'est-à-dire un droit accordé par l'Etat et non un droit naturel comme le prétendent les tenants de la théorie du contrat social. D'après Bentham, dès lors que les droits naturels, l'état de nature, voire le contrat social, n'ont aucune réalité tangible⁷⁴⁶, le droit de propriété ne peut être qu'un droit positif.

⁷⁴⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. VII, pp. 63-64. Voir également sur ce point Hugo HARDY, *op. cit.*, p. 93.

⁷⁴⁵ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *A General View of Complete Code*, vol. III, Edinbourg, 1843, p. 159.

⁷⁴⁶ Voir sur ce point, la critique de Jeremy Bentham de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et la théorie du Contrat social, in Jeremy BENTHAM,

Bentham fait de la sûreté un principe majeur de sa théorie de la législation, parce que cette dernière est considérée comme le seul moyen qui peut garantir les « attentes »⁷⁴⁷ légitimes des individus, qu'ils s'agissent d'attentes présentes ou futures. Pour lui, la sûreté procède du principe de l'utilité. « *Pour se faire une idée nette de toute l'étendue qu'il faut donner au principe de sûreté, 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 la sûreté dans toute la perspective que son imagination est capable de mesurer* »⁷⁴⁸.

Pour Bentham, il y a en conséquence nécessité d'assurer aux individus que leurs attentes ne soient pas remises en cause : « *Toute atteinte portée contre ce sentiment produit un mal distinct, un mal spécial que nous appellerons « peine d'attente trompée »* »⁷⁴⁹. C'est une condition de réalisation du principe du plus grand bonheur en matière de législation. Ce dernier exige du législateur de s'inscrire, en matière de loi, dans le temps et la durée afin de permettre aux individus de surmonter la crainte de perdre le bénéfice de leurs acquis antérieurs⁷⁵⁰. Or, dans la théorie benthamienne de législation, le temps est le résultat d'une opération continue qui se développe à partir d'une idée orientée vers le futur, mais aussi vers le passé⁷⁵¹. Pour Jean Gilardin, chez le philosophe anglais, « *les deux (le temps futur et le temps passé) se conjugue[n]t ou s'associ[e]nt pour former*

Fragment sur le gouvernement, Manuel de sophisme politique précité, (traduction de Jean-Pierre CLERO), pp. 29-56.

⁷⁴⁷ Bentham définit l'attente comme « *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* ». (Jeremy BENTHAM, *Fragment sur le gouvernement, Manuel de sophisme politique* précité, p. 64).

⁷⁴⁸ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, De la sûreté, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. VII, pp. 63-64.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, p. 64.

⁷⁵⁰ Jean GILLARDIN, Les principes du code civil, d'après Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 571

⁷⁵¹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, De la sûreté, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. XII, p. 69.

la notion ou le sentiment du temps »⁷⁵². En effet, le père de la doctrine utilitariste pense que l'attente de l'avenir⁷⁵³ est un sentiment qui a une influence déterminante sur le comportement des individus⁷⁵⁴. Cependant cette attente qui s'inscrit dans le futur, doit être conjuguée avec la sûreté qui s'inscrit quant à elle dans le passé, à savoir « la peur de perdre »⁷⁵⁵.

C'est dans le chapitre relatif à son analyse de la propriété, considérée dans la pensée juridique utilitariste comme l'œuvre unique des lois positives⁷⁵⁶, que notre auteur souligne l'importance du rapport entre le sentiment de l'attente et le principe de sûreté. C'est la propriété qui confère ce sentiment d'acquis à l'individu, un sentiment indispensable à l'activité humaine⁷⁵⁷. L'absence de garantie des propriétés, pense Bentham, peut conduire à la disparition de la société⁷⁵⁸. De ce fait, « l'objet le plus important (en matière de législation), c'est la sûreté (...). Ordonnez à produire, vous ne faites rien encore ; mais assurez au cultivateur les fruits de son industrie et vous en avez peut-être fait assez »⁷⁵⁹. Pour notre auteur, la sûreté est le seul rempart contre toute atteinte à la propriété des individus.

⁷⁵² Jean GILLARDIN, Les principes du code civil, d'après Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 570.

⁷⁵³ *Ibid.*, p. 571.

⁷⁵⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Principe du code civil, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. VII, p. 64 : « 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 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 ». Voir également sur la conception du temps chez Bentham, Jean GILLARDIN, Les principes du code civil, d'après Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 570-574.

⁷⁵⁵ Jean GILLARDIN, *ibid.*, pp. 571-572 : « L'action du législateur doit s'inscrire dans le temps et la durée. Le changement poursuivi doit s'effectuer lentement en vue de marquer de manière profonde les individus ».

⁷⁵⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Principe du code civil, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. VII, p. 64 : « pour mieux soutenir les bienfaits de la loi, cherchons à nous faire une idée nette de la propriété. Nous verrons qu'il n'y a point de propriété naturelle, qu'elle est uniquement l'ouvrage des lois. La propriété n'est qu'une base d'attente : l'attente de retirer certains avantages de la chose qu'on dit posséder en conséquence des rapports où l'on est déjà placé vis-à-vis d'elle ».

⁷⁵⁷ Jean GILLARDIN, *ibid.*, pp. 571-572.

⁷⁵⁸ *Ibid.*, p. 572 : « (...) le mal fondamental qui pourrait emporter la société civilisée consistait dans le fait que la propriété ne puisse plus être garantie. La simple idée qu'une telle situation pourrait survenir serait déjà de nature à susciter un trouble et entraîner une dangereuse régression ».

⁷⁵⁹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Principe du code civil, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. IV, p. 58.

« Si l'industrie crée, c'est la loi qui conserve »⁷⁶⁰. C'est le seul moyen, d'après lui, pour protéger la société contre ce qu'il qualifie de mal absolu, c'est-à-dire contre le risque d'un retour à la barbarie⁷⁶¹ –que d'autres appelleraient l'état de nature–. Par conséquent, il estime que « *quand l'insécurité arrive à un certain point, la crainte de perdre empêche de jouir de ce qu'on possède (...). Les trésors fuient ou s'enfouissent. La jouissance devient sombre, furtive et solitaire. Elle craint en se montrant d'avertir la cupidité de l'existence d'une proie (...)* »⁷⁶².

Malgré son importance, l'attente est considérée par Bentham comme accessoire, le plus important étant la sûreté. C'est pourquoi il fait de la loi l'instrument idéal pour garantir ce précieux état, la sûreté. Ainsi, dans sa théorie de la loi positive, le réformateur anglais estime que l'existence d'un droit est conditionnée par sa consécration dans la loi. De ce fait, en le créant, la loi le délimite d'une part et elle le garantit en l'assortissant d'une sanction d'autre part.

Ainsi fait-il de la sûreté la condition première pour la maximisation du bonheur public dans une société.

2°. La sûreté, condition première de la maximisation du bonheur public

Le principe de sûreté est un principe fondamental dans la théorie benthamienne de législation. Il en est la racine, puisque le droit doit être, dans la théorie positiviste de notre auteur, accessible et compréhensible par

⁷⁶⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Principe du code civil, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. VII, p. 63 ; rapp. *ibid.*, p. 66.

⁷⁶¹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, Principe du code civil, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. XV, tome I, pp. 76-79. Voir Jean GILLARDIN, Les principes du code civil, d'après Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 572.

⁷⁶² Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Principe du code civil, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. VII, p. 66.

tous et que la seule source du droit doit être la loi. C'est principalement sur ce terrain qu'il s'oppose aux défenseurs de la doctrine classique de la *common law*.

Pour ces derniers, la *rule of law* règle garantirait la sûreté, car son essence serait l'intangibilité et l'immobilité. Dans la tradition juridique anglaise celle-ci aurait la vertu de l'intemporalité, car l'usage immémorial passerait pour l'expression même de la perfection de la raison⁷⁶³. Quant à la règle du *stare decisis*, elle lui conférerait la fixité. Autant de fictions pour Bentham, pourfendeur du « *sophisme de ceux qui prétendent enchaîner la postérité* »⁷⁶⁴. Ainsi que le souligne F. Ost au « *temps des fondations : temps originel, fabuleux, sacré et mythique qui renvoie à quelques événements instaurateurs (mandat divin, contrat social, révolution, ...) servant de principe à la cohésion sociale* »⁷⁶⁵, Bentham préfère le « *temps de l'instant* » tourné vers le présent⁷⁶⁶, vers les nécessités du moment, vers l'utilité, unique guide de l'action du législateur⁷⁶⁷. Source du droit casuistique et instable, la jurisprudence est pour lui « *incapable de produire la sécurité, objectif premier du droit* »⁷⁶⁸. En revanche, un droit légiféré est supposé revêtir les caractères inverses sans compter que dans un système de droit légiféré, le citoyen aurait la garantie de l'aptitude morale du législateur à agir pour le plus grand bonheur du public⁷⁶⁹.

⁷⁶³ Rapp. Blackstone : « *Delà vient que nos jurisconsultes s'étendent, et avec justice, en éloges sur la raison de la loi commune, et qu'ils disent que la loi est la perfection de la raison, qu'elle a toujours pour but de s'y conformer, et que ce qui n'est pas la raison n'est pas la loi* », *Commentaires sur les lois anglaises* précité, (traduction de N. M. Chompré, vol. 1, p. 106).

⁷⁶⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Principe du code civil, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 490. Voir également sur ce point F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 211.

⁷⁶⁵ F. OST, *ibid.*, p. 213.

⁷⁶⁶ Rapp. Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, Lettre au comte de Toreno, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, Lettre cinquième, pp. 158 et s.

⁷⁶⁷ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Traité des sophismes politiques, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 490.

⁷⁶⁸ F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 181.

⁷⁶⁹ Hugues DUMONT, J. Bentham, premier théoricien de la démocratie libérale ? Réflexion sur le principe de majorité, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 511-514.

Là ne s'arrête pas le réquisitoire de Bentham. La *common law* apparaît encore comme ne peut être admise comme incapable de produire, d'assurer et accroître le bonheur des individus composant une société donnée⁷⁷⁰. Car elle ne permet pas d'atteindre quatre objectifs assignés à toute législation : « *la subsistance, l'abondance, l'égalité et la sûreté* »⁷⁷¹. Parmi ces quatre buts, la sûreté reste, dans la pensée de l'utilitariste, le principal. Sans la sûreté, les autres objectifs ne peuvent pas être atteints. Tout en les considérant complémentaires⁷⁷², il fait remarquer que sans la sûreté garantissant au travailleur la jouissance du fruit de son travail et « *arrétant la main qui voudrait le ravir* »⁷⁷³, les autres objectifs du droit, tels que l'abondance, l'égalité et la subsistance seraient impossibles à réaliser. Dans la même logique, il ajoute que sans la sûreté, l'homme ne sera pas différent d'un animal dans la mesure où il finit toujours par suivre « *l'homme comme les bêtes féroces pour s'en nourrir* »⁷⁷⁴.

Dans le même esprit, il fait observer à propos de l'égalité qu'en cas d'opposition avec la sûreté, la première doit céder. A ce sujet, notre auteur déclare que « *Quand la sûreté et l'égalité sont en conflit, il ne faut pas hésiter un moment. C'est l'égalité qui doit céder. La première est le fondement de la vie : subsistance, abondance, bonheur, tout en dépend* »⁷⁷⁵. Pour Bentham, contrairement à la sûreté, l'égalité est beaucoup moins importante dans la maximisation du bonheur public⁷⁷⁶.

Bien que la liberté ne soit pas présenté explicitement comme un objectif de la législation, Bentham n'y attache pas la moindre des importances. Bien au contraire. Il la définit dans ses *Principes de législation*

⁷⁷⁰ F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 239.

⁷⁷¹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Des buts de la loi civile, Principe du code civil, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. II, p. 57. Voir sur tous ces points, F. OST, *ibid.*, p. 241.

⁷⁷² Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Principe du code civil, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. VII, p. 63.

⁷⁷³ *Ibid.*

⁷⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁷⁵ *Ibid.*, p. 68.

⁷⁷⁶ *Ibid.*, p. 68 : « *l'égalité ne produit qu'une certaine partie du bien-être ; d'ailleurs, quoi qu'en fasse, elle sera toujours imparfaite : si elle pouvait exister un jour, les révolutionnaires du lendemain l'auraient altérée ; l'établissement de l'égalité n'est qu'une chimère : tout ce qu'on peut faire, c'est de réduire les inégalités* ».

comme une absence de contrainte. Le tréfonds de sa pensée est que « *toute loi est un mal* »⁷⁷⁷, parce qu'elle ne peut « *créer des droits qu'en créant des obligations correspondantes* »⁷⁷⁸. A partir de cette définition, on s'aperçoit à quel point la doctrine benthamienne s'oppose à celle des droits fondamentaux de la doctrine anglaise classique. En effet, il définit la liberté individuelle comme une « *sûreté* » et non pas comme un droit naturel inaliénable et imprescriptible de l'homme⁷⁷⁹. La liberté est, une création de la loi, donc un droit positif et non pas un droit naturel. La loi ne peut protéger les individus et leurs propriétés qu'en sacrifiant la liberté, c'est dire que la loi, en imposant des obligations à l'un, crée la liberté pour les autres. En réalité, notre auteur change la nature de la liberté, de droit elle devient une « *sûreté* ». Elle apparaît ainsi la première composante du principe de l'utilité et, par voie de conséquence, un but de l'essence même de la loi⁷⁸⁰. Cette liberté serait-elle une nouvelle *innocente liberté* ? Cette primauté de la sûreté sur les autres objectifs de la législation ne serait-elle pas susceptible de déboucher sur un régime politique autoritaire ? Hugues Dumont le nie, car il voit en Bentham un père fondateur de la démocratie libérale en relevant dans son œuvre « *trouve pour la première fois une théorie de la démocratie qui conjugue la souveraineté du peuple, le suffrage universel, la représentation politique et l'acceptation des divisions de classe.* »⁷⁸¹. Si

⁷⁷⁷ Voir également sur la liberté individuelle chez Jeremy Bentham, Hugues DUMONT, J. Bentham, premier théoricien de la démocratie libérale ? Réflexion sur le principe majeur, in *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 489-547. Voir notamment les pages 514, 515, 516.

⁷⁷⁸ Jeremy BENTHAM, Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Principe du code civil, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. II, p. 56.

⁷⁷⁹ Hugues DUMONT, J. Bentham, premier théoricien de la démocratie libérale ? Réflexion sur le principe de majorité, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 514 : « (...) Mais la liberté dans ce sens, il (Bentham) juge plus honnête de l'appeler « *sécurité* ».

⁷⁸⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Principe du code civil, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. II, p. 56.

⁷⁸¹ Hugues DUMONT, J. Bentham, premier théoricien de la démocratie libérale ? Réflexion sur le principe de majorité, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 490 et s. notamment pp. 490-491 où il poursuit : « *sans même avoir égard à ce dernier élément [les divisions de classe], on doit souligner que cette conjugaison est originale non seulement par rapport au courant rousseauiste, mais aussi par rapport au second courant qui a marqué, de façon plus décisive encore, le droit public français, à savoir celui qu'a inauguré Sieyès* ».

Bentham tient pour l'omni-compétence du législateur dans son *Traité de droit constitutionnel*⁷⁸², il ne défend point la cause de son omnipotence⁷⁸³.

Quoi qu'il en soit, un constat s'impose. Dans la logique de la doctrine de législation de Bentham, si le droit se ramène entièrement à la loi, c'est parce qu'elle lui paraît être la seule source en mesure de garantir la sûreté des individus dans la société⁷⁸⁴. Plus précisément il s'agit ni plus ni moins que de la raison même d'être des lois : garantir la sûreté des individus sans laquelle il ne peut se développer dans la société le progrès propre à produire le bonheur du plus grand nombre possible.

B. Une substitution de moyen : la promotion du *statute law*

« Passons aux lois écrites du royaume : ce sont les statuts, actes ou édits émanés de la Majesté Royale, par et avec l'avis et le consentement des lords spirituels et temporels, et des communes assemblées en parlement »⁷⁸⁵. C'est dans ces termes que le plus illustre juriconsulte anglais William Blackstone a défini le *statute law* anglais : un acte législatif écrit contrairement à la *common law*⁷⁸⁶.

Le choix de la loi par le réformateur radical anglais Jeremy Bentham –comme bien avant lui Francis Bacon– pour en faire l'instrument de la réforme du droit doit être expliqué. Ainsi que le montre Jacques Vanderlinden, le mot anglais *statute*, dérivé du latin *statutum* –ce qui est

⁷⁸² Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Principe du code civil, in *Traité de législation civile et pénale* précité, pp. 475 et s.

⁷⁸³ *Ibid.*, pp. 475 et s. Voir Hugues DUMONT, J. Bentham, premier théoricien de la démocratie libérale ? Réflexion sur le principe de majorité, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 511.

⁷⁸⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Principe du code civil, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. VII, p. 63.

⁷⁸⁵ W. BLACKSTONE, *Commentaires sur les lois anglaises* précité, (traduction de N. M. Chompré), vol. 1, pp. 133-134.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, p. 96 : « La loi municipale de l'Angleterre, ou la règle de conduite civile, prescrite aux habitants de ce royaume, peut assez convenablement se diviser en deux espèces : la loi non écrite ou loi commune, *lex non scripta*, et la loi écrite ou les statuts *lex scripta* ».

établi, décidé—, est utilisé par les défenseurs de la réforme radicale du droit anglais pour désigner un contenant (par opposition au contenu, le dispositif, selon la terminologie de l'historien belge)⁷⁸⁷. Déjà la proposition de Francis Bacon au roi Jacques I^{er} (1616) suggère de faire du *statute law*, la source principale du droit anglais afin de remédier à l'incertitude et la confusion du droit que connaît l'Angleterre déjà à cette époque. Cependant, contrairement à notre auteur, le chancelier ne fait pas de la loi le seul contenant idéal du droit. Il considère, comme la plupart des juristes anglais, que la jurisprudence ou la coutume peut également en constituer un.

La nouveauté chez Bentham est que la loi doit être non seulement reconnue comme une source pleine et entière du droit anglais, mais également une source exclusive du droit. Il penche pour un grand renoncement, une répudiation de la tradition, *héritage is not destiny*, et préconise un *aggiornamento*. Disqualifiant ce qu'il dénomme les « fausses lois » (1^o), il se propose de leur substituer de « vraies lois » (2^o).

1^o. Un grand renoncement : la disqualification des « fausses lois »

Pour reprendre le vocabulaire des révolutionnaires français, la triple origine du droit anglais, *common law*, *equity* et *statute law*, apparaît comme une « vieillerie » faisant des juristes des « antiquaires ». Assurément ces trois sources tiennent à des considérations politiques et juridiques, fruits de l'histoire de l'Angleterre. Toutefois des commentateurs du droit anglais, non des moindres, tels Coke ou Blackstone⁷⁸⁸, pensent que dans la hiérarchie des

⁷⁸⁷ Jacques VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe Occidentale* précité, p. 99 : « *Egalement dérivé du latin statutum, comme l'italien statuto, le mot anglais statute est aussi employé par les codificateurs pour désigner le contenu idéal de leur œuvre* ».

⁷⁸⁸ Le plus illustre juriste anglais Sir William Blackstone se présente lui-même comme un continuateur, voire comme le disciple d'Edouard Coke. Les deux sont considérés par les *lawyers* anglais comme les plus grandes références du droit en Angleterre. Ainsi Blackstone parle de Coke dans des termes très élogieux : « *Un des derniers, dans l'ordre des temps, de ces écrivains méthodiques, dont les ouvrages sont par*

sources, le *statute law* est supérieur à la *common law*⁷⁸⁹, c'est-à-dire que la loi prévaut sur la coutume révélée par la jurisprudence. Il s'agit d'une supériorité toute relative. Elle reste très discutable comme le précise Lévy-Ullmann, car si la supériorité existe, c'est parce que le *statute law* est un acte qui émane du Parlement et non pas parce qu'il est *statute*⁷⁹⁰.

La supposée suprématie de la loi en Angleterre est une conséquence directe de la suprématie du Parlement. Cette situation trouve son origine dans l'évolution du Parlement anglais. Par delà les vicissitudes des rapports entre le Parlement et le roi tout au long de l'histoire politique anglaise, c'est à partir du XVI^{ème} siècle, spécialement sous Henry VIII, en 1535, que le *statute* prend une place dans le système anglais⁷⁹¹. Ainsi, de l'avis même de l'auteur des *Commentaries*, il est inconcevable au regard de l'organisation institutionnelle anglaise que le juge puisse remettre en cause un acte législatif. Soutenir que les juges ont la liberté de rejeter un *act* du Parlement, aurait été « *placer le pouvoir judiciaire au-dessus du législatif, c'est-à-dire la subversion du gouvernement* »⁷⁹². Mais il n'en reste pas moins que demeure la jurisprudence du *Bonham's case* de 1610 qui permet de tenir nul tout acte du Parlement contraire au droit commun et à la raison, ou bien contradictoire ou encore impossible à exécuter⁷⁹³. De même, par sa reconnaissance tardive et non sans difficulté, le *statute law* reste une source

eux-mêmes d'une certaine autorité dans les cours de justice, et non pas seulement par le poids des citations qu'ils tirent d'auteurs plus anciens, c'est le savant juge dont nous venons de parler, Edouard Coke, (...) » (BLACKSTONE, *Commentaires sur les lois anglaises* précité, (traduction de N. M. Chompré, vol. 1), p. 111).

⁷⁸⁹ Henri LEVY-ULLMANN, *op. cit.*, p. 379. Cette supériorité de la loi, bien qu'il s'agisse d'un *act* du parlement, est difficilement admise par ces mêmes auteurs qui le reconnaissent : « C'est seulement dans sa règle 7 que Blackstone (dans son *Commentaire sur les lois d'Angleterre*) enregistre le principe fondamental de la suprématie de la loi écrite. Il le fait en une ligne et demie et – lui d'ordinaire prolix – sans phrase : « Là où la *common law* et un statut diffèrent, la *common law* cède devant le statut (*Where as the common law and a statute differ, the common law gives place to the statute*) ».

⁷⁹⁰ *Ibid.*, p. 386 : « le principe de supériorité de la loi écrite ne doit pas faire illusion. Si cette suprématie s'est attachée, comme le résultat d'événements politiques, à l'act du Parlement, c'est parce qu'il émanait du Parlement, et non pas parce qu'il était *lex scripta*. A aucun moment de sa tradition juridique, l'Angleterre n'a été « pays de droit écrit ». C'est ce que l'on aperçoit clairement, soit lorsqu'on envisage le *statute* en lui-même, soit lorsque l'on considère l'ensemble de la législation ».

⁷⁹¹ *Ibid.*, p. 394.

⁷⁹² Cité par Henri LEVY-ULLMANN, *ibid.*, p. 380.

⁷⁹³ Cf. *supra*, p. 139.

exceptionnelle et marginale du droit de l'Angleterre, la *common law* est la source principale et naturelle du droit.

La montée en puissance du droit écrit ne brise pas la continuité de la tradition juridique en Angleterre. Elle fait la singularité du système juridique anglais, comme le souligne René David⁷⁹⁴. Ce qui illustre cette continuité de la tradition à travers les siècles, c'est le maintien de la *common law* comme « *le mode d'expression normal du droit* »⁷⁹⁵. Comme le résume parfaitement le même auteur, la loi reste « *une pièce étrangère dans le système du droit anglais. Les juges l'appliqueront, certes, mais la règle que contient la loi ne sera définitivement, admise, elle ne sera pleinement incorporée au droit anglais que lorsqu'elle aura été appliquée et interprétée par les cours et dans la forme et la mesure où se seront produites cette application et cette interprétation* »⁷⁹⁶.

En réalité, la loi n'entre en vigueur en Angleterre que lorsque les juges en ont fait application. A partir de là, par le jeu de la règle du précédent⁷⁹⁷, c'est la décision judiciaire qui a mis en œuvre cette loi qui sera invoquée devant les juridictions à l'avenir, en lieu et place de cette loi. Pour les défenseurs de la tradition anglaise, le maintien de la tradition juridique est dû à sa perfection. Pour eux, la *common law* est « *la perfection de la raison* »⁷⁹⁸.

Mais les mérites de cette conception du droit ne font pas l'unanimité chez les *lawyers* en Angleterre de la fin du XVIII^{ème} siècle. En effet, du point de vue de l'accessibilité, de la certitude du droit et de la sécurité juridique, ce système présente beaucoup d'inconvénients par rapport à la loi écrite. Pour les détracteurs de ce système, la *lex scripta* reste plus accessible et plus certaine, c'est-à-dire plus sûre⁷⁹⁹. Ils invoquent souvent la *certainly* (certitude) et l'*accessibility* (accessibilité) du *statute law* pour démontrer sa

⁷⁹⁴ René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit comparé* précité, pp. 225 et s.

⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 288.

⁷⁹⁶ *Ibid.*

⁷⁹⁷ *Ibid.*, pp. 285-286.

⁷⁹⁸ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 95.

⁷⁹⁹ Henri LEVY-ULLMANN, *op. cit.*, pp. 411 et s.

supériorité par rapport à la *common law*. C'est évidemment le cas de Jeremy Bentham. Il pense que la seule source qui mérite d'être qualifiée de loi est le *statute*, alors que la *common law* n'est qu'une « contrefaçon », une « fausse loi », voire une « loi imaginaire »⁸⁰⁰.

« Vous voulez savoir ce qu'est une loi, une vraie loi ? Ouvrez le livre des statuts, -voilà l'objet existant, la chose réelle dont un légiste anglais vous présente la contrefaçon, la fausse ressemblance qu'il fait passer pour bonne à l'aide d'un mot trompeur : je dis le mot, car il n'y a rien de plus ; et la langue anglaise est peut-être la seule qui, dans ce cas, emploie le même terme pour désigner l'entité réelle et l'entité fictive. L'influence du nom n'est pas peu de chose pour faire passer la loi imaginaire à la faveur de la loi réelle »⁸⁰¹.

Contrairement aux partisans de la loi commune anglaise, Bentham estime que le fait de fonder cette dernière sur le droit naturel ne la rend pas plus certaine. Il répète à l'envi que les prétendus droits naturels doivent s'effacer devant les droits positifs et que la *common law* doit s'écarter pour laisser place au *statute law*.

« La loi seule a fait ce que tous les sentiments naturels n'auraient pas eu la force de faire. La loi seule peut créer une possession fixe et durable qui mérite le nom de propriété. La loi seule peut accoutumer les hommes à courber la tête sous le joug de la prévoyance, d'abord pénible à porter, mais ensuite agréable et doux. Elle seule peut les encourager à un travail superflu pour le présent, et dont ils ne jouiront que dans l'avenir »⁸⁰².

Sous cet angle, la critique de notre auteur n'est pas originale. Il ne fait que reprendre à son compte le procès fait au système de *common law* dès la fin du XVI^{ème} siècle par l'illustre jurisconsulte anglais Sir Francis

⁸⁰⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 98.

⁸⁰¹ *Ibid.*

⁸⁰² Henri LEVY-ULLMANN, *op. cit.*, p. 63, Voir également F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 241 et s.

Bacon⁸⁰³. Ce dernier, est le premier à mettre en lumière la complexité des sources du droit en Angleterre. Pour Bacon, la cause principale de cette situation est la *common law*. Selon le Chancelier, pour remédier aux maux du droit anglais, il faut recourir à un droit légiféré, il avance même que la codification peut être le remède à l'incertitude de la *common law*, comme le rapporte à juste titre Cooper, l'un des plus grands détracteurs de Jeremy Bentham⁸⁰⁴.

En réalité, ce mal de l'insécurité juridique engendré par la confusion des sources du droit n'est pas propre à l'Angleterre. C'était un lieu commun dans l'Europe de la fin du XVIII^{ème} siècle. Pour se limiter à la France, avant comme après 1789, les auteurs dénonçant l'insécurité juridique consécutive à la diversité des sources se comptent à profusion du Chancelier d'Aguesseau⁸⁰⁵ à Portalis⁸⁰⁶ en passant par Rousseau⁸⁰⁷ ou un tribun tel que Costé⁸⁰⁸.

Le sentiment général considère que le remède est de substituer à cette multitude de sources une seule, la source législative, c'est-à-dire la loi. En France, la Révolution marque l'avènement du légicentrisme. En Angleterre, la doctrine de Bentham tendant à ériger le *statute law* en source exclusive du droit n'est pas une entreprise moins révolutionnaire.

⁸⁰³ F. BACON, *A proposition touching the compiling of the laws of England*, éditions: Bacon (F.), The Works, 5 Vol., Londres, 1778, (cité par Jacques VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe Occidentale* précité, p. 342).

⁸⁰⁴ C. P. C. COOPER, *op. cit.*, p. 124.

⁸⁰⁵ Œuvres complètes (par Pardessus), *Mémoire sur les vues générales que l'on peut avoir pour la réformation de la justice*, tome XIII, Paris, 1819, pp. 200-208.

⁸⁰⁶ Exposé des motifs devant le Corps législatif, 28 vent, ans XII, Fenet, tome I, p. xciii : « *Un dédale mystérieux dont le fil nous échappait à chaque instant* », « *un amas informe* », « *on était toujours prêt à s'égarer dans un immense chaos* ».

⁸⁰⁷ J. J. ROUSSEAU, *Considération sur le gouvernement de Pologne* (publié en 1782), chap. X, réédité B. de Negroni, Paris, 1990, p. 216 : « *Ces foules de lois qui souvent se contredisent, dont le nombre rend les procès éternels, et dont le conflit rend également les jugements arbitraires* ».

⁸⁰⁸ Tribunat, séance du 21 frimaire an X, Opinion du tribun COSTE (hostile au projet), Fenet, tome VI, p. 177 : « *Les coutumes, les usages des peuples qui composent aujourd'hui ce vaste empire, et qui couvrent son immense territoire ; le droit écrit qui dérive des lois romaines ; les ordonnances, les règlements, les actes d'une puissance essentiellement arbitraire, formaient une compilation bizarrement contradictoire, où chacun était tenu de rechercher les dispositions qui régissaient le canton qu'il habitait, et où les juges recueillaient péniblement les principes des décisions incohérentes qui devaient tourmenter en sens inverse et comme étrangers les uns aux autres, les sujets d'un même royaume, les membres d'une même société* ».

2°. Un aggiornamento : l'instauration de « vraies lois »

« *Le droit, c'est bien Saturne dévorant ses enfants, il ne lui est possible de rajeunir qu'en brisant avec son passé* »⁸⁰⁹, écrivait R.V. Ihéring (1818-1892) en 1872.

La théorie benthamienne de la législation évoque la même image. La rupture radicale avec la tradition de *common law* se caractérise par une conception strictement positive du droit (a) et par la compétence exclusive du législateur que Bentham entend dénommer « *omnicompétence* » (b).

a) Une conception positiviste du droit

Dans la pensée juridique de Jeremy Bentham, le *statute law* est seul propre à remplir l'objectif d'accessibilité du droit. Par nature, la loi a vocation à la permanence⁸¹⁰. Aussi bien l'un des plus anciens termes pour désigner la loi était le mot établissement –*stabilimentum* en latin, ce qui est ferme, durable–. Elle satisfait ainsi la sécurité juridique en permettant au citoyen de savoir ce qu'il faut faire et ce qu'il ne faut pas faire. Hugo Hardy explicite : « *Le législateur adopterait un ensemble de règles générales, déciderait à l'avance de ce qu'il convient ou ne convient pas de faire, et ferait connaître ces règles à l'ensemble des citoyens pour qu'ils s'y conforment* »⁸¹¹. En cela, le droit légiféré s'oppose diamétralement au droit jurisprudentiel. Ce dernier est un droit rendu *a posteriori*, il ne comporte aucune règle générale ; il ne rend pas le citoyen à même de connaître, avec

⁸⁰⁹ IHERING, *Der Kampf ums Recht* (Le combat pour le droit), traduit de l'allemand par Alexandre-François Meydieu, Paris, 1875, p. 6.

⁸¹⁰ Rapp. Jacques VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe Occidentale* précité, p. 141 : « *Enfin les caractères formels propres à la loi, et notamment sa vocation à la permanence dans le temps, ont rendu sensibles certains obstacles à la connaissance du droit* ».

⁸¹¹ Hugo HARDY, *op. cit.*, p. 6.

une certitude absolue, ses droits et obligations dans une situation donnée. Il demeurera dans l'expectative aussi longtemps qu'un juge ne se sera pas prononcé.

Dans le système exclusivement légiféré, le juge perd tout pouvoir dans la production des normes juridiques, car il est limité à l'application de la loi édictée par le législateur aux cas d'espèce dont il est saisi. Pour notre auteur, dès lors le problème d'incertitude du droit est réglé. Car les juges ne peuvent plus édicter des règles de conduite, les tribunaux ne peuvent plus créer du droit⁸¹². Afin de priver radicalement les juges de toute forme de pouvoir dans la production des normes⁸¹³, il faut impérativement leur retirer, dans la mesure du possible, leur pouvoir d'interprétation.

Le réformateur anglais préconise que, lors de leur prise de fonction, les juges soient appelés à prononcer une déclaration inaugurale dans laquelle ils s'engageraient à assurer l'application de la loi conformément à ce que leur paraît être la volonté du législateur sans chercher à lui substituer leur volonté personnelle⁸¹⁴. Selon notre auteur, ce serait le seul moyen d'empêcher que ne « *soient déçues les attentes que les individus ont réglées sur la loi* »⁸¹⁵. Il appartient au seul législateur d'instaurer des comportements. Et que l'on n'oppose pas au philosophe de l'utilité l'antériorité de droits naturels ! On sait que le fondateur du positivisme juridique récuse la théorie des droits naturels, inaliénables et imprescriptibles, antérieurs à la société. Il n'est pas de droits tirés de la raison. Il saisit la circonstance pour critiquer, une nouvelle fois ironiquement, la doctrine de Blackstone. « *Grande est la Diane des Ephésiens, disaient les prêtres du temple d'Ephèse. Grande est la Minerve des Athéniens, de cette Athènes où saint Paul faisait connaître pour la*

⁸¹² Hugo HARDY, *op. cit.*, p. 6.

⁸¹³ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Constitutional Code* précité, p. 507 : « *La transition d'un système de précédents à un système légiféré signifiait que les juges céderaient leur rôle central de producteur du droit au profit du seul législateur. Le rôle des juges serait désormais réduit à l'application des lois édictées par le législateur : les tribunaux ne seraient plus là pour produire le droit, mais pour vérifier si la loi a été respectée et faire exécuter les sanctions prévues par le législateur* ».

⁸¹⁴ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Constitutional Code* précité, t. IX, p. 533. Voir également Philippe GERARD, Droit et pouvoir dans la pensée de J. Bentham, in *l'Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 144-145.

⁸¹⁵ Philippe GERARD, *ibid.*, p. 145.

première fois le Dieu inconnu. Les hommes de loi en Angleterre ont leur Diane, leur Minerve, leur déesse de la raison. La loi, dit Blackstone, l'un des grands-prêtres de cette déesse, la loi commune est la perfection de la raison ; et une foule de voix s'élèvent pour répéter en triomphe : « La loi commune est la perfection de la raison ». »⁸¹⁶. Le droit ne peut être fondé sur un principe d'innéité comme le rapporte El Chakankiri : « La loi naturelle inscrite dans la raison est une « obscurité logique » et la loi divine ne peut nullement fonder une définition du droit »⁸¹⁷. Pour Bentham, le droit doit reposer sur des « archétypes sensibles » et procéder d'une méthode scientifique, c'est-à-dire expérimentale.

Il récuse également l'idée de l'existence d'un droit antérieur à l'Etat et qui, par voie de conséquence, s'impose à lui⁸¹⁸. Pour le théoricien de l'utilitarisme, il n'y a de droit que la loi, un acte émanant du pouvoir législatif. En s'appuyant sur le principe universel de l'utilité générale, il en a déduit que les lois naturelles ou divines ne peuvent revêtir la qualité de loi au même titre que les décisions juridictionnelles qui prétendent les déclarer. Pour lui, l'expression « loi naturelle » n'a aucune portée juridique ; quant à la loi divine, elle ne saurait donner des normes de droit. D'après le réformateur utilitariste, le terme « droit » ne peut avoir aucun sens juridique, si le droit n'est pas une création du législateur, c'est-à-dire l'œuvre d'une loi positive, car ce sont les lois qui donnent une existence effective aux droits. Rien ne dérive de rien est tenté d'écrire Bentham : « Les lois réelles donnent naissance à des droits réels »⁸¹⁹.

D'autre part, Etienne Dumont, dans sa traduction des œuvres du philosophe de l'utilité, précise ce qu'il entend par les termes lois réelles et droits réels : « Par les termes lois réelles » et « droits réels » cités dans le texte, Bentham entend les lois et les droits dans l'analyse d'une réalité sensible. Il ne s'agit pas ici des droits réels entendus comme droits qui

⁸¹⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 95.

⁸¹⁷ M. EL CHAKANKIRI, *op. cit.*, p. 222.

⁸¹⁸ *Ibid.*, p. 222 : « Bentham commence par la réfutation même de la source même de la conception courante du droit de son pays. La notion de droit subjectif repose, (...), sur une loi naturelle morale et divine, considérée comme innée dans la science de l'homme ».

⁸¹⁹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Principe de législation civile et pénale* précité, p. 47.

*s'exercent sur les choses. Ce sens habituel du terme n'est pas dans l'esprit de Bentham dans ce passage, et le droit naturel est la créature de la loi naturelle »*⁸²⁰.

C'est l'occasion pour notre auteur de rappeler qu'en matière de législation, les mots sont des diamants. *« Ce qu'il y a de naturel dans l'homme, ce sont des moyens et des facultés, mais appeler ces moyens et ces facultés des droits naturels, c'est mettre le langage en opposition avec lui-même : car les droits sont établis pour assurer l'exercice des moyens et des facultés, le droit est la garantie, la faculté est la chose garantie. Comment peut-on s'entendre avec un langage qui confond sous le même terme deux choses aussi distinctes ? »*⁸²¹.

La seule norme qui mérite le nom de loi, dans la pensée de Jeremy Bentham, est la loi positive, parce qu'elle émane du législateur, seule autorité qui possède la *« plus grande force matérielle dans une société donnée »*⁸²² pour exprimer une norme sous la forme d'un commandement obligatoire pour tous.

b) « L'omnicompétence » du pouvoir législatif

Selon Bentham, le législateur est le détenteur du pouvoir suprême d'édicter des règles de la conduite, car il est le seul représentant légitime du peuple souverain dans un Etat démocratique⁸²³. C'est dans cette perspective,

⁸²⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Principe de législation civile et pénale* précité, p. 47.

⁸²¹ *Ibid.*

⁸²² M. EL CHAKANKIRI, *op. cit.*, p. 236: *« Le volontarisme de Bentham est catégorique, et sa critique atteint la notion de loi positive dans la philosophie de l'Ecole moderne et cette même notion dans la philosophie aristotélicienne. Notre auteur sépare les deux éléments qui caractérisent le bien ou le juste et le commandement »*.

⁸²³ Jeremy BENTHAM, *Fragment sur le gouvernement, Manuel de sophismes politiques* précité, (traduction de Jean-Pierre CLERO), pp. 164 et s. Voir également Hugues DUMONT, J. Bentham, premier théoricien de la démocratie libérale ? Réflexion sur le principe de majorité, in *l'Actualité sur la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 503 et s.

comme le relève Dumont, que notre auteur invente un terme pour qualifier l'exercice de cette souveraineté, l'« *omnicompétence* »⁸²⁴. C'est dans ces conditions que Bentham ne manque pas d'approuver Bacon, quand il expose : « *Il est en soit illusoire (...) de (vouloir) lier ou prévenir un acte du Parlement par un acte postérieur. Car un pouvoir suprême et absolu ne peut se lier à jamais, de même que ce qui est par nature révocable ne peut se fixer ; (cela ne se peut), pas plus qu'un homme ne peut se fixer ou déclarer dans son testament que si jamais il fait plus tard un autre testament, ce dernier sera sans valeurs* »⁸²⁵. Pour l'un comme pour l'autre, le législateur ne peut être prisonnier de lois immuables, il ne saurait être question « *de lier les mains des législateurs futurs* »⁸²⁶.

Dans un système de législation utilitariste, la création de l'ordre social revient exclusivement au *législateur*. C'est à lui qu'appartient la tâche de réaliser l'équilibre des intérêts⁸²⁷. Pour le fondateur de la théorie positiviste du droit, le seul organe capable de réaliser le plus grand bonheur social est le pouvoir législatif⁸²⁸.

Hugues Dumont éclaire la doctrine de Bentham en exposant : « *Dans le Code constitutionnel, Bentham justifie cette omnicompétence en invoquant la responsabilité des députés devant l'autorité constitutive. La volonté constante de celle-ci est de voir « la félicité nationale – le bonheur du plus grand nombre – maximisé* ». Le législateur doit « *donner exécution et effet à cette volonté, à toute occasion, dans la mesure de ses capacités,*

⁸²⁴ Hugues DUMONT, J. Bentham, premier théoricien de la démocratie libérale ? Réflexion sur le principe de majorité, in *l'Actualité sur la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 503-504 : « *Bentham fait résider la souveraineté dans le peuple, mais il attribue à la législature ce qu'il appelle « l'omnicompétence », terme qu'il a probablement inventé lui-même comme bien d'autres* ».

⁸²⁵ Francis BACON, *History of King Henry VII*, cité par J. W. GOUGH, *L'idée de loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle anglaise (1955)*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992, (trad. C. Grillou), p. 37, repris par Emmanuelle DE CHAMPS, *La déontologie politique* précité, p. 201.

⁸²⁶ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Nonsenses Upon Stilts*, in *Rights, Representation and Reform*, p. 361, (cité par Emmanuelle de CHAMPS, *La déontologie politique* précité, p. 201).

⁸²⁷ F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *l'Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, op. cit., p. 168 : « *Il appartient au législateur de (...) réaliser l'équilibre des intérêts en disposant sagement des plaisirs et les peines, les châtimens et les récompenses – tout en sachant, les cas échéants, s'abstenir de légiférer dans les domaines (économiques, par exemple) où l'équilibre se réalisera spontanément* ».

⁸²⁸ Elie HALEVY, op. cit., pp. 119 et s.

(...) Elle est à même d'édicter toute règle nécessaire à la réalisation de cet objectif »⁸²⁹.

Halévy souligne que pour Bentham, le seul organe compétent en matière de loi ne peut être que le législateur. Le même auteur relève que cette compétence du législateur en la matière ne peut être limitée : « *En matière de droit politique comme en matière de procédure, Bentham rejette formellement les lieux communs du libéralisme courant. L'Etat démocratique dont il définit la constitution est un Etat dans lequel la législature, organe représentatif de tous les citoyens adultes, est « omnicompetent » : car toute limitation de la compétence du corps législatif contredit, selon Bentham, le principe du plus grand bonheur du plus grand nombre* »⁸³⁰.

Encore une fois, Bentham s'inscrit en faux contre les tenants d'une loi naturelle et divine, qui confondent la garantie et la chose garantie, c'est-à-dire le droit et les moyens ou les facultés.

Une précision s'impose. Dans le système de législation benthamien, le statut du législateur peut paraître paradoxal. Il est à la fois la source des règles de conduite, mais, en même temps, il est soumis au principe universel de l'utilité. Ainsi on peut supposer que l'omnicompétence à laquelle fait référence notre auteur, n'est pas une compétence illimitée. Cela rend caduques les critiques faites à la théorie benthamienne de législation : on l'a souvent accusé de prôner un système autoritaire⁸³¹. Or, le législateur utilitariste n'agit pas à sa guise, il est limité par le principe de l'utilité : c'est un principe « *laïque, rigoureux, prétendu scientifique, qui considère le bonheur de tous les individus* »⁸³². Il ne peut pas être arbitraire. Il s'agit de la seule limite au pouvoir du législateur. Celui-ci doit agir comme un philosophe de l'utilité, comme le précise M. El Chakankiri⁸³³. Ainsi, le

⁸²⁹ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Constitutional Code* précité, vol. 1, pp. 41-42, (cité par Hugues DUMONT, J. Bentham, premier théoricien de la démocratie libérale ? Réflexion sur le principe de majorité, in *l'Actualité sur la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 504).

⁸³⁰ Elie HALEVY, *op. cit.*, p. 119.

⁸³¹ *Ibid.*, p. 168.

⁸³² M. EL CHAKANKIRI, *op. cit.*, p. 235

⁸³³ *Ibid.*

législateur doit connaître les lois naturelles qui poussent les individus à agir. Il doit encore sonder les sensibilités pour faire converger les intérêts individuels vers l'intérêt général : « *Le grand office des lois, le seul qui soit évidemment et incontestablement nécessaire, est d'empêcher les individus de détruire, dans la recherche de leur propre bonheur, une quantité plus grande du bonheur d'autrui* »⁸³⁴.

Cependant, notre auteur ne considère pas pour autant ce principe de l'utilité qui doit guider le législateur dans l'élaboration des lois comme une loi au sens propre du terme. Bien qu'il soit considéré comme la raison d'être des lois, ce principe du plus grand bonheur n'est qu'une obligation morale qui découle de la nature même des individus⁸³⁵. La seule norme juridique obligatoire qui s'impose aux individus est la loi positive, un acte émanant du législateur.

Bentham s'élève, encore une fois, contre les tenants d'une loi naturelle et divine qui confondent « *ce qui doit être une loi et ce qui est une loi* »⁸³⁶. Les droits sont l'œuvre de la société, il n'y a point de lois antérieures à elle : « *(...) ces nobles droits qui s'étendent sur toute la vie, qui unissent les générations, qui protègent les faibles contre les forts, sont uniquement l'œuvre des lois, l'œuvre de la société, le prix de l'obéissance générale au gouvernement, la récompense de la subordination, récompense infiniment supérieure au sacrifice qu'elle exige* »⁸³⁷.

L'omnicompétence du législateur établi, il reste à faire connaître aux citoyens les droits et garanties établis par la loi.

⁸³⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Promulgation des lois, *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 269.

⁸³⁵ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Principles of Civil Code* précité, vol. II, p. 302. M. EL CHAKANKIRI, *ibid.*, p. 235 : « *et comme tout système de contrainte organisé ne peut durer s'il ne satisfait pas les besoins des individus, la raison d'être de toute norme juridique doit précisément être la réalisation de cette satisfaction* ».

⁸³⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Sophismes anarchiques, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 555.

⁸³⁷ *Ibid.*

§2. Un nouvel art de rédiger les lois

« La première chose à faire dans cette recherche (sur les inconvénients des lois non écrites) est de bien connaître la nature de la loi non écrite qui gouverne l'Angleterre »⁸³⁸.

Pour Bentham, le moindre des défauts de la *common law* n'est pas que son caractère non écrit, *« nous n'arrivons à la connaître que par l'entremise des juges, des interprètes et ses oracles »⁸³⁹*. Effectivement, un grand nombre de règles de *common law* est déjà consigné dans des recueils. Ainsi que le souligne notre auteur, *« on se ferait une idée fausse, si l'on s'imaginait que les règles par lesquelles la propriété est distribuée et la conduite des hommes dirigée, n'existent que dans une tradition purement orale et dans les imparfaites réminiscences des individus »⁸⁴⁰*. C'est pourquoi il revient sur la définition de la loi commune anglaise. D'après le réformateur utilitariste *« ce qu'on appelle chez nous (en Angleterre) loi non écrite est, dans le fait, extrait d'un grand nombre de records écrits et de volumes imprimés ; et suivant Fortescue et Blackstone, il ne faut rien moins qu'une application de vingt ans pour en acquérir une profonde connaissance »⁸⁴¹*. En ce sens, le philosophe de l'utilité estime que la *common law* et le *statute law* se valent : *« Ainsi c'est seulement par la lecture, et à force de lecture, qu'on parvient à s'instruire de la loi non écrite comme de la loi statutaire »⁸⁴²*. Au final, ce n'est pas tant le caractère « écrit » du *statute law* qui le rend meilleur que la loi commune. En effet, c'est par son aptitude à être connu que le *statute law* est préférable à la *common law* : *« La loi commune ne se déduit pas d'un simple texte ouvert à tous et toujours consultable ; mais on l'extrait des décisions rendues dans une grande variété de cas par les cours de justice qui en ont ainsi révélé de temps à autre différentes portions, selon les événements et les circonstances*

⁸³⁸ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, Les inconvénients des lois non écrites, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, Sect. V, p. 95.

⁸³⁹ *Ibid.*

⁸⁴⁰ *Ibid.*

⁸⁴¹ *Ibid.*

⁸⁴² *Ibid.*

ont fait sentir le besoins de les promulguer »⁸⁴³. Il est connu, parce qu'il est écrit. C'est pourquoi notre auteur se constitue en défenseur du droit écrit. Pour lui, la caractéristique première de la norme juridique est sa forme plutôt que son contenu. Le droit écrit doit prendre la forme d'une « *loi exprimée en termes exprès, en injonctions positives* »⁸⁴⁴.

Parce que l'accessibilité du droit procède de la forme de la loi, la rédaction de la norme juridique retient particulièrement l'attention de Bentham. Pour être connue, la loi ne doit pas seulement être écrite (A), elle doit être simple (B).

A. Un droit écrit

*« La loi écrite est la seule qui puisse mériter le nom de loi. La loi non écrite est à proprement parler une loi conjecturale, une fiction de loi »*⁸⁴⁵.

Pour notre auteur, la loi écrite est seule en mesure de réaliser l'objectif d'accessibilité du droit que lui assigne le principe de l'utilité : « *La grande utilité de la loi, c'est la certitude ; il n'y en a point, il ne saurait y en avoir dans la loi non écrite. Le citoyen, ne pouvant la trouver nulle part, ne peut la prendre pour son guide ; il est réduit à des consultations, il assemble des avocats, il recueille autant d'opinions que sa fortune peut le lui permettre, et tout ce procédé ruineux n'aboutit le plus souvent qu'à créer de nouveaux doutes* »⁸⁴⁶.

Dans l'esprit du réformateur utilitariste anglais, pour qu'une règle de conduite puisse avoir la qualité de loi, certaines qualités formelles sont nécessaires. C'est pourquoi il fait de l'écrit la première qualité que doit

⁸⁴³ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, De l'intégralité du corps de droit, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 367.

⁸⁴⁴ *Ibid.*

⁸⁴⁵ *Ibid.*

⁸⁴⁶ *Ibid.*

revêtir la loi afin de prétendre à servir de guide aux citoyens. C'est la condition *sine qua non* pour porter le droit à la connaissance de tous. Or, d'après Behtam, la *common law*, loi non écrite, ne peut pas prétendre par nature à la réalisation de cet objectif. Cela suffit, selon lui, à légitimer son exclusion. Afin d'étayer son propos notre auteur consacre toute la section V de son *Traité sur la codification*, aux « *Inconvénients des lois non écrites* »⁸⁴⁷ pour justifier son refus d'en faire la source du droit. Il s'y emploie à justifier l'importance fondamentale du critère formel. Il y démontre que la loi positive est la seule « *vraie loi* »⁸⁴⁸, parce qu'elle est précisément une source écrite. Il entend démontrer que la *common law* n'est « *point une loi écrite, une loi in terminis* »⁸⁴⁹. Il ajoute que dans ce cas de figure, cette loi ne peut être connue car elle est inexistante : « *La loi doit être connue. Voilà le principe dont nous parlons ; mais pour être connue, il faut qu'elle existe* »⁸⁵⁰.

« *La loi commune existe-t-elle ?* » s'interroge Bentham. Sa réponse est sans équivoque : « *Quand on vous dit : la loi commune veut, la loi commune défend, voilà une phrase imposante : eh bien ! Cherchez la loi commune, demandez qu'on vous la montre : elle ne se trouve nulle part, aucune ne peut vous dire où elle est, ni ce qu'elle est : c'est un être de raison, une fiction, une loi imaginaire* »⁸⁵¹. Plus encore, Bentham s'attaque à l'*omniscience juridique* des juges invoquée par les avocats du système de *common law* afin de justifier la supériorité des règles de *common law* sur celles des *statute laws*. D'après lui, « *si la loi était inconnue au public avant cette décision promulgatoire, on ne peut pas même dire qu'elle fût bien connue des juges eux-mêmes* »⁸⁵².

Dans la théorie benthamienne de législation, par son caractère écrit comme par l'autorité dont il émane, le *statute law* est le seul en mesure de réaliser le but qu'il assigne à la législation : porter le droit à la connaissance

⁸⁴⁷ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, Les inconvénients des lois non écrites, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, Sect. V, pp. 95-102.

⁸⁴⁸ *Ibid.*, p. 95.

⁸⁴⁹ *Ibid.*

⁸⁵⁰ *Ibid.*

⁸⁵¹ *Ibid.*

⁸⁵² *Ibid.*, p. 99.

de tous. A ce propos, il écrit : « *A la loi écrite, il y a une base assurée, manifeste ; il y a un législateur, il y a une volonté, il y a une expression de cette volonté, une époque connue de sa naissance. Une loi non écrite n'a rien de tout cela. Son origine est ignorée : elle va toujours en croissant : elle ne peut jamais être finie : elle se modifie sans qu'on s'en aperçoive* »⁸⁵³.

Par ailleurs, notre auteur estime que l'écrit bénéficie également d'un autre avantage, de nature politique cette fois. Il pense en effet que l'écrit possède également une vertu politique complémentaire : l'écrit assure la fixité de la loi. Sa vocation à la permanence en est ainsi renforcée sans compter que du fait de ses caractéristiques formelles propres, les citoyens ont tendance à considérer le droit légiféré comme éternel⁸⁵⁴. Les citoyens n'acceptent que difficilement que l'on modifie ce qu'ils connaissent déjà. C'est pourquoi la loi écrite tend ordinairement à être conservée contrairement à la règle de *common law*.

Le caractère incertain et imprévisible du droit de *common law* tient à sa nature jurisprudentielle. Pourtant l'Angleterre ne manque pas de recueils de jurisprudence. Pour Bentham, c'est une nouvelle occasion pour progresser dans sa démonstration. La simple mise par écrit du droit ne suffit pas à conférer à une coutume, une *rule of law* ou un *act*, l'accessibilité qui le fait accéder à la qualification de loi. L'écrit est une condition nécessaire mais insuffisante. « *Que des règles de droit soient écrites ne suffit pas à en faire des lois (laws). Pour preuve : le droit coutumier ou common law, qui est recensé dans des « reports » « treatises » ou « formulaire of precedents » ne mérite pas, à proprement parler, la qualification de droit* »⁸⁵⁵.

Mais, tout en la qualifiant de « fléau », Bentham estime néanmoins que la *common law* reste dans une certaine mesure utile, notamment à son

⁸⁵³ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, De l'intégralité du corps de droit, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 367.

⁸⁵⁴ Jacques VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe Occidentale* précité, p. 141 : « *Il en résulte qu'ils admettent difficilement que d'autres textes viennent modifier ceux qu'ils connaissent ou que ces derniers ne représentent plus parfaitement l'état du droit* ».

⁸⁵⁵ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Of Law in General* précité, p. 185. René SEVE qui résume cette idée dans, Bentham le Grec ? Bentham le moderne ?, in *l'Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 307.

origine : « *Toutefois n'exagérons point ; reconnaissons franchement que cette loi commune, qui me paraît un fléau et même un opprobre dans l'état actuel (...), a été comparativement, dans son origine, une sauvegarde et un bienfait* »⁸⁵⁶. En effet, s'inspirant de l'histoire du système judiciaire anglais, il écrit que « *si nous partons de l'état primitif d'ignorance dans l'origine du gouvernement anglo-saxon, nous verrons que les décisions particulières des juges, d'où sont déduites graduellement des règles générales, quoiqu'elles n'aient pas été des lois, puisqu'elles n'étaient pas l'œuvre du législateur, présentaient néanmoins de grands avantages. Ces décisions, ces règles étaient un flambeau qui servit à conduire les successeurs des premiers juges ; en même temps, c'était une barrière qui les retenait dans certaines limites, et prévenait de trop grands écarts. C'était déjà obtenir une partie des bons effets de la loi* »⁸⁵⁷. Dès lors la critique de notre auteur à l'encontre de la *common law* prend tout son sens. Il n'ignore pas ses qualités. Mais il estime qu'on peut obtenir de meilleurs résultats en terme d'accessibilité avec le *statute law* qu'avec la *common law*. Par ses caractéristiques, la loi commune ne peut pas être l'instrument de mise en œuvre du principe du plus grand bonheur en matière de législation estime Bentham. « *Mais si je reconnais dans la loi commune cet avantage de guider et de fixer les décisions dans un grand nombre de cas, il n'en est pas moins vrai qu'elle laisse, dans la plupart, des questions à discuter et doutes à résoudre, des chances inévitables, et que tout le bien qui en résulte, et que personne ne conteste, serait, je ne dis pas doublé, mais décuplé par un code, écrit, dans lequel on ferait entrer toutes les acquisitions de cette longue expérience* »⁸⁵⁸.

En définitif, notre auteur, considère que les décisions jurisprudentielles, à cause de leur défaut formel, ne peuvent fonder des lois humaines, « *celles qui doivent réaliser le plus grand bonheur pour le plus grand nombre d'hommes vivant dans une société donnée* »⁸⁵⁹. Pour y parvenir, Bentham exige de substituer purement et simplement à la *common*

⁸⁵⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, Les inconvénients des lois non écrites, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, Sect. V, p. 99.

⁸⁵⁷ *Ibid.*, pp. 97-98.

⁸⁵⁸ *Ibid.*, p. 98.

⁸⁵⁹ M. EL CHAKANKIRI, *op. cit.*, p. 235.

law les *statute laws* comme source principale et exclusive du droit en Angleterre.

B. Un droit simple

Parce qu'il est écrit, le *statute law* en tant que contenant formel permet de porter le droit à la connaissance de tous. Mais, pour que l'objectif d'accessibilité du droit au plus grand nombre soit atteint, encore faut-il que la loi écrite soit comprise.

« Dans une législation qui s'adresse au peuple et à la partie la moins intelligente du peuple, la perfection de la science est de ne pas se faire sentir. Une noble simplicité est son plus beau caractère »⁸⁶⁰.

Jeremy Bentham fait de la compréhension du droit une condition absolue de son accessibilité. Il estime que d'autres conditions de forme que l'écrit sont nécessaires pour faire du *statute law* une loi idéale. Le style de rédaction des lois doit être particulièrement travaillé afin d'« éviter les défauts qui le corrompent »⁸⁶¹.

Ainsi, il exige que le style de rédaction d'une loi doit être simple. Ce qui n'est pas le cas du *statute law* anglais. Au regard de cette exigence Jeremy Bentham constate que la rédaction des *statutes* est généralement défectueuse : inintelligible et obscure, ce qui les rend inaccessibles au profane, voire aux spécialistes de la législation. Il fait remarquer aussi que le *statute law* anglais souffre de sa complexité et de sa confusion. Pour mettre fin à ces défauts, il suggère une simplification du droit anglais en général et du style de rédaction des lois en particulier afin de mettre le droit à la portée de tous. Pour le réformateur anglais, le droit doit être rédigé dans des termes simplifiés, intelligibles et compréhensibles aux individus. C'est le seul

⁸⁶⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, De l'intégralité du corps de droit, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 366.

⁸⁶¹ *Ibid.*, p. 367.

moyen de mettre à même les citoyens de conduire leurs affaires en toute sécurité. René Sève résume ainsi la pensée de Bentham en la matière : « *le but des lois est de diriger la conduite du citoyen. Deux choses sont nécessaires à l'accomplissement de ce but : 1° que la loi soit claire, c'est-à-dire qu'elle fasse naître dans l'esprit une idée qui représente exactement la volonté du législateur ; 2° que la loi soit concise, afin qu'elle se fixe aisément dans la mémoire. Clarté et brièveté, voilà donc les deux qualités essentielles* »⁸⁶².

Il est de fait que dans ses œuvres, à plusieurs reprises, Bentham prodigue des conseils au législateur afin de répondre à ces deux exigences de clarté (1°) et de brièveté (2°).

1°. L'exigence de clarté de la loi

« *Convenablement rédigées* », c'est-à-dire écrites conformément aux exigences de l'utilité, les bonnes lois devraient faire surgir les propriétés générales qu'elles devraient posséder. Dans sa théorie du langage, Bentham considère que dans un système de législation utilitariste, la loi devrait présenter les caractéristiques suivantes : clarté, correction, abondance, prononciabilité, caractère mélodieux, facilité à être apprise, facilité à être enseignée, capacité d'amélioration, décorabilité, capacité d'amélioration, capacité à servir ces destinataires, dignité et capacité à exciter des émotions tendres⁸⁶³. Ainsi que le souligne Tusseau, par son caractère écrit, la loi sera en mesure de réaliser les objectifs que lui assigne le principe du plus grand bonheur pour le plus grand nombre « *en ce qu'elle sert autant les destinataires du droit que le législateur lui-même* »⁸⁶⁴. Or Bentham constate

⁸⁶² Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, De l'intégralité du corps de droit, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 367.

⁸⁶³ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Essay on Language* précité, vol. VIII, pp. 295-338. G. TUSSEAU, *op. cit.*, p. 125.

⁸⁶⁴ G. TUSSEAU, *ibid.*, p. 126.

que s'agissant de ces caractéristiques, le *statute law* est encore loin de les réunir⁸⁶⁵.

Poursuivant sa démonstration, le philosophe de l'utilité pense que, même si les *statutes* ont le mérite d'être écrits⁸⁶⁶, ils restent néanmoins, par rapport à la manière dont ils sont rédigés, loin de répondre à l'exigence de clarté que doit revêtir une loi dans le système utilitariste de législation⁸⁶⁷.

La loi doit être écrite dans une langue accessible et intelligible au peuple, dans un style clair. Notre auteur rappelle encore une fois qu'en matière de législation les mots sont des « *diamants* »⁸⁶⁸. Il est ainsi conduit à initier une approche de la linguistique juridique.

En définitive, Bentham est amené à élaborer une véritable théorie du langage⁸⁶⁹. Pour lui, le caractère inaccessible du *statute law* d'Angleterre découle de la langue juridique traditionnelle du droit de *common law*, faite d'ambiguïtés, d'obscurités, d'archaïsmes et de redondances sans compter les fictions⁸⁷⁰. Autant de « *faussetés* ». D'après lui, il faut remplacer le langage juridique en vigueur par un langage usuel et simple en référant à des entités concrètes et sensibles tout en attachant le plus grand soin au choix des mots selon Alain Strowel⁸⁷¹.

C'est pour ces considérations que Bentham rejette, par principe, tout recours à des termes techniques. Il déclare à ce sujet que : « *le bonheur du genre humain ne doit pas dépendre d'une fiction : la pyramide sociale ne*

⁸⁶⁵ Rapp. P. SCHOFIELD, *Jeremy Bentham et la tradition utilitariste de la théorie du droit*, (trad. G. TUSSEAU, *Jeremy Bentham et le droit constitutionnel*, éd. Economica, Paris, 2001), p. 32.

⁸⁶⁶ Rapp. P. SCHOFIELD *op. cit.*, p. 182.

⁸⁶⁷ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, De l'intégralité du corps de droit, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 367.

⁸⁶⁸ *Ibid.*, p. 370 : « *Ceux qui prodiguent les paroles connaissent bien peu le danger des méprises : et en matière de législation le scrupule peut-il aller jusqu'à l'excès ? Les paroles de la loi doivent se peser comme des dimants* ».

⁸⁶⁹ René SEVE, Bentham le grec ? Bentham le moderne ?, in *l'Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 205-303. Voir également Alain STROWEL, Analyse et utilitarisme dans les pensées juridiques de Bentham et de Hart, in *l'Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 301-350. Enrique MARI, Du souffle pestilentiel de la fiction dans le droit, à la théorie du droit comme fiction, in *l'Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 351 et s.

⁸⁷⁰ Voir sur ce point, F. OST, Codification et temporalité dans la pensée juridique de Jeremy Bentham, in *l'Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 151.

⁸⁷¹ Alain STROWEL, *ibid.*, p. 301. Voir également Enrique MARI, *ibid.*, pp. 351 et s.

*doit pas s'élever sur des fondations de sable. Laissons ces jouets aux enfants : les hommes doivent parler la langue de la vérité et de la raison »*⁸⁷².

La confusion dans la rédaction des *statute laws* découle d'après Bentham de l'absence de séparation entre le domaine de la loi et celui de la jurisprudence. L'absence d'une séparation claire entre les deux domaines a eu une incidence dommageable sur la qualité de rédaction des *statute laws*. En effet, comme le montre F. Ost, par la confusion des deux domaines, les défauts de la *common law* rejaillissent sur le *statute law* : « *comme les domaines respectifs ne sont pas clairement délimités, l'incertitude qui affecte la common law finit par gagner l'ensemble du droit en vigueur* »⁸⁷³. Cela ouvre la voie à l'interprétation des juges qui est l'une des sources d'incertitude du droit anglais. Or, selon Bentham, le juge n'a pas à entreprendre sur l'« omnicompétence » du pouvoir législatif sous couvert d'interprétation. Seul ce dernier a compétence pour créer des règles de conduite⁸⁷⁴.

Par ailleurs, la *common law*, droit non écrit, est à bien des égards, estime Bentham, un droit trop écrit : « *les recueils de jurisprudence forme une masse qu'il est vain de vouloir maîtriser. Ils sont à la fois obscurs, ambigus, inutilement attachés au passé et bourrés de contradictions et de lacunes ; aucun plan d'ensemble n'ordonne cette masse informe : aucun principe pratique ne la guide* »⁸⁷⁵.

D'une manière générale, sa théorie du langage est un élément indissociable de sa théorie de législation. Il fait de la loi un véritable outil de propagande au service de sa réforme utilitariste du droit. Après une étude

⁸⁷² Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, De l'intégralité du corps de droit, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 369. Voir également H. L. A. HART, *ibid.*, pp. 89-118. Enrique MARI, *ibid.*, p. 324 : « (...) *Le problème des fictions se présente comme une étape dans le cadre des attaques dirigées par Bentham et le positivisme contre la tradition juridique, avec l'intention de les éliminer jusqu'aux racines du langage juridique (...)* ».

⁸⁷³ F. OST, Codification et temporalité dans la pensée juridique de Jeremy Bentham, in *l'Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 182.

⁸⁷⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, De l'intégralité du corps de droit, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 366. Voir Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Nomography* précité, t. III, p. 281. Voir également F. OST, *ibid.*, p. 182.

⁸⁷⁵ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, De l'intégralité du corps de droit, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 366. Voir également F. OST, *ibid.*, p. 182.

minutieuse du droit anglais, de son origine jusqu'à la fin du XVIIIème siècle, Jeremy Bentham en dénonce les abus, notamment ceux dus à l'obscurité et la confusion de ses lois. Ils n'ont pas d'autre origine que le langage utilisé par les juristes. Il est stupéfié, voire horrifié, par la facilité avec laquelle ces abus étaient considérés comme « *naturels* » par les juristes de son pays⁸⁷⁶. Il est préoccupé par ces excès du langage propres à obscurcir encore plus le droit et à jeter sur lui, par la même occasion, un voile de mystère qui le rend complètement incompréhensible et inaccessible. Notre auteur conclut, à la suite de son étude, qu'il ne peut y avoir de réforme du droit en Angleterre sans la réforme du langage. Il en fait un préalable à toute réforme de la législation.

C'est justement pour clarifier et simplifier le droit que les lois doivent être rédigées dans des termes simples, ce qui est loin d'être le cas des *statute laws* anglais selon notre auteur : « *Définissez vos mots dit Locke ; définissez vos mots dit Helvétius ; définissez vos mots dit Voltaire. Définissez vos mots, affirme tout homme qui connaît la valeur de ceux-ci, qui connaît l'usage de ceux-ci, qui comprend ce qu'ils veulent dire ; définissez-les dans l'intérêt de l'éthique ; mais surtout, définissez-les dans l'intérêt du droit* »⁸⁷⁷.

Le langage utilisé dans les lois anglaises est si prolix et si différent du langage ordinaire⁸⁷⁸ que les personnes ordinaires ne peuvent comprendre. Encore une fois, Bentham rappelle que le maintien de ce langage dans les lois anglaises s'explique seulement parce qu'il sert les intérêts particuliers des spécialistes du droit en Angleterre. La complexité du droit ne fait qu'accroître le travail des avocats ainsi que leurs honoraires. Plus la loi est incompréhensible, plus le besoin de faire appel à un spécialiste se fait

⁸⁷⁶ Les défenseurs du système juridique anglais, considèrent que les défauts dont souffre le droit sont imputables à la nature des choses, par conséquent, ils ne peuvent pas être ni corrigés ni éliminés. Voir sur ce point, H. L. A. HART, La démystification du droit, in *l'Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 105.

⁸⁷⁷ Jeremy BENTHAM, Manuscrit 27.45, (cité par Alain STROWEL, Analyse et utilitarisme dans les pensées juridiques de Bentham et de Hart, in *l'Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 303).

⁸⁷⁸ H. L. A. HART, La démystification du droit, in *l'Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 102.

ressentir d'une part et plus la nécessité de masquer les défauts que « *le langage ordinaire mettrait en évidence* »⁸⁷⁹ devient impérieuse d'autre part.

A partir de ce constat, Bentham plaide pour une « *démystification du droit* »⁸⁸⁰, c'est-à-dire une amélioration substantielle du style de rédaction des lois statutaires. Pour y parvenir, notre auteur s'attaque à la « *thèse mystificatrice* »⁸⁸¹ selon laquelle « *la cause à laquelle ils (les défauts du droit anglais) étaient imputés à la nature des choses, invincible et irrémédiable, et non les imperfections du droit, artificielles et donc remédiables* »⁸⁸².

Notre auteur ne fait que réitérer une exigence qui fait l'unanimité à son époque, mais qui fait défaut dans le droit anglais en général et dans le *statute law* en particulier⁸⁸³. A la différence d'autres censeurs, il élabore une théorie complète sur la manière de rendre les lois compréhensibles et accessibles.

Il faut impérativement revoir le style traditionnel en vigueur, notamment la confusion que génèrent les vocables régulièrement utilisés par les *lawyers* anglais, tel que « *les phrases incidentes* », « *les parenthèses* » ou encore les « *tautologies* », mais surtout « *la répétition des mots spécifiques* »⁸⁸⁴. A cause de la prolixité qui en découle, il est impossible de porter le droit à la connaissance de tous précise encore Bentham : « *C'est par l'ensemble de tous ces défauts que les statuts anglais acquièrent cette prolixité démesurée et que la loi est offusquée sous le verbiage de la rédaction* »⁸⁸⁵. Il juge encore regrettable, c'est-à-dire dommageable, que « *les actes du parlement britannique so[ie]nt encore en défaut à cet égard. La division en sections, et les numéros qui les désignent dans les éditions*

⁸⁷⁹ H. L. A. HART, La démystification du droit, in *l'Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 102.

⁸⁸⁰ *Ibid.*, p. 89.

⁸⁸¹ *Ibid.*, p. 105.

⁸⁸² Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Nomography* précité, section VI précité, p. 206.

⁸⁸³ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Du style des lois, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. XXXIII, p. 379.

⁸⁸⁴ *Ibid.*, p. 368. Bentham donne l'exemple d'une loi rédigé par Puffendorf pour illustrer sa thèse.

⁸⁸⁵ *Ibid.*, p. 369.

courantes, ne sont point authentiques. Dans le parchemin original, texte de la loi, l'acte entier est d'une seule pièce, sans distinction de paragraphe, sans ponctuation, sans chiffre »⁸⁸⁶. Jeremy Bentham estime qu'« *il est essentiel de ménager à l'esprit de fréquents repos, non seulement par la distinction des paragraphes, mais encore par la coupe des phrases dont le paragraphe est composé* ».

Plus généralement il fait de la clarté de la loi une condition de son accessibilité, car c'est un élément important « *pour l'intelligence et pour la mémoire* », précise encore notre auteur. Il fait découler cette exigence de la logique et de la grammaire.

« *La clarté dans le style dépend donc de la logique et de la grammaire : deux sciences qu'il faut posséder à fond pour faire une bonne rédaction de lois* »⁸⁸⁷.

Pour répondre à cette exigence de clarté, le législateur anglais doit rompre avec le style traditionnel utilisé dans la rédaction des actes législatifs. Il précise que : « *La volonté du législateur ne se sera point placée dans l'esprit du citoyen, ou n'y sera pas exactement, 1° lorsque les paroles de la loi ne présentent pas des propositions intelligibles ; 2° lorsqu'elle ne présente qu'une partie de l'idée qu'on a voulu faire naître ; 3° lorsqu'elle présente une proposition différente de celle qui était dans l'esprit du législateur ; 4° lorsqu'elles renferment des propositions étrangère conjointement avec la proposition principale* »⁸⁸⁸.

Faire de la clarté un élément constitutif de la loi est une originalité aussi bien dans le paysage politique et juridique anglais que dans celui de bien d'autre pays de l'Europe occidentale. Bentham est le seul à élever cette exigence d'être rédigé dans une langue vulgaire, intelligible à toutes les personnes de faible entendement à une condition nécessaire pour reconnaître la qualification de loi à un texte émanant d'un parlement.

⁸⁸⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Du style des lois, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. XXXIII, p. 379.

⁸⁸⁷ *Ibid.*, p. 369.

⁸⁸⁸ *Ibid.*, p. 368.

2°. L'exigence de la brièveté des dispositions de la loi

Parmi les inconvénients qui rendent les *statute laws* inaccessibles, l'étendue et la longueur de leurs dispositions ne sont pas les moindres⁸⁸⁹. C'est de ce défaut de brièveté que découle, selon Bentham, une grande partie de l'inintelligibilité des *statute laws*.

La liste des remèdes qu'il prescrit vient en contrepoint des défauts des *statute laws*.

Le premier remède à apporter consiste en la distinction des paragraphes. Mais cela ne suffit pas. Il doit être complété par un deuxième : la découpe du dispositif en articles subdivisés en alinéas⁸⁹⁰. Or, précise Bentham, cela est impossible dans l'état actuel des choses. En effet, les *statute laws* anglais de son temps se caractérisent par la longueur des paragraphes sur le modèle des décisions des juridictions anglaises. Dans ces conditions, les dispositions sont inintelligibles pour le profane, voire pour le spécialiste de la législation : « *Il faut souvent parcourir des pages pour arriver à un sens déterminé et le commencement de la phrase est oublié avant qu'on soit parvenu au milieu* »⁸⁹¹.

Dans son développement sur *les qualités désirables dans un corps de droit*⁸⁹², Bentham prend soin de définir la troisième qualité que doivent revêtir un corps complet de législation tout autant qu'une loi. A défaut, les autres exigences sont inopérantes.

Il s'agit de l'arrangement dont Bentham donne la définition, quand il exige : « *non seulement la précision et la clarté du style, mais encore un arrangement tel que tous les intéressés puissent avoir une connaissance facile de la loi. Si la langue française se prêtait à de nouveaux mots,*

⁸⁸⁹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Du style des lois, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. XXXIII, p. 369.

⁸⁹⁰ *Ibid.* Cf. *infra*, pp. 228 et s.

⁸⁹¹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Du style des lois, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. XXXIII, p. 396.

⁸⁹² Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 91.

*j'aurais désigné tout ce qui est compris sous ce vaste chef par le terme de cognoscibilité, c'est-à-dire que la loi doit avoir par elle-même une grande aptitude à être connue »⁸⁹³. A l'en croire, il s'agirait d'appliquer en matière de législation⁸⁹⁴ la méthode analytique qu'il préconise de mettre en œuvre dans toute la science juridique afin de rendre accessible le droit. Concrètement il préconise un arrangement méthodique des paragraphes des lois. Il suggère ainsi un ordonnancement des dispositions de la loi dans l'ordre qui, d'après lui, doit être le plus naturel par opposition à la distribution traditionnelle dénoncée comme arbitraire et artificielle : « *Ce qui est pour la généralité du peuple, voilà ce qu'il faut considérer par l'arrangement des lois. Le peuple n'a pas le loisir d'en faire une étude approfondie : il n'a pas la capacité de rapprocher des dispositions éloignées : il n'entend pas les termes techniques d'une méthode arbitraire et artificielle. Il faut donc distribuer les matières dans l'ordre le plus facile pour des entendements peu exercés, dans l'ordre le plus intéressant par l'importance des sujets, en un mot, dans l'ordre le plus naturel »⁸⁹⁵.**

Cette méthode joue, dans le système juridique que propose le réformateur anglais, un rôle considérable dans la systématisation et la simplification du droit. Si la règle juridique que contient la loi est bien ordonnée, le peuple pourra facilement la consulter, mais également en saisir le sens : « *La meilleure méthode est celle qui donne la plus grande facilité à trouver ce qu'on recherche »⁸⁹⁶. Pour y parvenir, l'une des ressources les plus naturelles est la numérotation des articles de la loi. Parmi les réformes nécessaires pour faire du *statute law* une véritable loi, Bentham fait de la numérotation la première des exigences. Il part du constat selon lequel la longueur des lois anglaises n'est pas le seul obstacle à l'accessibilité du droit, l'absence de numérotation des articles l'est également. La numérotation est un moyen simple et très efficace pour distinguer les paragraphes contenus dans une loi et, par voie de conséquence, mettre fin à*

⁸⁹³ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 91.

⁸⁹⁴ *Ibid.*, pp. 92-93.

⁸⁹⁵ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *De la méthode*, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. IV, p. 312.

⁸⁹⁶ *Ibid.*

l'un des plus grands défauts des *statute laws* anglais, la longueur des paragraphes : « *Il ne suffit pas que les articles soient courts, ils doivent être numérotés* », écrit Bentham. Il fait également observer que cette qualité fait défaut à tous les actes du Parlement d'Angleterre, cela rend l'accès à la loi très difficile, si ce n'est impossible⁸⁹⁷. A ce propos, il s'interroge sur la méthode à suivre pour un citoyen ou *lawyer* anglais afin de « *connaître le commencement et la fin d'un article.* » Bentham répond que jusqu'alors, s'agissant des *statute laws*, cela ne peut être possible « *qu'en répétant ces clauses introductives –et de plus il est ordonné– et de plus il est ordonné par l'autorité ci-dessus mentionnée-, ou telle autre phrase du même genre* »⁸⁹⁸. Une telle méthode est qualifiée par notre auteur d'une « *algèbre en sens contraire* »⁸⁹⁹. Et de conclure : « *Ces beaux esprits en législation qui croiraient déroger aux droits du génie en s'abaissant scrupuleusement au soin des mots. Tels mots, telle loi. Fait-on des lois autrement qu'avec des mots ? Vie, liberté, propriété, bonheur, tout ce que nous avons de plus précieux dépend du choix des mots* »⁹⁰⁰. Le réformateur anglais ne laisse planer aucune ambiguïté. Comme le style obscur des *statute laws*⁹⁰¹, l'absence de numérotation de leurs articles s'explique par l'attachement aveugle des juristes anglais aux anciennes coutumes, usages et pratiques datant d'époques révolues. En l'occurrence, il y voit une manifestation de l'entêtement du législateur à respecter une tradition née à une époque où la ponctuation et les chiffres arabes⁹⁰² n'existaient pas encore. Aussi s'autorise-t-il à insister : « *Il ne suffit pas que les articles soient courts, ils doivent être numérotés, il faut quelques moyens pour les séparer et les distinguer. Celui des numéros est le plus simple, le moins sujet à méprise, le plus commode pour les citations et les renvois* »⁹⁰³.

⁸⁹⁷ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Du style des lois, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. XIII, p. 369.

⁸⁹⁸ *Ibid.*

⁸⁹⁹ *Ibid.*, p. 369 : « *Dans l'algèbre, une lettre tient lieu d'une ligne de mots : ici une ligne de mots ne remplit que très imparfaitement la fonction d'un chiffre. Je dis imparfaitement ; car ces mots servent à la division, mais ils ne peuvent pas servir aux renvois* ».

⁹⁰⁰ *Ibid.*

⁹⁰¹ *Ibid.*

⁹⁰² *Ibid.*

⁹⁰³ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Du style des lois, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. XIII, p. 369.

Au final, Bentham adresse au futur législateur comme un cahier des charges. « (...) *Voici les règles qui doivent diriger la pratique* »⁹⁰⁴ pour mettre les lois par écrit :

- « *Il faut autant qu'il est possible ne mettre dans un corps de lois que les termes de droit familiers au peuple ;*
- *S'il en est forcé de se servir de termes techniques, il faut avoir soin de les définir dans le corps des lois mêmes ;*
- *Les termes de la définition doivent être des mots connus et usités ; ou au moins la chaîne des définitions, plus ou moins longue, doit toujours finir par un chaînon où il ne se trouve que de tels mots ;*
- *Mêmes idées, mêmes paroles ;*
- *Ne vous servez jamais que d'un seul et même mot pour exprimer une seule et même idée »*⁹⁰⁵.

Un législateur mettrait-il par écrit un texte de loi conçu et réalisé selon les préceptes de Bentham, il lui assurerait l'accessibilité même à l'égard des citoyens de faible entendement. Le réformateur anglais n'en conçoit aucun doute. Mais ce travail de rédaction n'est en quelque sorte que préparatoire. Pour lui, la loi est source du droit dans les deux sens du terme. Elle est créatrice des droits et obligations du citoyen et elle est aussi le lieu (*topos*) où est consigné le droit. La conjugaison des deux idées-forces de la doctrine du philosophe de l'utilité, la loi conçue comme source exclusive du droit d'une part et d'autre part l'impératif d'accessibilité, conduit, somme toute assez logiquement, à la codification des lois. Bentham ne dissimule ni au législateur ni à son lecteur la difficulté de l'entreprise : « *La composition*

⁹⁰⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Du style des lois, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. XIII, p. 370.

⁹⁰⁵ *Ibid.*, p. 370. Voir également sur tous ces points, J.-P. DUPRAT, Genèse et développement de la légistique, *Rapport d'étape sur « la confection de la loi »*, Académie des sciences morales et politiques, Mars 2000, pp. 11-26.

*d'un corps complet de loi sera d'autant plus savante qu'il demanderait moins de science pour être compris »*⁹⁰⁶.

Section 2. L'avènement du droit codifié

En matière de codification, les œuvres de Jeremy Bentham restent comme le précise Jacques Vanderlinden, « indiscutablement les œuvres les plus importantes qui sont écrites sur ce sujet », et d'ajouter « ce même avant que le mot « codification » n'ait pas été encore créé par le philosophe »⁹⁰⁷. En effet, d'après le même auteur, le réformateur anglais est « l'auteur qui s'est le plus occupé de la codification dans l'histoire de l'Europe occidentale »⁹⁰⁸. Séverine Nadaud ajoute que « ce mot (codification) est utilisé pour la première fois en 1815 dans une lettre de Jeremy Bentham au tsar de Russie Alexandre 1^{er} pour désigner son projet d'élaborer un code complet de législation appelé Pannomion. L'engagement de Bentham en faveur de la codification est fortement imprégné de positivisme et témoigne de l'aversion du philosophe anglais pour le système de common law ». Cela suffit, d'après elle, à faire de Bentham le philosophe de l'utilité le plus grand théoricien de la codification⁹⁰⁹. Par l'ampleur et la finesse de sa théorie sur la « codification »⁹¹⁰ entièrement dédiée à la réalisation de l'objectif d'accessibilité du droit au nom du principe du plus grand

⁹⁰⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Du style des lois, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. XIII, p. 370.

⁹⁰⁷ Jacques VANDERLINDEN, *Le concept de code dans l'Europe Occidentale* précité, p. 57.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, p. 145.

⁹⁰⁹ *Ibid.*, p. 50 : « en outre, c'est l'Angleterre qui a fourni à l'Europe le plus grand théoricien du problème, en la personne de Bentham ».

⁹¹⁰ *Ibid.*, p. 10, 46, 51, 57-59, 93, 143-145, 163-178, 181-190, 197-209. Séverine NADAUD, *op. cit.*, p. 245, voir la note de Bas de page n°1203. G. GUYON, *op. cit.*, p. 73 : « Le terme Pannomion - du grec « toutes les lois » - apparaît d'ailleurs à de très nombreuses reprises sous la plume de Bentham, qui a préféré ce terme à celui de code, de digeste ou de pandecte ».

bonheur⁹¹¹, notre auteur peut être considéré comme le père de la codification utilitariste.

Le mot codification (« *codificatio* ») vient du latin « *codicem facere* » : l'action qui consiste à faire un code⁹¹² est un phénomène nouveau dans la science juridique, alors que le code, quant à lui, est très ancien. Même si, de nos jours, on tend à confondre les deux concepts, il convient toutefois de les séparer. En effet, il faut distinguer entre code et codification, le mot code existait bien avant celui de la codification⁹¹³. Le mot code, à savoir un recueil de lois, un ensemble des lois et dispositions légales relatives à une matière donnée, vient du latin « *codex* », c'est-à-dire « *tablette de loi* »⁹¹⁴. Il apparaît dès le III^e siècle et est utilisé pour désigner le recueil de lois⁹¹⁵, alors que l'idée de la codification⁹¹⁶ ne voit le jour

⁹¹¹ Séverine NADAUD, *op. cit.*, p. 46 : « Il restait à l'idée de code à trouver son théoricien. Ce rôle allait incomber à Jeremy Bentham (1748-1832) qui est sans aucun doute celui qui s'est le plus intéressé à la codification à quelque époque que soit ; il est notamment le créateur, en langue anglaise, des mots « codification », « codifier » et « codificateur », qui passeront ensuite dans les autres langues européennes, y compris le français, souvent à l'occasion de la traduction de ses œuvres ».

⁹¹² *Ibid.*, p. 245. Voir la note de bas de page n° 1205. Voir sur l'histoire des codifications Rémy CABRILLAC, *Les codifications*, PUF, Paris, 2002. Jacques VANDERLINDEN, *Le concept de code dans l'Europe Occidentale* précité, p. 14. Voir Jacques VANDERLINDEN, *Le code et La codification dans la pensée juridique de J. Bentham* précité, 1964. D. BARANGER, *La Codification*, in *Bentham et la codification* précité, pp. 17-37.

⁹¹³ Pour l'histoire du « code » et « codification », Rémy CABRILLAC, *A la recherche d'une définition*, in *Les codifications*, *op. cit.*, pp. 53-63. Voir notamment pp. 53-54 : « Code et codification sont bien connus du langage courant. Le petit Robert de la langue française propose par exemple les définitions suivantes : - Code : Recueil de lois ; un ensemble des lois et dispositions légales relatives à une matière spéciale. (...) - Codification : action de codifier ; résultat de cette action ». Séverine NANAUD, *ibid.*, p. 245 : « Si les termes de codification et de code semblent indissociables, il faut d'emblée souligner que le code précède considérablement dans le temps l'apparition du concept de codification. ». Voir également sur l'histoire des concepts de code et de codification, Jean GAUDMET, *Codes, collections, compilations : les leçons de l'histoire. De Grégorius à Jean Chapuis*, *Revue Droits*, tome I, n°24, PUF, 1997, pp. 3-16.

⁹¹⁴ Séverine NADAUD, *ibid.*, p. 245

⁹¹⁵ *Ibid.*, p. 245, note de bas de page n° 1202 : « Le mot latin « *codex* » désigne des tablettes de lois, un registre, un livre. Sous l'Empire romain, les feuillets manuscrits sont retranscrits sur un parchemin, puis sur des feuilles de papier. Le codex permet ainsi d'accéder aux divers chapitres du recueil de lois, de manière direct ». *Ibid.*, p. 245 : « le codex désigne une nouvelle manière de présenter les textes juridiques sous forme de feuillets reliés entre eux, mais ne deviendra véritablement d'usage courant qu'au XVIII^e siècle ». Voir sur l'origine et l'évolution du mot code, Jacques VANDERLINDEN, *Le concept de code dans l'Europe Occidentale* précité, pp. 69 ; 72-74, notamment à la page 69 où l'auteur donne une définition du code du point de vue de la forme : « le code est un ensemble, c'est-à-dire le résultat de l'union de parties en un tout ; cette définition met en évidence la cohérence propre du code ».

⁹¹⁶ Séverine NADAUD, *ibid.*, p. 246 : « Au sens étymologique du terme, la codification se définirait *lato sensu*, comme « le rassemblement de textes juridiques

qu'au début du XIX^{ème} siècle, dans les travaux du philosophe anglais, Jeremy Bentham⁹¹⁷. Parmi les termes inventés par notre auteur, en rapport avec la codification, on retrouve notamment le terme « *codifier* » et « *codificateur* »⁹¹⁸.

Qu'entend-il par codification ? La codification se définit au sens large comme une organisation du droit en codes⁹¹⁹, soit en un code thématique à l'instar des codifications françaises par exemple, soit en un code unique couvrant l'ensemble du droit comme le code utilitariste. Dans le second cas, il s'agit de réunir tout le droit dans un recueil unique. Il en est ainsi par exemple de la codification benthamienne, le « *Pannomion* »⁹²⁰, désigné encore sous l'expression « *corps complet de la législation* »⁹²¹. C'est une codification englobant l'intégralité du droit positif comme le souligne G. Guyon : « *Dans l'esprit de Bentham, le terme Pannomion est le plus approprié pour désigner l'ensemble du droit* »⁹²² qu'il s'agit de porter à la connaissance de tous⁹²³. Quant à sa finalité, force est de constater qu'il y a un fondement commun à toutes les formes de codification : le désir de rationaliser le droit⁹²⁴ afin de le rendre accessible et compréhensible pour les

ordonnant les règles relatives à une matière déterminée au sein d'un ouvrage, le code » ». Voir également D. BUREAU, Codification, in *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 225.

⁹¹⁷ G. GUYON, *op. cit.*, p. 71: « *En inventant le néologisme codificateurs et codification, qui apparaissent pour la première fois dans une lettre qu'il adresse en 1815 à Alexandre Ier* ».

⁹¹⁸ *Ibid.*, p. 57.

⁹¹⁹ Rémy CABRILLAC, *ibid.*, pp. 67-69.

⁹²⁰ Jacques VANDERLINDEN, *Code et codification dans la pensée de J. Bentham* précité, p. 45-78. Denis BARANGER, *op. cit.*, p. 19: « *La réalisation d'un « Pannomion », c'est-à-dire d'un corps complet de lois* ». Voir également F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *l'Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 183-84.

⁹²¹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Vue générale dans un corps complet de législation, in *Traité de législation civile et pénale* précité, pp. 307 et s.

⁹²² G. GUYON, *op. cit.*, p. 73.

⁹²³ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Vue générale d'un corps complet de législation, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 307. Voir également Guy BRAIBANT, Utilité et difficultés de la Codification, in *La codification, Revue Droits*, tome I, n°24, p. 62 : « *Le fondement commun de toutes ces codifications, c'est la volonté d'avoir un droit rationnel et accessible; le résultat, c'est un droit codifié, qui se différencie d'un droit non codifié, qui peut être jurisprudentiel ou qui peut être de droit écrit, mais sans réunion en code avec une dispersion de lois et de décrets* ».

⁹²⁴ Rémy CABRILLAC, *op. cit.*, pp. 67-69. Voir également Alain STOWEL, Analyse et utilitarisme dans la pensée juridique de Jeremy Bentham, La systématisation du droit pour Bentham et pour Hart, in *l'Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 309 et s.

citoyens⁹²⁵. L'objectif est l'obtention d'un droit codifié, seul moyen pour remédier aux maux dont souffrent les pays de droit coutumier⁹²⁶. En France, le Chancelier Daguesseau avait proposé dans son « *Mémoire sur les vues générales que l'on peut avoir pour la Réformation de la justice* » publié en 1725, bien avant Bentham, de codifier le droit afin de le porter à la connaissance de tous les sujets⁹²⁷. En Angleterre, le Chancelier Francis Bacon est le premier à suggérer la codification du droit anglais dans un mémoire sur la compilation du droit anglais adressé au roi Jacques I^{er} entre 1616-1618⁹²⁸. Toutefois le réformateur anglais est le seul à faire de la codification de « *l'intégralité* » du droit un moyen au service de l'accessibilité au droit. En d'autres termes, la seule originalité de l'œuvre codificatrice benthamienne est d'en faire l'instrument majeur pour rendre le droit accessible à tous.

De nos jours, tout en s'accordant sur la finalité et sur le résultat escompté de la codification, les théoriciens de la matière divergent sur la manière de codifier. On retrouve en général une dualité dans la conception de la codification : codification « *à droit constant* » et codification « *réformatrice* »⁹²⁹. Guy Braibant appelle la première forme une codification qui « *reform* » et la seconde, une codification qui « *réforme* »⁹³⁰. Au sein de cette seconde catégorie, on peut également distinguer entre celle qui est susceptible d'être qualifiée de semi-innovatrice

⁹²⁵ Rémy CABRILLAC, *op. cit.*, p. 136 : « Toute codification poursuit un objectif technique fondamental (...) : assurer une plus grande sécurité juridique. Comment y parvenir ? Clarté, cohésion, publicité, sécurité, accessibilité, modernité, simplicité. Si l'extrême diversité des formules illustre la variété des solutions apportées par les codificateurs à travers l'histoire et de par le monde, l'idée fédératrice demeure incontestablement celle de la rationalisation du droit ».

⁹²⁶ Guy BRAIBANT, *ibid.*, pp. 61-63.

⁹²⁷ Rémy CABRILLAC, *ibid.*, p. 27 : « De réformer les lois anciennes, d'en faire des nouvelles, et de réunir les unes et les autres dans un seul corps de législation, afin que ceux qui veulent acquérir la science du droit, soit pour défendre les intérêts des plaideurs, soit pour en être les juges, eussent une espèce de code (...) ».

⁹²⁸ F. BACON, *The Works* (éd. Bowring), *A proposition touching the compiling of the laws in England*, vol. II, éd. Bibliothèque royale de Bruxelles, Londres 1778, pp. 540-547. (Cité par Jacques VANDERLINDEN, *Le concept de code dans l'Europe Occidentale* précité, pp. 342-345).

⁹²⁹ Guy BRAIBANT, *op. cit.*, p. 63 : « La dualité de la codification (...) Ce qui est sûr, c'est qu'il y a une codification qu'on appelle aussi innovatoire ou réformatrice et une codification qu'on appelle souvent maintenant « *à droit constant* », qui ne change pas le droit sauf par l'effet de la codification elle-même ».

⁹³⁰ *Ibid.*, p. 69. Rémy CABRILLAC, *ibid.*, p. 69.

dans le sens où elle emprunte en partie au passé et celle qui peut être qualifiée de radicale, dans la mesure où elle effectue une rupture complète avec le droit antérieur⁹³¹. Le champion de cette seconde forme de codification réformatrice est Jeremy Bentham. Sur ce point, ses écrits abondent. Sa doctrine de la codification prend les couleurs d'une double révolution. Il entend d'une part fonder le code sur une nouvelle science du droit (§1) et d'autre part faire de la codification un nouvel art de légiférer (§2).

§1. Le code, fruit de la science du droit

Le sujet de la codification n'a été traité par le philosophe anglais que d'une manière indirecte. Il n'a été abordé explicitement par Jeremy Bentham que dans les lettres adressées aux citoyens des Etats-Unis d'Amérique et dans celles adressées aux Cortès espagnoles et portugaises, et plus méthodiquement dans l'ouvrage intitulé « *Codification Proposal* »⁹³². Dans ce dernier écrit, il présente toute une série de propositions parfaitement enchaînées dans un ordre logique pour réussir une codification complète du droit. Mais sa doctrine est développée d'une manière trop systématique, sous la forme d'une pensée très complexe, qui va à l'encontre de tout ce qu'il veut combattre. Les spécialistes les plus aguerris en la matière trouvent beaucoup de difficultés pour en démêler l'écheveau⁹³³.

Il n'empêche que, prise dans son ensemble, sa théorie de la codification compte révolutionner le droit anglais en faisant de cet

⁹³¹ Rémy CABRILLAC, *op. cit.*, p. 69.

⁹³² Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Codification Proposal*, 11 vol., Londres, 1834 (Univ. Gand - Sém.Philosophie), note n° 100, pp. 461-464. Pour les œuvres consacrées (d'une façon fragmentaire) par Bentham à la codification, on retrouve notamment: *Papers relative to codification* de 1817, « *La codification proposal* » de 1822 et les « *Justice and codification petitions* » de 1829. Voir sur ce point Jacques VANDERLINDEN, *Le concept de code dans l'Europe Occidentale* précité, p. 46 et également Denis BARANGER, *op. cit.*, pp. 17-38.

⁹³³ Jacques VANDERLINDEN, *Le concept de code dans l'Europe Occidentale* précité, p. 46.

instrument un nouvel art pour dire le droit, capable de réaliser l'idéal utilitariste en matière de législation.

Les qualités que l'on est en droit d'attendre d'un code selon les critères de Jeremy Bentham se laissent apercevoir par contraste avec les défauts qui affectent les autres sources de droit concurrentes⁹³⁴. Grâce aux multiples qualités qu'il lui attribue⁹³⁵, le *Pannomion* doit être la source idéale du droit, parfaitement accessible par sa « *cognoscibilité* »⁹³⁶ et sa « *justificabilité* »⁹³⁷. En effet le *Pannomion* se présente comme un code système (A), qui repose sur de nouvelles classifications (B).

A. Un code système

*« Le code, selon les vœux de Bentham, n'est pas seulement l'instrument de la réforme utilitariste, il est aussi l'expression du droit complètement renouvelée »*⁹³⁸.

En matière scientifique, l'esprit de système désigne un ensemble cohérent d'objets de connaissance. C'est dans cette acception que Buffon l'utilise dans *Histoire naturelle*, rédigée entre 1744 et 1788, quand il écrit : *« Il est aisé de sentir que nous ne connaissons rien que par comparaison, et que nous ne pouvons juger des choses et de leurs rapports qu'après avoir fait une ordonnance de ces mêmes rapports, c'est-à-dire un système (...) tout système n'est qu'une composition raisonnée, une ordonnance des choses ou*

⁹³⁴ F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *l'Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 172.

⁹³⁵ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Vue générale d'un corps complet de législation, in *Traité de législation civile et pénale* précité, pp. 366-370. Voir également M. EL SHAKANKIRI, *op. cit.*, pp. 30 et s.

⁹³⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, Vue générale d'un corps complet de législation, in *Traité de législation civile et pénale* précité, tome I, p. 368.

⁹³⁷ M. EL SHAKANKIRI, *ibid.*, p. 33 : « Sans compter le fait, déjà évoqué, que le code intégral de législation réalisera la réforme utilitariste et traduira le renouveau de la science juridique, il présentera les qualités d'intégralité, de la pureté, de la clarté, de la brièveté ; en outre ce code sera parfaitement connu (« *cognoscibilité* ») ».

⁹³⁸ F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *l'Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 172.

des idées qui les représentent, et c'est le génie seul qui peut faire cette ordonnance, c'est-à-dire un système en tout genre, parce que c'est au génie seul qu'il appartient de généraliser les idées particulières, de réunir toutes les vues en un faisceau de lumières (...) de sorte que le tout rassemblé, réuni, puisse présenter à l'esprit un grand tableau de spéculations suivies, ou du moins un vaste spectacle dont toutes les scènes se lient et se tiennent par des idées conséquentes et des faits assortis »⁹³⁹. C'est dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, sous le règne de Louis XV (1715-1774), au temps de la publication de l'Encyclopédie (1751-1772), que naît l'expression « esprit de système ». Elle sert à caractériser la tendance à organiser, à relier les connaissances les unes avec les autres en vue d'en faire des ensembles rationnellement cohérents. Au reste, tel est bien le but avoué de l'Encyclopédie : « Le but d'une encyclopédie est de rassembler les connaissances éparses sur la surface de la terre, d'en exposer le système général aux hommes avec qui nous vivons, et de le transmettre aux hommes qui viendront après nous »⁹⁴⁰. L'esprit de système tend à chercher à discerner sous l'apparence des faits multiples et variés la résultante d'une causalité donnant à l'ensemble une cohérence. L'esprit de système permettrait de passer du stade de l'analyse des faits à une explication synthétique générale.

Dans l'introduction du chapitre traitant *De la codification*, rédigée par E. Dumont, la codification du droit se veut un moyen de réaliser une réforme sociale. Dès lors elle doit se faire conformément au principe de l'utilité générale⁹⁴¹. Ainsi le code se définit, dans la pensée juridique de notre auteur, comme l'instrument le plus efficace pour la réalisation de cette réforme : « alors que le contexte politique, économique et social appelle de profondes transformations qu'il appartient au droit de mener –la liquidation de l'ancien régime et l'établissement d'une formation sociale de type bourgeois– on se saurait se satisfaire des lenteurs de la transformation

⁹³⁹ Cité par P. ROBERT et A. REY, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, tome 9, v° Système, 1, Paris, 1994, p. 115.

⁹⁴⁰ Article Encyclopédie de l'*Encyclopédie* de Diderot, in *Œuvre complète* de Denis Diderot, tome II, Paris, 1818, p. 487. Voir également P. ROBERT et A. REY, *op. cit.*, p. 955.

⁹⁴¹ Voir les observations d'E. Dumont, in Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome. III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, pp. 88-90.

coutumière et du conservatisme des parlements. Faisant table rase du passé, la raison triomphante dictera les préceptes du code selon les vœux de la bourgeoisie bientôt triomphante, et celui-ci transformera le corps social »⁹⁴². Il est utile de rappeler que pour les philosophes du XVIII^e siècle (dont Bentham) en matière politique, le mot système désigne un ensemble de pratiques, de méthodes et d'institutions formant à la fois une construction théorique abstraite et un ensemble coordonné de pratiques destinées à obtenir un résultat déterminé.

Cependant ce qui fait la singularité du code que le réformateur anglais propose, c'est sa prétention à vouloir en faire l'expression d'une science de droit renouvelée⁹⁴³. En effet, sa théorie de la codification se distingue par son prétendu caractère scientifique. Pour F. Ost, ce que Linné a fait pour la botanique et Lavoisier pour la chimie, Bentham entend l'entreprendre pour le droit⁹⁴⁴. Bentham ne s'en cache pas : « *En un mot, je ne crains pas de le dire, j'ai trouvé que dans la partie scientifique du droit on avait tout à désapprendre et tout à refaire* »⁹⁴⁵. Il prétend que sa réforme touche tous les aspects de la législation, d'où son caractère scientifique : « *le langage, la logique, les définitions et les classifications (passion secrète de Bentham), tout devait être repensée à partir d'une théorie du droit réellement scientifique* »⁹⁴⁶. Il faut insister sur ce point. Le XVIII^e siècle donne naissance à cette idée qui prévaut encore largement à la fin du XX^e siècle selon laquelle le progrès de la science va de pair avec celui des idées. Mieux encore, la transposition de la méthode des sciences naturelles aux problèmes moraux, politiques ou juridiques apparaît comme la condition de leur progrès. Il ne faut pas perdre de vue que grâce au développement de leurs méthodes, les sciences naturelles ont permis, au temps des Lumières, des

⁹⁴² F. Ost, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *l'Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 164-165.

⁹⁴³ F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *l'Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 172.

⁹⁴⁴ *Ibid.*, p. 173.

⁹⁴⁵ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Du style des lois, Vue générale d'un corps complet de législation, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 370.

⁹⁴⁶ F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *l'Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 173.

progrès techniques sans précédent⁹⁴⁷. Pour les philosophes du XVIII^e siècle, des progrès analogues doivent pouvoir être réalisés en philosophie, en politique ou en droit. Il suffit de recourir à la même méthode, ... les mêmes causes produisant les mêmes effets⁹⁴⁸. De ce point de vue, il est très significatif que le titre complet de l'Encyclopédie ait été *Encyclopédie ou dictionnaire raisonnée des sciences, arts et métiers par une société de gens de lettres*.

Pour réaliser cette gigantesque réforme de la législation, Bentham s'appuie sur sa nouvelle méthode d'analyse logique : la méthode analytique. Elle est révolutionnaire dans l'histoire de la science juridique. Appliquée à son corps complet de législation, elle va donner lieu à un nouveau mode d'organisation des matières du code

« *Le code constitue un système, il est un ensemble, comprenant lui-même d'autres ensembles qui se subordonnent et se coordonnent* »⁹⁴⁹, souligne J. Carbonnier ou encore R. Cabrillac : « *La codification est plus qu'un multiple de la loi, il y a en elle un esprit de système et de totalité* »⁹⁵⁰. Ainsi le code paraît aux yeux de ces auteurs comme la « *plus idoine*

⁹⁴⁷ La connaissance systématique de la nature avait eu pour effet le développement des arts mécaniques. Tout au long du XVIII^e siècle, dans tous les arts et les métiers, étaient apparues des innovations qui constituaient autant de progrès. En 1733, John Kay avait révolutionné les machines à tisser en inventant la navette. Comme les machines à tisser allaient maintenant si vite que les filatures ne fournissaient plus assez de fil, en 1738, John Wyatt et Lewis Paul réalisèrent la première machine à filer. Dans un autre domaine, en 1763, James Watt commençait ses premières expériences sur la déperdition de la chaleur contenue dans la vapeur. Peu après avoir mis au point un condenseur séparé du cylindre, il fit breveter en 1769 la première machine à vapeur. En France, Vaucanson, qui s'était rendu célèbre par ses automates, - il avait fabriqué le Joueur de flûte traversière en 1737 et le Joueur de tambour en 1738 -, perfectionna le métier à organsiner et créa vers 1745 le premier métier à tisser entièrement automatique. Pour sa part, Benjamin Franklin inventa au milieu du XVIII^e siècle le calorifère et le paratonnerre.

⁹⁴⁸ Rapp. Le témoignage de Portalis : « *Depuis le milieu du dix-huitième siècle, il y a une grande agitation dans les esprits. Nos découvertes et nos progrès dans les sciences exactes et dans les sciences naturelles ont exagéré en nous la conscience de nos propres forces, et ont produit cette fermentation vive qui, de proche en proche, s'est étendue à tout ce qui nous est tombé sous la main. Après avoir découvert le système du monde physique, nous avons eu l'ambition de reconstruire le monde moral et politique ...* », Exposé des motifs sur le projet de loi relatif à la publication, aux effets et à l'application des lois en général, Fenet, VI, p. 37.

⁹⁴⁹ R. CABRILLAC, *op. cit.*, p. 105. J. RAY, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Paris, Alcan, 1926, p. 12.

⁹⁵⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil Introduction*, PUF, Thémis, 24^e éd., 1999, n° 113.

traduction de l'idée de système dans le domaine juridique »⁹⁵¹. Dans la pensée juridique de Jeremy Bentham, les lois doivent être systématisées, hiérarchisées et enfin cohérentes⁹⁵². Pour cela, la codification est indispensable. Le code est le seul à même de rendre le droit le plus accessible et le plus compréhensible possible par le citoyen. Ainsi on retrouve dans son code universel les mêmes attributs que ceux que devraient revêtir une loi, la clarté et la concision notamment, mais surtout la cohérence des dispositions⁹⁵³.

Dans la théorie benthamienne de la législation, la codification comme la loi doit servir d'abord et avant tout la sécurité juridique⁹⁵⁴ des citoyens. D'après F. Ost, cette dernière est considérée par le philosophe anglais comme l'attribut essentiel du droit, c'est-à-dire « *un système juridique moderne devait permettre aux citoyens d'orienter leurs actions en fonction des lois* »⁹⁵⁵. Or, selon le réformateur utilitariste, cet objectif est impossible à atteindre dans un système de droit non écrit⁹⁵⁶, comme le droit de *common law*. Cela est dû, selon lui, à l'absence d'arrangement des dispositions qu'il contient, et même lorsque cet arrangement existe, comme c'est le cas des recueils ou des compilations, il manque cruellement de cohérence. En effet, s'agissant des recueils de droit en Angleterre, la méthode utilisée ne rend pas le droit plus accessible, parce qu'elle ne prévoit qu'un arrangement chronologique des dispositions qu'elle contient. C'est notamment le cas des recueils d'arrêts de la jurisprudence anglaise⁹⁵⁷. Il en est de même de la

⁹⁵¹ R. CABRILLAC, *op. cit.*, p. 105.

⁹⁵² Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, De la méthode, Vue générale d'un corps complet de législation, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. IV, p. 312.

⁹⁵³ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Of Law in General* précité, p. 152. Alain STROWEL, Analyse et utilitarisme dans les pensées juridiques de Bentham et de Hart, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 307 : « *La simple mise par écrit est pour Bentham une condition nécessaire mais non suffisante qui doit permettre d'arriver à un corps complet de législation* ».

⁹⁵⁴ Hugo HARDY, *op. cit.*, p. 5 : « *To mark out the line of the subject's conduct by visible directions, instead of turning him loose into the wilds of perpetual conjecture* ».

⁹⁵⁵ F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 173.

⁹⁵⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Promulgation des lois, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 267.

⁹⁵⁷ Jacques VANDERLINDEN, *Le concept de code dans l'Europe Occidentale* précité, p. 170 : « *C'est dans le dernier de ses écrits, la Petition for codification, que Bentham se montre le plus explicite, lorsqu'il décrit cet obstacle à la connaissance du droit. Le statute law, dit-il, est entassé dans des volumes qui forment une masse plus lourde que celle qu'il n'aurait jamais la force de transporter. De même pour la common law : la collection des livres dans lesquels il faut, à chaque occasion, faire des recherches pour la retrouver est si*

classification du droit anglais réalisée par Blackstone dans ses *Commentaires sur les lois anglaises*⁹⁵⁸.

Un système juridique implique en troisième et dernier lieu une cohérence interne. Les règles juridiques doivent constituer un ensemble rationnel. Elles doivent être logiquement ordonnées et entretenir entre elles des rapports nécessaires. Autant dire qu'elles doivent se conformer aux trois principes d'identité, de contradiction et de raison suffisante. En pratique, elles doivent entretenir entre elles des relations d'interdépendance et se combiner logiquement les unes avec les autres.

Au final, la systématisation du droit dans la pensée juridique benthamienne doit résulter, comme le rapporte A. Strowel, de « *la mise en œuvre de principes (méthodologies) logiques* »⁹⁵⁹. Il ne s'agit de rien d'autre que d'une nouvelle application de la méthode analytique. Cette volonté de systématisation du droit par le code conduit Bentham à définir une nouvelle méthode de classification, « *la méthode d'analyse exhaustive* »⁹⁶⁰. Comme la « *systématicité* » du droit ne découle pas du droit lui-même, mais de l'application à la masse informe des lois de principes extérieurs et *a priori*⁹⁶¹, il s'assigne de la sorte la tâche d'élaborer un système d'exposition du droit dans un code conforme à la raison⁹⁶². Elle se traduit par un mode de classification fondée sur une « *division dichotomique bipartite* »⁹⁶³ des matières du code.

étendue que la maison dans laquelle il vit serait à peine assez grande pour les contenir tous ».

⁹⁵⁸ W. BLACKSTONE (1768), *Commentaires sur les lois d'Angleterre* traduit de l'anglais de la quinzième édition par N. M. Chompré, tome. V, Paris, 29 septembre 2015. Voir également François OST, *op. cit.*, p. 174 et s.

⁹⁵⁹ Alain STROWEL, *Analyse et utilitarisme dans les pensées juridiques de Bentham et de Hart*, in *l'Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 309.

⁹⁶⁰ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Essai on logic* précité, p. 3.

⁹⁶¹ Alain STROWEL, *ibid.*, p. 310.

⁹⁶² Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Of law in general* précité, pp. 29-30.

⁹⁶³ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Essai on logic* précité, p. 3.

B. De nouvelles classifications

« En vérité, cet ouvrage n'est que l'antichambre du (...) bâtiment qui reste à construire ; (...) une introduction à l'ouvrage qui reste à écrire (...) et dans l'objet sera d'établir un critère du vrai et du faux et de l'appliquer aux diverses lois qui se présenteront, ainsi que, par conséquent, aux divers modes de conduites dont elles sont les objets. (...) Avant d'entreprendre l'ouvrage principal, je devais, pour ainsi dire, fabriquer mes propres outils ; classer mes matériaux, les décrire et leur trouver des noms »⁹⁶⁴.

Voilà qui résume toute la volonté de notre auteur de réformer radicalement le droit de son temps. C'est dans un manuscrit datant de l'année 1770, non publié à ce jour, qu'il explique la nécessité de la classification dans la science de la législation⁹⁶⁵.

Evidemment Bentham cherche la méthode de classification la plus à même de porter le droit à la connaissance de tous. Il rejette les méthodes de classifications en vigueur ; il poursuit le projet d'en concevoir une nouvelle, complètement scientifique, qui lui permettrait la réalisation de son code universel. Son refus de recourir aux classifications existantes est dû essentiellement au fait qu'elles ne sont pas fondées en raison, car elles ne sont qu'une réponse empirique au besoin purement pratique : ordonner méthodiquement une compilation des règles de droit⁹⁶⁶.

⁹⁶⁴ UC, cxi, Mss Bentham, University College London, boîte cxi, feuillet 21, (cité par Emmanuelle de CHAMPS, *La déontologie politique*, op. cit., p. 35).

⁹⁶⁵ Gaston BRAIVE, Jeremy Bentham (1748-1832), in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 14. Voir également Françoise TULKENS, Les principes du code pénal de Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 648.

⁹⁶⁶ Anne BRUNON-ERNST, Délimiter la branche civile du droit : Bentham et la quête impossible, in Bentham Juriste, *Revue d'Etudes Juridiques*, n° 36, op. cit., p. 188 : « Il en existe plusieurs mais elles n'avaient pas fait l'objet jusqu'à présent d'une étude permettant de refondre le classement d'une certaine manière les branches du droit. Il s'agit des oppositions entre droit substantif et droit adjectif, droit de la punition et droit de la récompense, droit direct et droit indirect, droit général et droit particulier, droit permanent et droit transitoire, et en dernier lieu l'opposition entre code de droit et code de formulaire ».

C'est dans les manuscrits *Of Law in General* et *Legislator of World* que notre auteur expose sa classification⁹⁶⁷. Elle se caractérise par une nouvelle règle de division des matières du code (1^o) d'une part et par une nouvelle logique d'ordonnancement des dispositions (2^o) d'autre part.

1^o. Une nouvelle division des matières

« *Un corps de lois est comme une vaste forêt : mieux il est percé, plus il est connu* »⁹⁶⁸. C'est ainsi que Bentham entame son chapitre sur la *Vue générale d'un corps complet de législation*. Il se dispose à mettre l'accent sur la confusion qui caractérise la science juridique de son temps en stigmatisant le désordre existant dans la législation des différents pays de l'Europe. Selon Jacques Vanderlinden, son originalité par rapport aux projets des autres réformateurs sociaux de son époque⁹⁶⁹ est de placer au centre de ses préoccupations le mode d'ordonnancement des dispositions législatives.

Afin que le corps de lois puisse revêtir véritablement la qualité de code, il faut que son contenu soit organisé de façon ordonnée de telle sorte que les individus qui souhaitent le consulter ne trouvent aucune difficulté à découvrir ce qu'ils recherchent. Or aucune des méthodes existantes n'est en mesure de satisfaire à cette exigence⁹⁷⁰.

⁹⁶⁷ Anne BRUNON-ERNST, Délimiter la branche civile du droit : Bentham et la quête impossible, in Bentham Juriste, *Revue d'Etudes Juridiques*, n° 36, *op. cit.*, p. 188.

⁹⁶⁸ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Vue générale d'un corps complet de législation, in *Traité de législation civile et pénale* précité, pp. 307 et s.

⁹⁶⁹ Jacques VANDERLINDEN, *Le concept de Code dans l'Europe Occidentale* précité, p. 172.

⁹⁷⁰ *Ibid.*, pp. 173 et s.

Pour notre auteur, la clef de la codification est la division logique du droit. Elle seule assurera le meilleur droit possible, « *law as is ought to be* »⁹⁷¹.

C'est dans son *Essai sur les Nomenclatures et la classification des principales branches d'Art-et-Science* qu'il détaille sa méthode de division logique⁹⁷². C'est cette dernière qui, par ailleurs, traduit le mieux l'intention de notre auteur de faire du droit une science exacte au même titre que les autres sciences naturelles. En effet, il applique dans la division des matières du code une méthode qu'il présente comme inspirée d'elles.

Fidèle à sa méthode analytique, le réformateur anglais commence d'abord par énoncer les principes sur lesquels il entend s'appuyer pour mettre en œuvre sa division logique du droit contenu dans son *Pannomion*. Il s'agit de la méthode dichotomique de division. « *Pour rédiger un corps de lois complet, il faut connaître toutes les parties qui doivent y entrer. Il faut savoir ce qu'elles sont en elles-mêmes, et les unes par rapport aux autres* »⁹⁷³.

Cette méthode de division des matières qu'il souhaite utiliser dans son code utilitariste donne lieu à une répartition en deux parties complètement distinctes, mais complémentaires d'une part et complètes d'autre part. Cette distribution s'opère ainsi : d'un côté, 1^o les divisions usitées et d'un autre 2^o les divisions nouvelles.

D'après lui, c'est l'unique moyen susceptible de réaliser une division exhaustive du contenu du code, « *la somme des parties devra être égale au tout divisé, et pour ainsi dire épuiser le contenu de ce tout* »⁹⁷⁴. Il avance

⁹⁷¹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 91. Voir également Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Principe de législation*, in *Traité de législation civile et pénale* précité, pp. 9 et s.

⁹⁷² Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, chapitre I, pp. 311 et s. Bentham détaille les principes sur lesquels est fondée sa nouvelle méthode en opposition avec les méthodes utilisées à son époque dans les différents domaines scientifiques. C'est notamment le cas à travers sa critique des classifications de d'Alembert. Voir notamment le chapitre II et suivants.

⁹⁷³ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Vue générale d'un corps complet de lois*, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 307.

⁹⁷⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 324.

que seule une telle méthode dichotomique de division du contenu du code permet de rendre le code parfaitement prévisible et, par voie de conséquence, accessible à tous⁹⁷⁵. « *C'est ce qui a lieu lorsqu'en prenant le corps dans son entier, on le divise en deux parties, telles que tout ce qui appartient au corps intégral se trouve compris dans l'une ou dans l'autre, et que rien ne se trouve à la fois dans toutes les deux* »⁹⁷⁶.

La mise en œuvre de cette méthode donne naissance à treize divisions particulières du contenu du code complet, réparties en deux catégories distinctes, mais complètes pour faciliter encore plus leur accessibilité aux citoyens.

1°. **Divisions usitées**⁹⁷⁷ : cette première division des matières du code se subdivise en sept parties :

- *Droit interne et droit international* ;
- *Droit civil et droit pénal* ;
- *Droit civil, droit pénal et droit constitutionnel*. Ce troisième domaine du droit a été dégagé plus tardivement par Bentham, c'est seulement en 1789 qu'il en fait un domaine à part entière⁹⁷⁸ ;
- *Droit civil (ou temporel) et droit ecclésiastique (ou spirituel)* ;
- *Droit civil et droit militaire* ;
- *Loi écrite et loi non écrite (ou droit coutumier)* ;
- *Lois naturelles, lois économiques et lois politiques*.

2°. **Divisions nouvelles**⁹⁷⁹ : six parties :

- *Lois substantives et lois adjectives*⁹⁸⁰ ;

⁹⁷⁵ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Vue générale d'un corps complet de lois, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 307.

⁹⁷⁶ *Ibid.*

⁹⁷⁷ *Ibid.*, pp. 307-308.

⁹⁷⁸ Emmanuelle de CHAMPS, Le droit Constitutionnel dans le *Pannomion*, in *La déontologie politique ou la pensée constitutionnelle de Jeremy Bentham* précité, pp. 143 et s.

⁹⁷⁹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Vue générale d'un corps complet de lois, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 308.

⁹⁸⁰ Jeremy Bentham distingue ainsi deux catégories de lois, les lois adjectives (adjective laws), c'est-à-dire les lois de la procédure qui ont pour but de mettre en œuvre la deuxième catégorie, à savoir les lois substantives (substantive laws). Cf. *supra*, p. 29. Sur

- *Lois coercitives (punissantes) et lois attrayantes (rémunératoires) ;*
- *Lois directes et lois indirectes ;*
- *Lois générales et recueil de lois particulières ;*
- *Lois permanentes et lois nécessairement passagères ;*
- *Code des loi-mêmes et code des formulaires.*

Pour notre auteur, cette méthode d'analyse, qui se veut scientifique, est universelle, valable pour tous les pays désirant codifier leur législation conformément au principe de l'utilité. Chaque partie de cette division générale du code doit être exhaustive.

De toutes ces divisions proposées, Bentham préfère pour son corps complet de législation la troisième, à savoir « *droit pénal, droit civil et droit constitutionnel* », car elle est de toutes les divisions énumérées la « *plus complète, la plus usitée et la plus commode* »⁹⁸¹.

Cette division donne naissance à trois codes distincts : code pénal, code civil et code constitutionnel, selon leur ordre d'importance dans la théorie benthamienne de la codification. D'après lui, la division du corps complet de législation en trois catégories ne fait qu'augmenter l'accessibilité des citoyens au droit.

Dans le système benthamien de législation, on ne peut concevoir une loi particulière sans faire référence à un corps complet de législation. Toute loi entre nécessairement dans l'un des trois domaines. De la sorte le code ne peut pas ne pas contenir l'ensemble du droit en vigueur⁹⁸².

Dans son *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, il précise qu'il est impossible d'étudier les parties du droit indépendamment du tout : « *L'idée d'une loi, c'est-à-dire d'une seule loi entière, est d'une certaine façon inséparable de l'idée d'un corps complet de lois : ainsi, ces*

ce point Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Constitutional Code* précité, t. IX précité, pp. 430 et s.

⁹⁸¹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Vue générale d'un corps complet de lois, *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 308.

⁹⁸² Emmanuelle de CHAMPS, Le droit Constitutionnel dans le *Pannomion*, in *La déontologie politique* précité, p. 143.

*deux questions, ce qu'est une loi, et quel est le contenu d'un corps complet de droit, ne peuvent pas trouver de réponse indépendamment l'une de l'autre »*⁹⁸³.

Du point de vue de l'accessibilité, diviser le code universel en deux codes, puis en trois, n'est opéré que « *pour la commodité de la distribution* »⁹⁸⁴. Cela ne veut nullement dire que la réalisation d'un code général, unique et complet est impossible. Au contraire, ajoute-il encore, « *on pourrait disposer toutes les lois sur un seul plan, sur une seule mappemonde* »⁹⁸⁵. Toutefois il juge préférable de recourir à cette division, car, conclut-il dans son chapitre III sur *Du rapport du pénal et du civil* que « *le corps de droit, sous ce point de vue, cesse d'être un épouvantail par son immensité. On aperçoit les moyens de le mesurer, d'en saisir l'ensemble, et d'en ramener toutes les parties vers un centre commun* »⁹⁸⁶.

Jeremy Bentham estime que cette division ne suffit pas pour faciliter l'accessibilité du corps complet de législation. Encore faut-il classer les lois dans chaque code, par un ordre logique, tel que chacun puisse en prendre connaissance.

2°. Une nouvelle logique d'ordonnement

Afin d'établir le droit tel qu'il devrait être, conformément au principe unique de l'utilité, le droit doit obligatoirement être organisé selon un « *arrangement naturel* » par opposition à « *l'arrangement technique* »⁹⁸⁷, c'est-à-dire, un arrangement auquel « *les hommes en général sont, par la*

⁹⁸³ Jeremy BENTHAM, *Œuvres, Introduction to the Principles of Morals and Legislation* précité, p. 299.

⁹⁸⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Vue générale d'un corps complet de lois, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 312.

⁹⁸⁵ *Ibid.*

⁹⁸⁶ *Ibid.*

⁹⁸⁷ Voir sur ce point : la note de Philippe SCHOFFIELD, *op. cit.*, p. 137.

*constitution commune de la nature humaine, disposés à prêter attention »*⁹⁸⁸.

Bentham a médité longtemps sur le plan idéal de son corps de législation et a proposé plusieurs versions différentes les unes des autres, selon les critères choisis pour chaque code. Dans son ouvrage *Vue générale d'un corps complet de législation*⁹⁸⁹, il privilégie deux méthodes d'arrangement possibles de son *Pannomion*. Comme l'explique très bien F. Ost : « *tantôt il pense à un ordre rationnel (du général au particulier, de l'essentiel à l'accessoire, de l'usuel à l'occasionnel), tantôt il privilégie un ordonnancement pratique, le code se présentant alors sous forme d'une série de titres concrets répondant à des situations de vie bien précises (« héritier », « emprunteur », « père », « chevaux », (...))* »⁹⁹⁰.

Sur le plan logique, Bentham pense qu'il faut que l'ordonnancement des matières soit fait de façon à ce que chaque individu puisse, de la manière la plus simple, prendre connaissance de la loi qui régit sa situation⁹⁹¹. Comme à l'accoutumée, notre auteur souligne qu'il ne faut négliger aucun moyen susceptible « *de porter le code à la connaissance de ses destinataires* »⁹⁹².

Le renouveau des classifications que propose le réformateur utilitariste s'appuie sur un nouveau modèle théorique utilitariste **(a)** qui aboutit à une classification nouvelle des dispositions du code, ainsi que l'illustre le plan de son code pénal **(b)**.

⁹⁸⁸ Jeremy BENTHAM, *Œuvres, A Fragment on Government* précité, p. 415. Voir également Philippe SCHOFFIELD, *ibid.*, pp. 137-139.

⁹⁸⁹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III. *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, Voir notamment les pages 93 et pages 312-313, 351-352. Voir également F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 85-86, l'auteur expose que, par ailleurs, ces différents critères dans l'arrangement rationnel s'expliquent le plus souvent par le fait que Bentham favorise le code pénal qui doit être inscrit « *au frontispice du Pannomion* ».

⁹⁹⁰ F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 185.

⁹⁹¹ *Ibid.*

⁹⁹² *Ibid.*, p. 186.

a) Le modèle théorique utilitariste

« Un corps complet de loi est un mécanisme vaste et complexe dont on ne peut pas expliquer les parties séparément. Pour comprendre les fonctions du balancier, il faut démonter entièrement la montre : pour comprendre la nature d'une loi, il faut démonter entièrement le code »⁹⁹³. Il reste à savoir dans quel ordre les lois doivent être classées dans le code afin de lui permettre une plus grande accessibilité. Dans le chapitre IV de son *Traité Vue général d'un corps complet de législation* qu'il consacre à la méthode à suivre dans l'arrangement des lois dans le code, Bentham insiste sur l'importance d'un choix de l'ordre le « plus convenable à la généralité du peuple »⁹⁹⁴ afin qu'il serve de guide aux individus. « Les usages particuliers de la méthode varient, mais son usage général est de permettre aux hommes de comprendre les choses qu'elle a pour sujet. Comprendre une chose, c'est connaître ses qualités ou ses propriétés. (...) Pour comprendre à la perfection, on doit donc être informé de tous les points selon lesquels elle s'accorde avec toutes les autres choses et de tous les points selon lesquels elle en diffère. Quand on considère en même temps un certain nombre d'objets qui composent un ensemble logique, tous ces objets possédant l'un par rapport à l'autre une certaine convergence, ou concordance, dénotée par un certain nom, il n'y a qu'un seul moyen de fournir une connaissance parfaite de leur nature, et c'est en les distribuant à l'aide d'un système de lots qui forment chacun une partie soit d'un autre lot soit, en tout cas, de l'ensemble commun »⁹⁹⁵.

Cette méthode donne lieu à une organisation des branches du droit dynamique, souple et changeante, car « elle dépend non pas de la nature des

⁹⁹³ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* précité, p. 299.

⁹⁹⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Vue générale d'un corps complet de lois*, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 312.

⁹⁹⁵ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* précité, p. 187, (traduction Emmanuelle de CHAMPS, *Le droit Constitutionnel dans le Pannomion* précité, pp. 62-63).

lois, mais de l'angle sous lequel on les aborde à un moment donné »⁹⁹⁶. Bentham qualifie ce mode d'arrangement des dispositions du code et de classement des matières d'ordre « naturel »⁹⁹⁷.

« C'est par rapport à un individu donné, celle (l'idée) qui se présente la première à son esprit, celle qu'il saisit avec le plus de facilité. Cela étant, qu'un individu en invente une qui soit à lui, elle doit lui paraître la plus naturelle, et l'être en effet par rapport à lui. Mais s'il s'agit des hommes en général, la classification la plus naturelle sera qui leur présentera les objectifs sous les qualités les plus frappantes et les plus intéressantes. Or, qu'y a-t-il de plus frappant et de plus intéressant pour un être sensible que les actions humaines considérées sous le rapport du mal qui peut en résulter pour lui et pour ses semblables ? »⁹⁹⁸. Dans cette perspective, notre auteur s'emploie à énoncer les règles de cette méthode⁹⁹⁹ supposée propre à réaliser une classification parfaite des lois dans le code. D'après lui, tout codificateur utilitariste devrait s'appuyer sur cinq principes pour ordonner les lois dans son code universel :

1°. « La partie des lois qui portent plus clairement l'empreinte de la volonté du législateur, doit précéder les parties où sa volonté ne se montre qu'indirectement »¹⁰⁰⁰. Dans ce premier classement, Bentham fait précéder le code pénal par rapport aux deux autres codes, car il considère que dans le code pénal, le législateur s'adresse par des commandements (défend, ordonne, permet) directement à chaque individu en précisant les règles de conduite pour chacun, alors que dans les autres codes (civil et constitutionnel), le législateur réglemente plus qu'il ne commande, il s'adresse indirectement aux individus. En matière de lois pénales, le législateur utilise un langage plus direct que pour les deux autres droits. De

⁹⁹⁶ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* précité, p. 187, (traduction Emmanuelle de CHAMPS, *Le droit Constitutionnel dans le Pannomion* précité, p. 144.

⁹⁹⁷ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Vue générale d'un corps complet de lois, in *Traité de législation civile et pénale* précité, pp. 312-313 : « C'est l'ordre selon lequel il sera plus aisé de consulter la loi, de trouver le texte qui s'applique à un cas donné, et d'en saisir le véritable sens ».

⁹⁹⁸ *Ibid.*, p. 324. Voir chapitre. VII, Avantages de cette classification des délits.

⁹⁹⁹ *Ibid.*, p. 312.

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*, p. 312.

surcroît le code pénal est le plus complet. Bentham estime que les lois pénales sont les seules lois « *à faire une suite régulière, un tout complet* », car il pense que les lois civiles et constitutionnelles ne constituent « *que des fragments détachés appartenant aux lois pénales* »¹⁰⁰¹. En vérité, tout cela ne constitue guère une absolue nouveauté à l'époque de notre auteur. Déjà, dans le Livre préliminaire du Code civil, la loi est considérée avant tout comme un commandement : « *Elle (la loi) ordonne, elle permet, elle défend, elle annonce des récompenses et des peines* »¹⁰⁰². De fait, cette disposition elle-même est une variation sur un texte du Digeste, tiré des écrits du jurisconsulte romain Modestin : « *La loi commande, défend, permet et punit* »¹⁰⁰³ ;

2°. « *Les lois qui vont le plus directement au but de la société, doivent précéder celles dont l'utilité, toute grande qu'elle est, n'est pas aussi évidente* ». Ce critère découle directement du premier principe. Selon ce critère, l'ordre doit être le suivant, le code pénal, le code civil et, en dernier, le code constitutionnel. Cet ordre s'explique par l'importance de l'idée du « *délit* » dans la théorie benthamienne de législation ainsi que l'étroite relation qui existe entre délit, droit, obligation et service. Partant de là, l'auteur du *Pannopticon* écrit que « *les idées de loi, de délit, de droit, d'obligation, de service, sont donc des idées qui naissent ensemble, qui existent ensemble, qui demeurent inséparables* »¹⁰⁰⁴. Ainsi, dans la relation qu'il établit entre les idées de lois, délits, obligations et services, notre auteur considère que tout part de l'idée de délit¹⁰⁰⁵. D'après lui « *ce n'est qu'en créant des délits (c'est-à-dire en érigeant certaines actions en délits)*

¹⁰⁰¹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Vue générale d'un corps complet de lois, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 314.

¹⁰⁰² Titre Ier, art. 7 alinéa 1, Fenet, tome II, p. 7

¹⁰⁰³ MODESTIN, D. 1, 3, 7 : « *Legis virtus baec est imperare, vetare, permittere, punire* ».

¹⁰⁰⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Vue générale d'un corps complet de lois, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 309.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*, p. 309 : « *Ainsi, déclarer par une loi que tel ou tel acte est prohibé, c'était ériger cet acte en délit. Assurer aux individus la possession de tel ou tel bien, c'était leur conférer des droits. Ordonner aux hommes de s'abstenir de tous les actes qui pouvaient nuire à la jouissance de tels ou tels autres, c'était leur imposer d'une obligation. Les assujettir à contribuer par tel ou tel acte à la jouissance de leur semblables, c'était les soumettre à un service* ».

que la loi confère des droits »¹⁰⁰⁶ et il ajoute que si, dans ce cas, la loi confère un droit, « *c'est en donnant la qualité de délits aux diverses actions par lesquelles la jouissance de ce droit serait interrompue ou contrariée* ». Par conséquent, conclut Bentham, la division des droits « *peut donc se rapporter à la division des délits* »¹⁰⁰⁷.

3°. « *Les titres les plus faciles à concevoir doivent précéder ceux dont la conception est moins simple* »¹⁰⁰⁸. Il tire un nouvel exemple du code pénal, Bentham pense que les lois qui protègent les personnes doivent précéder celles qui protègent la propriété ;

4°. « *Si, de deux objets, l'on peut parler du premier sans parler du second, et qu'au contraire la connaissance du second suppose celle du premier, c'est au premier qu'il faut donner la priorité* »¹⁰⁰⁹. Exemple du droit pénal : il donne la priorité aux délits envers les personnes avant ceux envers le public, et ceux envers les individus avant ceux envers la population ;

5°. « *Les lois dont l'organisation est complète, c'est-à-dire, qui ont tout ce qu'il faut pour produire leur effet, pour être mise en exécution, doivent marcher avant celles dont l'organisation est nécessairement défectueuse* »¹⁰¹⁰. Suivant ce classement, les lois constitutionnelles doivent être classées après les lois pénales et les lois civiles.

Cette classification est, comme le souligne Emmanuelle de Champs, la plus « *naturelle* », comme pour les sciences du vivant, par opposition aux classifications antérieures dites « *techniques* »¹⁰¹¹. Bentham s'en explique dans son *Fragment sur le gouvernement* (1776) : « *Je pose qu'un classement des matières d'une science, quelle qu'elle soit, s'appelle un classement naturel, lorsqu'il considère les propriétés par lesquelles il les*

¹⁰⁰⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Vue générale d'un corps complet de lois*, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 309.

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*, p. 313.

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*

¹⁰¹⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *Vue générale d'un corps complet de lois*, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. II, p. 313.

¹⁰¹¹ Emmanuelle de CHAMPS, Le droit Constitutionnel dans le *Pannomion*, in *La déontologie politique* précité, pp. 670-671.

caractérise, comme les hommes sont, en général par la constitution ordinaire de la nature humaine, disposés à les remarquer ; autrement dit, des propriétés qui naturellement, c'est-à-dire spontanément, sollicitent et retiennent fermement l'attention de toute personne à qui elles se présentent »¹⁰¹².

Dans la *Déontologie*, il éclaire encore sa méthode de classification des lois dans le code : « Elle est la plus naturelle : constituée c'est-à-dire de façon à trouver dans l'esprit l'entrée la plus facile et l'assiette la plus ferme. Car qu'est-ce qu'une classification naturelle ? C'est par rapport à un particulier donné, celle qui n'importe pourquoi se présente la première à son esprit. (...) Mais s'il s'agit des hommes en général, quelle est celle qui doit leur paraître la plus généralement naturelle, si ce n'est celle qui cherche à leur faire connaître les objets qui ont avec leurs intérêts la liaison la plus intime ? Or intéresser un être sensible, c'est exercer une influence plus ou moins considérable sur son bien-être »¹⁰¹³.

De ce classement, Bentham a déduit définitivement la prépondérance de l'idée de *délit* en matière de législation et donc de la primauté des lois pénales sur les lois civiles et constitutionnelles dans le classement qu'il établit. Aussi bien ne regarde-t-il pas à écrire : « Chaque loi pénale est la suite, la continuation, la terminaison d'une loi civile. »¹⁰¹⁴. Selon notre auteur, cela relève du principe du plus grand bonheur que de faire des lois pénales la priorité de tout législateur, car, dans le système utilitariste de législation qu'il établit, le réformateur utilitariste estime que « l'idée fondamentale, l'idée qui sert à expliquer toutes les autres, c'est celle de délit. Elle a une clarté par elle-même, parce qu'elle présente une image ; elle s'adresse aux sens, elle est accessible aux intelligences les plus bornées. Délit, c'est un acte dont il résulte du mal »¹⁰¹⁵.

¹⁰¹² Jeremy BENTHAM, *Fragment sur le gouvernement*, *Manuel de sophismes politiques* précité, (traduction de Jean-Pierre CLEO), pp. 13-14.

¹⁰¹³ UC, xxxiii, 127 (cité par Emmanuelle de CHAMPS, *La déontologie politique* précité, p. 147).

¹⁰¹⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Principes de législation, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 212.

¹⁰¹⁵ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Relation entre les lois, délits, obligations et service, Vue générale d'un corps complet de législation, in *Traité de législation civile et*

Pour que l'arrangement des dispositions du code permette à tous les intéressés d'avoir une connaissance facile de la loi il faut à côté des classifications précédentes que dans chaque branche de droit, une classification des lois, le philosophe de l'utilité met en œuvre cette méthode naturelle dans son projet de plan du code pénal.

b) Un modèle pratique : le code pénal

Le modèle benthamien du code pénal est la stricte application de son modèle théorique de classement. Conformément à sa méthode dichotomique à vocation exhaustive, il commence par délimiter le domaine étudié : le droit pénal. Ensuite il le divise en deux parties et, enfin, chacune est divisée en plusieurs sous-parties.

La nouveauté de la méthode logique que propose Bentham est l'introduction de l'idée de délit dans la structuration général du code¹⁰¹⁶. Cela explique la place qu'il accorde au droit pénal dans sa théorie générale du droit. Sa critique de toutes les méthodes d'ordonnement existantes depuis le droit romain jusqu'aux différents codes rédigés avant le XIX^{ème} siècle en passant par l'arrangement des lois anglaises réalisé par Blackstone en Angleterre dans la deuxième moitié du XVIII^{ème} siècle¹⁰¹⁷ est fondée sur la reconnaissance du délit comme pierre angulaire du droit¹⁰¹⁸. Selon Emmanuelle de Champs¹⁰¹⁹, ce classement établi par Bentham procède de son intérêt originel pour la réforme du droit pénal anglais, il y consacre la

pénale précité, chapitre II, p. 310. Voir Emmanuelle de CHAMPS, Le droit Constitutionnel dans le *Pannomion*, in *La déontologie politique* précité, p. 147.

¹⁰¹⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Vue générale d'un corps complet de lois, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 309 : « Ce n'est qu'en créant des délits (c'est-à-dire, en érigeant certaines actions en délits) que la loi confère un droit. Si elle confère un droit, c'est en donnant la qualité de délits aux diverses actions par lesquelles la jouissance de ce droit serait interrompue ou contrariée. La division des droits peut donc se rapporter à la division des délits ».

¹⁰¹⁷ *Ibid.*, pp. 313-314.

¹⁰¹⁸ Emmanuelle de CHAMPS, Élément d'une théorie constitutionnelle, in *La déontologie politique* précité, pp. 146-147.

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, chapitre III, pp. 137 et s.

plupart de ses écrits notamment durant la décennie 1780, comme le révèle son *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* publiée en 1789.

Durant cette période, le travail de notre auteur est orienté exclusivement vers la branche pénale, car c'est à partir de son projet de réforme du droit pénal que Bentham entend réformer tout le droit. C'est en grande partie l'explication de l'absence du droit constitutionnel dans ses travaux durant cette période. C'est ce que confirment, par ailleurs, les manuscrits publiés au cours du XX^{ème} siècle dans *Of Laws in General* (1970)¹⁰²⁰. En effet, ce n'est qu'à la suite de son rapprochement avec le cercle de l'ancien ministre libéral Lord Shelburne dans la propriété de Bowood au milieu des années 1780, que Bentham commence à s'intéresser à la branche constitutionnelle du droit¹⁰²¹. A la question de savoir pourquoi il ne consacre pas de chapitre à cette branche du droit dans son *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, notre auteur invoque alors pour se justifier des considérations méthodologiques : « *Ma façon de procéder (dans l'ordre de la rédaction, qui diffère en bien des points de l'ordre de l'investigation) est de considérer d'abord ce qui est possible, puis ce qui est souhaitable, et enfin ce qui est établi* »¹⁰²². Mais il avoue tout de même, dans l'une de ses lettres adressées à Lord Shelburne que « *cette branche (droit constitutionnel), pour importante qu'elle soit, ne s'était pas encore présenté à mes yeux comme distincte : le fil de mes recherches ne l'avait pas encore atteinte* »¹⁰²³. Durant les années 1820, le père de la codification utilitariste change radicalement de position. Il accorde une importance considérable à cette branche du droit, mais sans pour autant que cela influe

¹⁰²⁰ C. W. EVERETT, Sous le titre *The Limits of Jurisprudence Defined*, II, p. 100 (cité par Emmanuelle de CHAMPS, *La déontologie politique* précité, p. 137.

¹⁰²¹ Emmanuelle de CHAMPS, *La déontologie politique* précité, chapitre III, p. 139 : « *Il est révélateur que c'est Shelburne qui attire l'attention de Bentham sur les implications de ses réflexions dans le domaine du droit constitutionnel : en tant qu'homme politique, il cherche un éclairage sur les principes du droit et de gouvernement dans les écrits de son hôte* ».

¹⁰²² Correspondance of Jeremy Bentham, vol. III, 1781-1788, éd. Ian R. Christie, Londre : Athlone Press, 1971, p. 28.

¹⁰²³ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* précité, p. 281.

sur l'ordre déjà établi : la branche pénale reste la plus importante, les deux autres ne sont que des corollaires, des émanations.

Après avoir justifié la place centrale des lois pénales, Bentham commence par les classer selon le même mode que les délits car, pour l'utilitariste, « *faire une loi pénale, c'est créer un délit. [...] La distribution des lois pénales sera donc la même que celle des délits* »¹⁰²⁴.

Cependant, avant de classer les lois pénales, il convient d'abord de définir les délits, car, en « *déterminant, dénominant, arrangeant, dénombrant les délits, on aura déterminé, dénommé, arrangé, dénombré les lois pénales* ». Il considère que si le législateur suit cette méthode de classement dans l'arrangement des lois du code pénal, c'est le code universel dans sa totalité, toutes lois confondues, qui en tirera les bénéfices : « *Voilà l'ordre qui se fonde sur une base manifeste et inaltérable. Le règne du chaos est fini* »¹⁰²⁵ avertit Bentham.

En réalité, par sa nouvelle méthode de classification, le philosophe de l'utilité nous fait la démonstration d'une classification complète des lois pénales¹⁰²⁶. Dans un tel code, il ne peut y avoir de loi pénale à laquelle on ne puisse trouver sa véritable place¹⁰²⁷. Il considère que dans son code, rédigé conformément à ses vœux, une mauvaise loi ne saurait trouver sa place. Dans un classement pareil, une mauvaise loi sera ainsi soulevée par le codificateur très facilement et procédera soit à sa correction soit à sa suppression¹⁰²⁸.

Conformément à la philosophie utilitariste, le législateur ne doit prendre en compte que les délits nuisibles au plus grand nombre¹⁰²⁹. Bentham est conduit ainsi à les diviser en quatre classes :

¹⁰²⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Vue générale d'un corps complet de législation, in *Traité de la législation civile et pénale* précité, chap. XXXI, p. 314.

¹⁰²⁵ *Ibid.*, p. 314.

¹⁰²⁶ *Ibid.*, pp. 366-367.

¹⁰²⁷ *Ibid.*, p. 265.

¹⁰²⁸ *Ibid.*, p. 266.

¹⁰²⁹ *Ibid.*, p. 315 : « *Sous le principe de l'utilité, on ne doit ranger parmi les délits que les actes qui peuvent être nuisibles à la communauté* ».

- *Première classe : délits privés*¹⁰³⁰. Après avoir divisé les actes nuisibles à la communauté, Bentham fait la distinction entre ceux qui nuisent à un individu assignable¹⁰³¹ et ceux qui nuisent à plusieurs personnes en même temps sans qu'on puisse déterminer individuellement les auteurs du délit : par exemple les personnes d'une même profession. Cette première classe de délits ne concerne que les actes nuisibles à des personnes assignables à l'exception de l'auteur de l'acte (le délinquant). Ces délits privés affectent un individu dans sa personne, dans sa propriété, dans sa réputation ou dans sa condition. A partir de là, Bentham en a déduit quatre délits privés : contre la personne, contre la propriété, contre la réputation et enfin contre la condition¹⁰³². Le réformateur anglais distingue encore entre les conditions domestiques, lorsqu'elles ont lieu au sein de la famille et les conditions civiles, lorsqu'elles ont lieu hors du cercle familial.
- *Deuxième classe : délit contre soi-même*¹⁰³³. Il s'agit d'actes d'erreur ou d'imprudence. Ils sont de la même nature que ceux de la première classe (délits privés), car « *le mal que nous pouvons éprouver de la part des autres, nous pouvons le faire à nous-même* » souligne Bentham¹⁰³⁴. Ils sont au nombre de quatre catégories :
 - Des actes contre la personne : injures corporelles simples comme l'excès d'intempérance ;
 - Des actes contre l'honneur : telles que les confessions indiscretes (des révélations inconsidérées) ou la négligence de la réputation (pratiques indécentes à la vue d'autrui) ;

¹⁰³⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Vue générale d'un corps complet de législation, in *Traité de la législation civile et pénale* précité, chap. XXXI, p. 315

¹⁰³¹ *Ibid.*, p. 315, voir la note de bas de page n°1 où Bentham explique ce qu'il entend par cette qualification : « *Individu assignable est celui qu'on peut désigner de tout autre, soit par son nom, soit par quelque circonstance particulière* ».

¹⁰³² *Ibid.*, p. 318.

¹⁰³³ *Ibid.*, p. 319 : « *la subdivision de ces délits est exactement la même que celle des délits privés. Le mal que nous pouvons éprouver de la part des autres, nous pouvons nous le faire à nous-mêmes* ».

¹⁰³⁴ *Ibid.*, chap. XXXI, p. 319.

- Des actes contre la propriété : telle que la destruction de ses propres biens ou la conclusion d'un contrat imprudent¹⁰³⁵;
 - Des actes contre la condition : investissement d'un état injurieux à soi-même tel qu'un mariage raté ou un divorce téméraire.
- *Délits demi-publics*¹⁰³⁶. Il s'agit des actes provoquant un danger (un mal futur). Cela concerne tous les actes qui peuvent provoquer de la souffrance aux individus. Pour Bentham, il faut les distinguer des délits privés, car les individus qui les subissent ne sont pas assignables. Il s'agit d'un mal futur, qui ne s'est pas encore concrétisé, c'est un danger qui guette un individu indéterminé.

Il prévoit quatre subdivisions catégorisées sur le même mode que les deux autres types de délits :

- Les actes contre la personne : les menaces, les injures corporelles ;
 - Les actes contre l'honneur : diffamations, invectives ;
 - Les actes contre la propriété : inondation, incendie etc ;
 - Les actes contre la condition : remettre en cause la validité d'un mariage par exemple.
- *Délits publics*¹⁰³⁷. C'est les délits qui portent atteinte au public : délits contre la sûreté de l'Etat, contre la justice, contre les officiers de l'état civil.

Le choix de cette méthode de classification s'explique, ainsi que le met en avant notre auteur, par les avantages certains qu'elle accorde aux individus, notamment par son intelligibilité, sa simplicité, son caractère plus

¹⁰³⁵ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Vue générale d'un corps complet de législation, in *Traité de la législation civile et pénale* précité, pp. 319-320.

¹⁰³⁶ *Ibid.*, p. 320.

¹⁰³⁷ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Avantages de cette classification des délits, Vue générale d'un corps complet de législation, in *Traité de la législation civile et pénale* précité, chapitre. VII, p. 321.

commode et universel¹⁰³⁸. Selon le réformateur anglais, le plus grand avantage de cette division des délits est de ranger sous le même chef tous les délits d'une même classe, c'est-à-dire tous les délits ayant les mêmes caractéristiques. « *Les délits qui composent chaque genre ont donc entre eux des propriétés semblables, et ils ont en même temps des propriétés différentes d'avec les délits d'un autre genre* »¹⁰³⁹

Dans son *Traité sur la législation pénale*, Bentham estime qu'aux maux sociaux doit correspondre des remèdes sociaux, à proprement parler des antidotes. C'est sur cette considération qu'il fonde sa classification des lois pénales. A partir de ce postulat, son ordonnancement des lois pénales vient en parfait contrepoint à son catalogue des délits¹⁰⁴⁰. Et, évidemment, conformément à sa méthode, il distribue l'ensemble des lois pénales dans des titres généraux et particuliers, étant entendu que dans les premiers, il « *place des matières qui appartiennent en commun à une grande partie des titres particuliers.* »¹⁰⁴¹

Catalogue des titres généraux¹⁰⁴² :

- 1°. *Des personnes qui sont sous la puissance de la loi ;*
- 2°. *Délits positifs et négatifs ;*
- 3°. *Délits principaux et accessoires.*
- 4°. *Co-délinquants : soit associés en fait de délits.*
- 5°. *Moyens de justification.*
- 6°. *Moyens d'aggravation.*

¹⁰³⁸ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Titres du code pénal, Vue générale d'un corps complet de législation, in *Traité de la législation civile et pénale* précité, pp. 324-326.

¹⁰³⁹ *Ibid.*, p. 325.

¹⁰⁴⁰ Françoise TULKENS, Les principes du code pénal de Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 635 et s.

¹⁰⁴¹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Titres du code pénal, Vue générale d'un corps complet de législation, in *Traité de la législation civile et pénale* précité, chapitre. VIII, p. 327.

¹⁰⁴² *Ibid.*, chapitre. VIII, p. 327.

7°. *Moyens d'atténuation.*

8°. *Moyens d'exemption.*

9°. *Peines.*

10°. *Dédommagement et autres satisfactions à donner à la partie lésée.*

A la suite de ce catalogue des titres généraux qui seront traités dans son code pénal, le philosophe de l'utilité se contente de donner un exemple de titre particulier, car il considère que tous les autres ne seront qu'une reproduction de ce dernier :

Exemple de titre particulier¹⁰⁴³ :

Titre I. Injures corporelles simples :

Section I. Texte principal.

Il y a injure corporelle simple là où sans raison légitime (a) un individu cause (b) ou contribue (c) à causer (d) à un autre (e) de la douleur, soit malaise (f) de corps, sans qu'aucun autre mal (g) corporel en arrive.

Exposition.

- a. Sans raison légitime : c'est ici qu'il faut un renvoi à ce titre général : moyen de justification.*
- b. Un individu. Renvoi à un titre général des Personnes soumises à la loi.*
- c. Contribue. Renvoi au titre général des co-délinquants.*
- d. Cause. N'importe ni de quelle façon par quels moyens le mal a été causé ... N'importe quel point les moyens dont on s'est servi aient été indirects ... le délit peut se commettre également en écartant le*

¹⁰⁴³ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Titres du code pénal, Vue générale d'un corps complet de législation, in *Traité de la législation civile et pénale* précité, chapitre. VIII, pp. 327-328.

remède dont on aurait besoin contre quelque mal venant même de la nature toute seule ...

- e. Un autre. Renvoi au titre qui traite des Délits contre soi-même, lesquels répondent à ce genre-ci des délits privés.*
- f. Malaise. N'importe à quel point le contact qui en est la cause soit léger.*
- g. Autre mal. Si un dommage ultérieur en arrive, il se rapporte à quelque autre chef de délits, comme injures corporelles irréparables, emprisonnement, etc. renvoi à la table des délits.*

Section II. Moyens de mettre fin au délit.

C'est ici qu'on placera les matières suivantes ou qu'on y renverra.

- 1. Droit, ou pouvoir de résistance contre une attaque injuste.*
- 2. Droit, ou pouvoir et obligation de prêter secours à autrui contre une attaque injuste.*
- 3. Droit, pouvoir et obligation aux officiers de police de prêter secours.*
- 4. Droit et obligation aux individus de réclamer le secours des officiers de police pour faire cesser, etc.*

Peines.

- 1. Amende (**h**) à option (**i**) et à discrétion (**k**), ou qui ne passera pas la ...ème (**l**) partie (**m**) des biens du délinquant.*
- 2. Emprisonnement (**n**) à option et à discrétion, ou qui ne passera pas le terme, par exemple, une année (**o**).*
- 3. Caution pour bonne conduite (**p**) à option et à discrétion.*
- 4. Dans les cas graves (**q**), bannissement de la présence (**r**) de la partie lésée à temps ou pour toujours.*

5. *Dépens réglés à option et à discrétion. Autant de lettres, autant de renvois à diverses sections du titre général des Peines*¹⁰⁴⁴.

Dédommagements

*Pour ce qui regarde le dédommagement, on peut renvoyer au titre général qui en traite, sauf à détailler ici les dispositions particulières qu'on aurait jugées convenables. (...) »*¹⁰⁴⁵. Toutefois la vérité est que Bentham s'abstient d'exposer les dispositions particulières relatives aux dédommagements.

Pour achever, force est de constater que le catalogue des plaisirs et des peines, élaboré par notre auteur, dévoilé pour la première fois dans son *Traité sur les Principes de législation civiles et pénales*, ne s'explique pas seulement par la volonté de notre auteur de rendre son code pénal le plus accessible et le plus compréhensible au plus grand nombre. Il s'est aussi assigner la mission de donner au législateur un nouvel instrument pour orienter le comportement des individus vers l'intérêt du plus grand nombre. « *Vous voulez par exemple étudier la matière des délits, ce grand objet qui domine toute la législation. Cette étude ne sera au fond qu'une comparaison, un calcul de peines et de plaisirs. Vous considérez le crime ou le mal de certaines actions, c'est-à-dire les peines qui en résultent pour tels ou tels individus. (...) cette théorie des peines et des plaisirs est donc le fondement de toute la science* »¹⁰⁴⁶. Pour Françoise Tulkens, ce catalogue est dans la théorie benthamienne de législation, « *un instrument du législateur au départ duquel se constitue l'équation de base du système pénal* »¹⁰⁴⁷. Aussi bien, à l'origine, son *Traité sur les principes en matière*

¹⁰⁴⁴ Bentham ne donne aucune indication quant au sens des lettres utilisées ici, mais il semblerait que celles-ci renvoient à sa classification des peines et délits qu'il a élaborée : elles correspondent à la nature des peines qu'il préconise pour chaque délit précité ainsi que les conditions dans lesquelles elles seront appliquées.

¹⁰⁴⁵ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Titres du code pénal, Vue générale d'un corps complet de législation, in *Traité de la législation civile et pénale* précité, chap. XXXI, pp. 327-328.

¹⁰⁴⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Principes de législation, in *Traité de la législation civile et pénale* précité, p. 22.

¹⁰⁴⁷ Françoise TULKENS, *op. cit.*, pp. 625-626.

*de législation*¹⁰⁴⁸ est conçu pour servir comme une introduction à son code pénal et partant participe de son projet de faire du droit une nouvelle science pour légiférer différemment qu'auparavant.

Révolutionner le droit par la codification impliquait que Bentham en donnât le mode d'emploi, qu'il définît ce qu'était codifier. S'étant érigé en mentor du législateur, il lui revenait de mener à terme son entreprise en délivrant un *vade-mecum* sur le nouvel art de légiférer

§2. La codification, un nouvel art de légiférer

Le sentiment de François Ost, est que « *notre auteur a poussé le plus loin, et livré la théorisation la plus originale d'un faisceau d'idées qui s'étaient progressivement imposées et qui constituaient des lieux communs à l'époque du siècle des Lumières. Tous les codificateurs de ce temps veulent produire des ouvrages simples à consulter, rédigés dans une langue claire et usuelle, selon un style à la fois concis et complet ; tous prétendent produire des règles officielles, connues et effectives* »¹⁰⁴⁹. Néanmoins la codification benthamienne suppose la mise en œuvre d'un nouvel art de légiférer en totale rupture avec les méthodes et procédures antérieurement observées. Bentham développe des idées novatrices touchant autant au mode de travail du législateur qu'au fruit de son labeur. Dans sa doctrine de la codification, son radicalisme se manifeste à un double point de vue : la procédure législative qu'il suggère de mettre en œuvre (A) et la nature de dispositif qu'il propose de substituer aux anciens styles (B).

¹⁰⁴⁸ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Principes de législation, in *Traité de la législation civile et pénale* précité, p. 22.

¹⁰⁴⁹ F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 198

A. Une procédure législative nouvelle

Jeremy Bentham reste celui qui a su mettre en pratique une véritable procédure rationnelle de codification. Il réunit ses prescriptions sous le nom de « *manières de promulguer le code universel* »¹⁰⁵⁰. Persuadé de leur excellence, c'est-à-dire de leur efficience, il s'autorise à les envoyer à tous les gouvernements de son temps ayant entrepris un projet de codification de leur droit¹⁰⁵¹.

Pour assurer le renouvellement de la science du droit, la rationalisation du droit ne doit pas concerner seulement la forme ou le contenu du code, mais également sa procédure d'élaboration. En effet, Bentham propose une procédure complètement innovante. Alors qu'au début de ses travaux sur la codification, il entend procéder lui-même à la codification qu'il propose¹⁰⁵², par la suite, il met au point un projet complet entièrement consacré à la procédure d'élaboration d'un code. Cette procédure se veut présenter « *le maximum de garanties de rationalité* »¹⁰⁵³. Il la développe dans sa *Codification proposal* qu'il ne tardera pas à adresser à tous les législateurs codificateurs du début du XIX^{ème} siècle¹⁰⁵⁴.

L'originalité de l'œuvre codificatrice benthamienne ne se situe pas au niveau de sa conception de la loi. Par ses qualités (concision, clarté et intelligibilité), la loi est, dans le système de législation utilitariste, la seule source du code. Pour qu'elle mérite pleinement ce qualificatif, encore faut-il, précise notre auteur, qu'elle soit faite par le pouvoir législatif, d'où l'importance de la procédure d'élaboration du code dans sa théorie de la

¹⁰⁵⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, De la promulgation des lois, in *Traité de la législation civile et pénale* précité, pp. 268-269.

¹⁰⁵¹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, pp. 137-237.

¹⁰⁵² F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 188. Par exemple « *Lettre à Samuel Bentham du 31 octobre 1778* » dans laquelle Bentham Jeremy proposait ses services à l'impératrice de Russie pour entreprendre la rédaction des projets de codification qu'il espérait pour la Russie.

¹⁰⁵³ *Ibid.*, pp. 188-189.

¹⁰⁵⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, pp. 105-109.

codification complète du droit. C'est son origine qui confère au code sa force obligatoire d'une part et lui permet d'atteindre son objectif de porter le droit à la connaissance de tous d'autre part.

Selon Bentham, trois impératifs s'imposent au législateur pour conduire à son terme et mener à bien son entreprise. Il s'agit des trois conditions suivantes :

- La première condition est « *le libre concours* »¹⁰⁵⁵. Comme en matière d'économie politique, il faut stimuler la concurrence entre les différents rédacteurs de code¹⁰⁵⁶. Il faut faire un appel d'offre à tous les talents : « *Le libre concours est donc infiniment préférable à celui d'un choix renfermé dans un corps quelconque, dans une assemblée, fût-elle d'ailleurs l'élite de la nation* ». De plus, Bentham préfère que la mission d'élaboration du code soit confiée à un étranger. La raison de cette préférence s'explique par la neutralité que caractérise un étranger par rapport à un national. Il considère qu'à talent égal, on doit préférer l'étranger, car son éloignement est un gage d'impartialité. Pour lui, c'est une question d'aptitude autant morale qu'intellectuelle : « *Aptitude morale, c'est-à-dire exempte des intérêts locaux, des partialités politiques, des liaisons personnelles (...) qui peuvent faire prédominer des intérêts publics. (...) Aptitude intellectuelle. Il n'y a point ici de présomption générale en faveur d'un étranger, mais en tant que les partialités sont la source des plus grandes aberrations du jugement, un étranger a sous ce rapport un avantage marqué sur les hommes du pays* »¹⁰⁵⁷. En vérité, le choix de l'étranger s'explique aussi pour deux raisons : d'une part l'auteur du projet

¹⁰⁵⁵ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 106.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*, p. 106 : « (...) que le désir de se faire connaître est un stimulant très puissant, que la carrière qu'on ouvre à des talents obscurs est brillante de gloire, et qu'il y a de grandes âmes que les petits succès ne touchent point, mais qui s'enflamment de la pensée du bien public et d'une gloire nationale ».

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*, p. 109 : « Aptitude morale, c'est-à-dire exempte des intérêts locaux, des partialités politiques, des liaisons personnelles ... qui peuvent faire prédominer des intérêts publics. (...) Aptitude intellectuelle. Il n'y a point ici de présomption générale en faveur d'un étranger, mais en tant que les partialités sont la source des plus grandes aberrations du jugement, un étranger a sous ce rapport un avantage marqué sur les hommes du pays ».

ne doit rédiger que les grands principes du code et non pas son intégralité et d'autre part il ne s'agit pas non plus de la rédaction d'une constitution politique¹⁰⁵⁸.

- La deuxième condition est celle qui consiste à n'accorder « aucune rémunération pécuniaire ». Notre auteur se fait une idée trop haute de la mission de codificateur pour l'engager dans des tractations financières¹⁰⁵⁹. Il voit dans la rémunération un danger de précipitation ou, comme dans le cas du projet de la commission d'élaboration du code en Russie, une dépense vaine : « *La munificence du souverain n'a pas manqué en Russie : qu'a-t-elle produit ? Il y a eu beaucoup de législateurs salariés, et peu ou point d'œuvres de législation* »¹⁰⁶⁰.
- Enfin la troisième condition : *que l'ouvrage soit d'un seul*. Le père de la doctrine utilitariste préfère que le projet de code soit rédigé par une seule et même personne, totalement indépendante : « *Le mode qui a été communément employé pour des rédactions de code, celui même auquel on a recours dans l'assemblée législative, c'est, comme je l'ai dit, de nommer des comités plus ou moins nombreux, qui se divisent le travail dans le cas où les opérations sont un peu compliquées, ou qui choisissent entre eux le rédacteur qui jettera les premières bases du projet* »¹⁰⁶¹. Le projet de code général des lois russes en est une parfaite

¹⁰⁵⁸ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 109. Voir également F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 190 : « Ce point (le choix d'un étranger pour l'élaboration du projet de code), est sans doute le plus paradoxal ; aussi notre auteur multiplie –t-il les arguments : d'abord, il ne s'agirait pas de modifier la code politique, trop lié aux habitudes locales (ce n'est qu'à la fin de sa vie que Bentham entama la rédaction d'un code constitutionnel) ; ensuite, il ne s'agit pas de tout bouleverser : le plus souvent, on se contentera d'ordonner logiquement le droit en vigueur, enfin et surtout, le codificateur, qui trace les grandes lignes de la législation, ne s'embrasse pas des détails qu'il laisse aux juristes locaux ».

¹⁰⁵⁹ F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 189 : « Le jour où il reçut une bague en or du tsar Alexandre, il la lui renvoya aussitôt. Payer les législateurs, ce serait multiplier les candidatures intéressées et provoquer soit une dangereuse précipitation, soit des délais indéfinis ».

¹⁰⁶⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 106.

¹⁰⁶¹ *Ibid.*, p. 107.

illustration. De 1649 à 1832, d'Alexis I^{er} à Nicolas I^{er}, plusieurs commissions se sont succédé avant qu'enfin sous l'égide déterminante de Spéransky, le *Svod zakonov* (Recueil des lois de l'Empire Russe) ne voit le jour. Par souci de cohérence et d'efficacité : « *l'individu qui n'en est pas membre est peut-être le seul qui soit capable de ce genre de travail, et sa supériorité est probablement l'effet de cette vie solitaire et studieuse qui le rend étranger aux cercles de la vie sociale* »¹⁰⁶². Il est vrai que son labeur promet d'être de longue haleine. Le projet que fournit chaque candidat doit contenir un plan de code complet accompagné par un exemple d'une loi entièrement rédigée et accompagnée d'un commentaire justificatif¹⁰⁶³.

Dans la théorie benthamienne de législation, ces conditions sont nécessaires sans être suffisantes. Il faut soumettre le projet au tribunal de l'opinion publique pour débat et enfin le transmettre au parlement pour son adoption. Il insiste sur le fait que le projet de code ne doit pas se confondre avec le code lui-même. Alors que le projet n'est qu'une œuvre intellectuelle, le code reste l'œuvre exclusive du législateur, ce qui cadre parfaitement avec sa conception positiviste du droit. Comme le souligne F. Ost, « *Il ne fait aucun doute que le projet, (...), doit s'entendre comme une production de l'esprit sans aucune portée juridique* »¹⁰⁶⁴.

Un code rédigé suivant ces exigences doit permettre de réaliser la réforme utilitariste et scientifique de la législation en général.

Ainsi conçu, le code apparaît comme le remède idéal à l'inaccessibilité du droit dont souffre le droit anglais. Mais, pour qu'il soit réellement un remède efficace, encore faut-il qu'il soit un ensemble

¹⁰⁶² Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 106.

¹⁰⁶³ *Ibid.*

¹⁰⁶⁴ F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 191 : « *La conception est affaire de raison, l'adoption, les sanctions et la promulgation affaires de pouvoir politique supérieur* ».

cohérent¹⁰⁶⁵ et contraignant. A défaut il ne saurait être question d'une codification à proprement parler. Pour qu'il ait une force contraignante, il est nécessaire que le code soit l'œuvre du législateur. Dans la pensée du philosophe de l'utilité, on ne peut concevoir le code sans l'intervention d'un pouvoir légiférant exclusivement compétent¹⁰⁶⁶, seul à même de lui donner sa force obligatoire. Pour résumer sommairement la doctrine de Bentham, le code, c'est la loi ou, plus exactement le code, ce sont les lois réunies en un corps unique et exclusif. « *La source principale du droit que doit contenir le code, c'est la loi. Cette prédominance de la loi dans le contenu du code s'explique par le désir du codificateur d'assurer au code sa prééminence, c'est-à-dire les caractéristiques qui sont celles de la loi* »¹⁰⁶⁷.

Son code peut être qualifié d'exclusif à un double chef. D'un côté il ne contient que des lois, d'un autre côté, il est la seule source du droit. Proposer un code composé seulement de textes législatifs n'est pas l'idée la plus singulière de Jeremy Bentham. Sur ce point, notre auteur n'est guère innovant. En effet, tel était déjà le cas des codifications romaines en un certain sens¹⁰⁶⁸ ou de la codification française de 1804 sur le continent européen. Mais, dans le contexte anglais, c'est la première fois qu'un réformateur s'aventure à proposer une codification du droit anglais de cette nature et surtout selon une telle procédure¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁵ Jeremy BENTHAM, *Fragment sur le gouvernement : Manuel de Sophisme politique* précité, (trad. J.P. CLEO), pp. 85-90.

¹⁰⁶⁶ Jeremy BENTHAM, *Fragment sur le gouvernement : Manuel de Sophisme politique* précité, (trad. J.P. CLEO), pp. 125-126 : « *L'intervention du législateur dans l'élaboration du code est souvent signe de l'intérêt du codificateur de voir conférer à son œuvre la force obligatoire qui est le seul habilité à la lui conférer* ».

¹⁰⁶⁷ *Ibid.*, p.140. Voir également Jacques VANDERLINDEN, *Le concept de code dans l'Europe Occidentale* précité, p. 125 : « *L'intervention spontanée ou requise du pouvoir législatif dans l'élaboration du code est souvent le signe de l'intervention du codificateur de voir conférer à son œuvre une force obligatoire que seul ce pouvoir peut lui donner* », voir également pp.131 et s.

¹⁰⁶⁸ Jacques VANDERLINDEN, *ibid.*, p. 125 : « *Dans le cas où le code est promulgué par le pouvoir législatif, les documents qui accompagnent le code (...) contiennent une formule de promulgation qui confère à l'œuvre la force de la loi. C'est déjà le cas de la codification romaine, puisque aussi bien Théodose II que Justinien ont, par des constitutions spéciales portant des titres explicites, à la fois marqué par l'achèvement de leurs œuvres et promulgué celles-ci dans leur empire* ».

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*, p. 126 : « *Dans la Petition for codification, il affirme ce point de vue, en l'appliquant à l'Angleterre. Il déclare aux membres de la Chambre des communes, auxquels est adressée sa pétition, que la codification ne pourra être réalisée que par l'intervention du Roi et de la Chambre des Lords en accord avec eux. Selon Bentham, c'est*

B. Un dispositif législatif nouveau

Le type de dispositif législatif imaginé par Bentham présente pour double particularité qui confère à sa doctrine de la codification la plus grande originalité. Non seulement il tient pour une complétude de la loi des plus radicales (1°), mais encore il lance l'idée d'un complément de la loi, le *rationale* (2°).

1°. La complétude

« *Il ne suffit pas qu'un corps de droit soit bien rédigé eu égard à son étendue, il faut encore qu'il soit complet* »¹⁰⁷⁰.

L'exigence de complétude du code constitue l'innovation radicale de la conception benthamienne de la codification. Le *Pannomion* doit être, comme son nom l'indique, le recueil de tout le droit en vigueur. Bentham considère que le code doit contenir l'ensemble des branches et des sources du droit¹⁰⁷¹. Il ne prend pas garde que la complétude de son corps complet de droit risque d'être contradictoire avec quelques-unes des autres qualités que doit revêtir son code, telles que la maniabilité, voire la cognoscibilité¹⁰⁷². Il reste sourd également au scepticisme de quelques-uns de ses contemporains. Vouloir contenir tout le droit dans un code paraît utopique, comme le soutient l'un des plus grands partisans de la

donc l'autorité légiférante qu'appartient le rôle essentiel dans la procédure de codification : sans son intervention, elle ne peut exister ».

¹⁰⁷⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, *De l'intégralité du corps de droit* précité, chap. XXXI, p. 366.

¹⁰⁷¹ F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 206 : « Aussi bien les objectifs que Bentham assigne aux codificateurs sont-ils assurément irréalistes au sens où ils ne paraissent susceptibles ni d'une réalisation immédiate, ni d'une réalisation intégrale. Ce sont plutôt des idéaux ou des idées régulatrices qui guident et motivent l'action ».

¹⁰⁷² *Ibid.*, pp. 206-207.

codification, Hegel (1820). Ce dernier regarde cette prétention de faire un code parfait suffisant à lui-même comme une illusion impossible à réaliser : « *exiger d'un code qu'il soit parfait, qu'il soit un ouvrage achevé, qu'il n'ait pas besoin d'être complété par des déterminations ultérieures, ... méconnaît la nature d'objets finis, comme est le droit civil, dans lesquels la soi-disant perfection n'est qu'une approximation perpétuelle* »¹⁰⁷³. Bien avant Hegel, Portalis, l'un des rédacteurs du Code civil de 1804, avait soutenu dans son *Discours préliminaire* sur le Code civil l'impossibilité de réaliser une codification complète de la législation. Au demeurant, faisant écho à Cambacérès, « *Ce serait se livrer à un espoir chimérique que de concevoir le projet d'un code qui préviendrait tous les cas.* »¹⁰⁷⁴, il avait exposé : « *Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont multiples, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout ... Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat* »¹⁰⁷⁵. Il n'empêche, Bentham tient pour un code qui consisterait en un ensemble complet et donc fermé, excluant tout appel à des règles extérieures. Son corps de législation tend à constituer un univers autonome, auto-suffisant¹⁰⁷⁶.

L'idée est-elle si révolutionnaire ? Le désir de faire un code contenant l'ensemble du droit apparaît pour la première fois sous l'autorité de l'empereur romain Théodose II dans la constitution du 26 mars 429¹⁰⁷⁷. Mais sa codification ne peut être qualifiée comme telle. Comme le souligne Jacques Vanderlinden, le code de Théodose ne peut pas être complet, puisqu' « *une source importante au moins, l'édit du préteur stéréotypé par*

¹⁰⁷³ G. W. F. HEGEL, *Principe de la philosophie du droit*, PUF, Paris, 1820, §216. R. CABRILLAC, *op cit.*, p. 112.

¹⁰⁷⁴ Rapport fait à la Convention nationale sur le I^{er} projet de Code civil, 9 août 1793, Fenet, tome 1, p. 2 ; dans le même sens : *Discours préliminaire sur le III^e projet de Code civil* (messidor an IV), Fenet, tome 1, p. 141.

¹⁰⁷⁵ *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement*, 1^{er} pluviôse, an IX, Fenet, tome I, p. 469.

¹⁰⁷⁶ R. CABRILLAC, *op. cit.*, p. 105.

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*, p. 107. Voir également Jacques VANDERLINDEN, *Le concept du code dans l'Europe occidentale* précité, p. 91 « *L'empereur y déclare que le droit (ius) devra être inclus dans le second codex dont il envisage l'élaboration ; et il précise au même endroit que l'œuvre contiendra la législation impériale (contenue dans les codes de Gregorius, d'Hermogenianus et dans son premier code) et la doctrine des jurisconsultes* ».

Hadrien, semble ne pas y être incluse »¹⁰⁷⁸. Toutefois il reste le premier code se donnant pour objectif de contenir tout le droit. On retrouve ailleurs la même idée de faire de l'ensemble du droit le contenu du code, mais dans des termes plus généraux. En Espagne, au milieu du XIII^{ème} siècle, l'idée est reprise dans *le Libro de leyes* du roi de Castille, Alphonse X (1252-1284), connu sous le nom de « *Las Siete Partidas* »¹⁰⁷⁹. Ensuite c'est en France dans la deuxième moitié du XVII^{ème} siècle (en 1665, sous le règne de Louis XIV) que l'idée va prendre de l'importance sous la plume de Colbert qui estime que le recueil de droit à entreprendre « *doit embrasser tout ce qui est nécessaire* »¹⁰⁸⁰. Elle est reprise par la suite par Daguesseau. Toutefois ce dernier va plus loin que Colbert. Il est beaucoup plus explicite quant à son désir d'élaborer un « *code contenant l'ensemble de la législation* »¹⁰⁸¹. Il envisage de « *défendre de citer aucune loi ou ordonnance autre que la nouvelle après publication* »¹⁰⁸², c'est-à-dire qu'en

¹⁰⁷⁸ Jacques VANDERLINDEN, *Le concept du code dans l'Europe occidentale* précité, p. 92.

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*, p. 92 : « Mieux connu sous le nom de *Las Siete Partidas*, doit en effet, contenir tout ce qui est relatif au cadre juridique dans lequel il convient que l'homme inscrive son activité en société ».

¹⁰⁸⁰ COLBERT (J. B), *Lettres, Instructions et mémoires*, vol. 7, Paris 1861-1882 (Univ. Gand-Bibliothèque centrale) : « Les projets de Colbert (1619-1683) relatifs à la codification du droit français semblent trouver leur origine chez son oncle Pussort (1615-1697 qui, dès avant 1661, préparait déjà une réforme des ordonnances royales. Toutefois l'activité ne devient réelle dans ce domaine qu'en 1665, lorsque Colbert adressa à Louis XIV (1638-1715) son *Mémoire sur la Réformation de la Justice*, dans lequel ses idées étaient exprimées pour la première fois. En même temps, le ministre entamait des travaux préliminaires à la codification, comme une table des ordonnances royales. Les projets de Colbert firent l'objet d'une discussion en mai et juin 1665, et des mémoires furent présentés au roi, dont celui de Pussort ». Voir également J. VANDERLINDEN, *Le concept du code dans l'Europe occidentale* précité, note n° 53. Adhémar ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, L.G.D.J. Diffuseur, éditions Panthéon-Assas, Paris, 2010, pp. 177 et s.

¹⁰⁸¹ DAGUESSEAU, *Mémoire pour la réformation de la justice* (1722-1727). Henri-François Daguesseau (1668-1751) débuta comme avocat du roi au Châtelet, 1690 et fut la même année nommé avocat général au Parlement. (...) En 1722, il sera exilé à nouveau et ne reviendra au pouvoir qu'en 1727 et alors jusqu'à la fin de sa vie. Certains auteurs placent la rédaction du *Mémoire* pendant son séjour à Fresnes entre 1722-1727. (...). Il est en tout cas certain que l'œuvre est antérieure à 1727. En elle se retrouve la pensée qui dirigea Daguesseau dans les années ultérieures et notamment l'esprit des grandes ordonnances en matière civile 1731, 1735, 1747 ; elles sont toutes les trois la manifestation d'une volonté de codification progressive du droit français qui se manifeste sans ambiguïté dans ce *Mémoire*. Voir Jacques VANDERLINDEN, *Le concept de code dans l'Europe occidentale* précité, n° 65.

¹⁰⁸² Cité par CAUVIERE, *l'idée d'une codification en France avant le Code civil*, Paris, 1910, p. 22. Voir R. CABRILLAC, *ibid.*, p. 107.

dehors du code il n'y a « *point de salut* »¹⁰⁸³. Cependant, comme le note encore Jacques Vanderlinden, Daguesseau ne « *dit jamais de manière explicite que le contenu de l'œuvre, dont il envisage l'élaboration dans son mémoire, doit être l'ensemble du droit, mais il parle de l'ensemble de la législation, ce qui revient le plus souvent au même dans la terminologie de l'époque* »¹⁰⁸⁴. Cependant cette idée n'a été envisagée nulle part ailleurs avec autant de force que chez le réformateur anglais : « *En outre l'appellation donnée par Bentham au résultat global de la codification comprend les mots « droit » et « tout »* »¹⁰⁸⁵. C'est le seul auteur de la codification qui a intitulé son code *Corps complet de législation* plutôt que corps général et qui utilise le néologisme *Pannomion* pour illustrer cette même et unique idée.

D'emblée, Jeremy Bentham précise que « *les qualités, qui par leur ensemble, constitueraient la perfection d'un corps complet de droit sont tellement liées entre elles, qu'il est difficile de séparer, même abstraitement* »¹⁰⁸⁶. Bien entendu, la qualité à laquelle il fait allusion est celle de l'intégralité du code considérée comme la condition nécessaire pour la réalisation d'une codification utilitariste du droit. « *Rédaction complète, voilà donc la première règle. Tout ce qui n'est pas dans le corps de lois ne sera pas loi. Il ne faut rien référer, ni à l'usage, ni à des lois étrangères, ni au prétendu droit naturel, ni au prétendu droit des gens* »¹⁰⁸⁷.

A la question de savoir si le code peut inclure tout le droit, pour Bentham il n'y a aucun doute. C'est même la condition *sine qua non* pour qu'une collection de lois puisse prétendre à la qualité de code. La raison en est que c'est une condition de son accessibilité : pour que le droit soit effectivement accessible à tous, le code doit contenir la totalité du droit en

¹⁰⁸³ R. CABRILLAC, *op. cit.*, p. 107.

¹⁰⁸⁴ Jacques VANDERLINDEN, *Le concept du code dans l'Europe occidentale* précité, p. 92.

¹⁰⁸⁵ *Ibid.*, p. 93.

¹⁰⁸⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome. III, De la codification, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 91.

¹⁰⁸⁷ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, De l'intégralité du corps de droit, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. XXXI, p. 366.

vigueur¹⁰⁸⁸. C'est pour atteindre ce but que le réformateur anglais pousse son vœu d'exhaustivité au paroxysme¹⁰⁸⁹.

Dans la deuxième section *De la codification*¹⁰⁹⁰, comme dans le chapitre XXXI de la *Vue générale d'un corps complet de législation*¹⁰⁹¹, Bentham développe ce thème. Ainsi, dans le *Traité sur la législation*, il revient à la charge : « *La seconde condition du code, que je ne fais qu'indiquer (...), sera son intégralité, c'est-à-dire qu'il doit être complet, ou, en d'autres termes, embrasser toutes les obligations légales auxquelles le citoyen doit être soumis* »¹⁰⁹².

Par ailleurs, dans son traité *Vue générale d'un corps complet de législation*, Bentham considère, comme l'explique E. Dumont, ce qu'il entend par un corps complet de législation : un ouvrage contenant l'intégralité du droit : « *seul ouvrage où, comme dans un planisphère, toutes les parties de la loi soient présentées dans leur ensemble, où l'on saisisse facilement tous leurs points de séparation, de rapprochement, leurs coïncidences, leurs étendue proportionnelle et leurs limites. Vous voyez le plan du code pénal avec la subdivision des délits privés et publics ; - le plan du code civil et sa division en titre généraux et titres particuliers, (...) C'est l'ensemble de toutes ces lois rédigées dans le même esprit, en rapport les unes avec les autres, embrassant tous les droits et toutes les obligations des citoyens, qui constitue un code universel, ce que M. Bentham appelle un pannomion, dénomination qui malheureusement ne revêt pas une forme française* »¹⁰⁹³.

Quel a été le cheminement de la pensée de Bentham pour parvenir à une telle exigence ? En premier lieu, il part d'un constat : celui de l'absence d'un code complet, proprement dit, en vigueur. En effet, bien que des codes

¹⁰⁸⁸ R. CABRILLAC, *op. cit.*, p. 255 : « *la codification étant alors conçue pour embrasser non seulement l'ensemble d'un pan de droit, mais la totalité du droit* ».

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*, pp. 255-256.

¹⁰⁹⁰ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome. III, De la codification, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 91.

¹⁰⁹¹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, De l'intégralité du corps de droit, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. XXXI, p. 366.

¹⁰⁹² Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome. III, De la codification, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 91.

¹⁰⁹³ *Ibid.*, p. 91.

aient vu le jour en Europe occidentale dès la fin du XVII^{ème} siècle, notamment en Europe du Nord (Danemark (1683) et Prusse (1794), Bentham considère qu'ils ne méritent pas d'être qualifiés de code à cause du défaut de complétude¹⁰⁹⁴. Alors même que le code danois est le plus complet de tous les codes existants jusqu'au début du XIX^{ème} siècle, force est de relever que des pans entiers du droit n'y figurent pas, fait observer Bentham. Malgré cette remarque, le père de la codification utilitariste du droit accorde que le code danois est le « *moins incomplet de tous les codes* ». « *De tous les codes que les législateurs ont considéré comme complets, il n'en est aucun qui le soit. Le plus ancien, c'est le code danois : il est de 1683. (...). Dans la préface du code danois, il est expressément déclaré qu'il est complet, cependant, il ne contient rien de ce qui concerne les impôts ; rien sur les règlements des professions ; rien sur la succession de la couronne ; rien sur les pouvoirs des officiers subalternes, excepté ceux de la justice ; rien sur le droit des gens. Point de formulaires, ni pour les contrats, ni pour les dispositions des biens, ni pour les pièces de procédure. – cependant c'est le moins incomplet de tous les codes* »¹⁰⁹⁵.

En deuxième lieu, il développe l'idée que le code ainsi défini doit bénéficier d'une certaine « *pureté* » en ne contenant que des lois afin de faire oublier au citoyen les débats des jurisconsultes et les mauvaises lois du passé. Ainsi le corps complet de droit contenant l'intégralité du droit, c'est-à-dire toutes les lois, ne doit pas avoir d'autre source que la loi positive. La loi, acte du législateur souverain, confère au droit l'homogénéité, que ne garantissent pas les autres sources de droit. Bien au contraire, elles se trouvent en concurrence les unes avec les autres¹⁰⁹⁶.

En dernier lieu, la complétude et la pureté, deux qualités indispensables à la codification utilitariste du droit, sont particulièrement nécessaires, parce qu'elles permettent de graver plus facilement le droit

¹⁰⁹⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, De l'intégralité du corps de droit, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. XXXI, p. 366.

¹⁰⁹⁵ *Ibid.*, p. 367.

¹⁰⁹⁶ G. TUSSEAU, *op cit.*, p. 123.

codifié dans la mémoire de tout le peuple¹⁰⁹⁷. C'est pourquoi le philosophe de l'utilité exige de ne négliger aucun moyen susceptible de rendre le code le plus accessible possible à ses destinataires. Ainsi, dès lors que le corps intégral du droit est en vigueur, Bentham veut faire de lui un manuel scolaire pour faciliter son apprentissage. Dans cette perspective, il élabore tout un ensemble de mesures destinées à faciliter son enseignement. Il entend traduire son code intégral dans toutes les langues ou encore en envisage sa lecture dans les églises¹⁰⁹⁸. Ainsi rejoint-il sur ce point les théoriciens de la codification de l'Ecole moderne du droit naturel.

Sous l'Assemblée nationale constituante, un projet de décret sur l'Instruction publique de 1791 donnait une grande place à l'enseignement du droit dans les écoles primaires¹⁰⁹⁹. Il avait pour objectif de former les nouveaux citoyens¹¹⁰⁰. Jean de Dieu d'Olivier abonde lui aussi dans ce sens en soulignant l'importance d'intégrer l'enseignement du droit dans le programme d'enseignement¹¹⁰¹. Quant à Catherine II de Russie et Diderot, ils vont jusqu'à prétendre faire du code un véritable catéchisme civil. C'est l'idée que l'impératrice développe dans son *Nakaz*. Elle recommande que les enfants apprennent la lecture, soit dans le code, soit dans les Ecritures Saintes¹¹⁰². Diderot surenchérit : « *Il serait mieux que ce fût le même livre :*

¹⁰⁹⁷ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Promulgation des lois, in *Traité de législation civile et pénale* précité, pp. 267-269. Voir sur les qualités désirables dans un code utilitariste, F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 186.

¹⁰⁹⁸ F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 186 : « Bentham fait preuve de beaucoup d'imagination sans limites : dès qu'il aura été officiellement promulgué, on fera du code le premier manuel classique, on en apprendra par cœur les pages les plus importantes ; on le traduira dans toutes les langues mortes ou vivantes, on le mettra en vers, on le recopiera de sa main lorsqu'on sollicite un emploi, on le lira dans les églises plusieurs fois par chaque année, on en affichera des extraits dans les lieux publics (...) ».

¹⁰⁹⁹ Rapport sur l'instruction fait au nom du Comité de législation à l'Assemblée nationale, les 10, 11 et 19 septembre 1791, par M. TALLEYRAND-PERIGORD, imprimé par ordre de l'Assemblée nationale, Paris, 1791, article 5 de la section sur les écoles primaires, p. 128.

¹¹⁰⁰ Alain DESRAYAUD, *De la sûreté à la citoyenneté, l'accessibilité du code civil de 1804* précité, p. 690 : « Puisque les lois civiles étaient calquées sur le droit naturel, apprendre le code serait aussi s'instruire des lois naturelles établies par l'Eternel géomètre ».

¹¹⁰¹ Jean de Dieu D'OLIVIER, *Principes de droit civil romain*, t. I, Paris, 1776, avant propos, p. viii.

¹¹⁰² *Nakaz*, art. 158 : « [...] Il faudra donc prescrire que dans toutes les écoles on se serve, pour apprendre à lire aux enfants, tantôt de livres qui traitent de la religion, tantôt de ceux qui contiennent les lois.³

les lois divines consacraient les lois civiles, ou celles-ci civiliseraient les lois sacrées ; l'un et l'autre me convient également. Il en arriverait une chose, c'est qu'on n'admettrait dans cet ouvrage de principes religieux que ce qui cadrerait avec les principes de la société, et cela sous peine de contradiction »¹¹⁰³. Les lois étant censées commander les mœurs, l'esprit civique viendrait ainsi aux enfants par l'étude et l'apprentissage du code. C'est pourquoi l'impératrice caresse l'espoir que le code des lois leur soit d'une fréquentation aussi familière qu'un abécédaire¹¹⁰⁴.

En réalité, à la fin du XVIIIème il était acquis l'idée que le code dût servir d'instrument pour l'accessibilité au droit, dès lors, il était dans l'intérêt des gouvernements de faire apprendre le droit aux citoyens. Dans son ouvrage *Considérations sur le gouvernement de Pologne* (1771), Jean-Jacques Rousseau n'avait-il pas prescrit que tous les citoyens dussent connaître et étudier les lois dans les codes. Mieux encore, il exigeait que les nobles, aspirant à prendre part à la Diète, eussent l'obligation de passer un examen qui, précisait-il, ne serait pas « *une simple formalité* »¹¹⁰⁵.

Incontestablement Bentham partage ce point de vue : « *Loger et placer dans l'esprit de chaque homme la portion de la matière de la loi dont dépend son destin est le plus important du gouvernement* »¹¹⁰⁶.

¹¹⁰³ *Observations sur l'Instruction de l'Impératrice de Russie aux députés pour la confection des lois*, § 55, *Œuvres de Diderot* (par L. Versini) précité, tome III, p. 536.

¹¹⁰⁴ *Nakaz*, art. 158 précité.

¹¹⁰⁵ Jean-Jacques Rousseau, *Considérations sur le gouvernement de Pologne* (publié en 1782), ch. X, p. 216 (de l'édition de B. de Negroni, Paris, 1990).

¹¹⁰⁶ Jeremy Bentham, *The Works* (éd. Bowring), vol. IV, Edinburgh, 1843, Lettre IV, *Papers relative to codification and Public Institution* précité, p. 481. D. Baranger, *op. cit.*, p. 27; A. Desrayaud, *De la sûreté à la citoyenneté, l'accessibilité du code civil de 1804* précité, p. 691 renvoie à Bentham: « *To Lodge and fix in each man's mind, that portion of the matter of law on which his fate is thus dependent – exists there that State, in which this operation is not among the most important duties of the government* ».

2°. Le rationale

« Le code universel ou toute portion de ce code doit être accompagné d'un commentaire raisonné qui lui serve de justification : chaque loi en particulier doit porter avec elle son motif, c'est-à-dire son rapport au principe de l'utilité générale, le bien qui en résulte, et qui doit lui concilier l'approbation des peuples »¹¹⁰⁷.

Ce qui résume parfaitement l'obsession de Bentham de faire de son code un instrument au service de la cognoscibilité, c'est le commentaire justificatif, appelé par notre auteur « *rationale* ». Il doit accompagner son corps complet de loi.

C'est justement cet élément qui faisait défaut au code français de 1804 selon Jeremy Bentham. C'est ce qui ressort de la lettre qu'il adresse à Madison, président des Etats-Unis d'Amérique, dans laquelle il précise que son *Pannomion*,¹¹⁰⁸ est « *plus appréciable que le code Napoléon* »¹¹⁰⁹. Ainsi il fait du commentaire justificatif qui doit accompagner son *Pannomion* une condition d'accessibilité du code. Il s'agit de l'ultime enjeu de la codification, « *celui de faire apparaître au grand jour le lien intime qui relie la loi à la raison, raison réformatrice, raison scientifique* »¹¹¹⁰. La compréhension de la raison des lois est une condition nécessaire à la connaissance du droit dans la théorie benthamienne ainsi que le précise Jacques Vanderlinden : « *L'absence de compréhension des raisons des lois, aux yeux de Bentham, constitue un obstacle dangereux qui risque de*

¹¹⁰⁷ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome. III, De la codification, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 94.

¹¹⁰⁸ R. CABRILLAC, *op. cit.*, p. 261.

¹¹⁰⁹ F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 192 : « Aussi s'adresse-t-il, en 1811, au président Madison, sollicitant une lettre d'encouragement de sa part en vue de l'élaboration d'un *Pannomion*, carrière dans laquelle il a déjà pris, dit-il, une sérieuse avance. L'œuvre serait bien plus appréciable que le Code Napoléon qui est dépourvu de rationale et d'un plan cohérent et qui ne se préoccupe aucunement de son accessibilité ».

¹¹¹⁰ *Ibid.*, pp. 186-187 : « Si, du point de vue de la forme, la loi est commandement accompagnée de sanction, du point de vue de son contenu elle est raison appuyée de démonstration. Amené ainsi au grand jour de la publicité, soumis au jugement du tribunal de l'opinion publique, le processus législatif se gardera du secret, de l'arbitraire et de la contrainte ».

*remettre en question tous les progrès accomplis sur la voie de la connaissance du droit »*¹¹¹¹.

Adjoindre un justificatif des lois au code est une exigence même du principe de l'utilité. Grâce à son *rationale*, le code présentera les plus grands avantages pour les individus, pour les juges et, enfin, pour le législateur lui-même, comme le résume François Ost. « *En ce qui concerne les sujets de droit, le fait que chaque loi soit justifiée -c'est-à-dire insérée dans un système rationnel ramené au principe de l'utilité- en facilite grandement l'étude, en même temps qu'il favorise l'obéissance qu'on lui prête : chacun se prendra au jeu de l'utilité, au point même d'anticiper sur les dispositions de la loi au cas où on les aurait oubliées. Du point de vue du juge et de l'administrateur, le commentaire sert de guide - ou de garde-fou - dans l'application de la loi, de sorte que celle-ci, est mise à l'abri de toutes les distorsions que lui font généralement subir ses interprètes. Quant aux futurs législateurs, l'obligation d'avoir à justifier tout changement législatif les gardera de porter à la loi des modifications non raisonnables, en même temps qu'elle les incitera à changer résolument celles de ces dispositions qui ne répondraient au calcul du plus grand bonheur du plus grand nombre »*¹¹¹².

Pour notre auteur, le « *commentaire justificatif des raisons des lois* » joue un rôle majeur dans le perfectionnement du droit, mais également dans le perfectionnement du corps complet de législation.

Selon Bentham, c'est grâce à son *Pannomion*, un code ainsi justifié, que se réalisera la convergence progressive de l'identification artificielle et de l'identification naturelle des intérêts, c'est-à-dire que c'est par cet instrument qu'il entend réaliser son principe universel du plus grand bonheur en matière de législation. Dans son *Traité sur les Principes de législation*, après avoir érigé le bonheur public en objet majeur du législateur, il écrit que « *l'utilité générale doit être le principe de*

¹¹¹¹ Jacques VANDERLINDEN, *Le concept du code dans l'Europe occidentale* précité, pp. 181-182.

¹¹¹² F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 187.

raisonnement du législateur »¹¹¹³ et il fait du corps complet de législation l'unique moyen pour le réaliser en pratique à la condition de ne contenir que des lois suivies de commentaires justificatifs, c'est-à-dire un *rationale*¹¹¹⁴.

*« La loi fondée sur des raisons, s'infuserait, pour ainsi dire, dans l'esprit public, elle deviendrait la logique du peuple ; elle étendrait son influence jusque dans cette partie de la conduite qui n'est que du ressort de la morale ; le code de l'opinion se formerait par analogie sur le code des lois, et dans cet accord de l'homme et du citoyen, l'obéissance à la loi se distinguerait à peine du sentiment de la liberté »*¹¹¹⁵.

Très clairement la loi s'emparera de l'esprit des citoyens, parce qu'elle est l'expression de la raison. Force est d'en déduire que devenue un impératif moral, elle apparaît ainsi avoir vocation à se substituer à la loi divine. Dans une telle perspective, dans un système de législation dans lequel le code est le droit et où il ne peut pas y avoir de droit en dehors du code, la loi complétée par le *rationale* exclue toute source concurrente, spécialement la jurisprudence. Pour cette raison, Bentham ne regarde pas à comparer le rôle du juge à celui d'un automate se bornant à appliquer aux cas d'espèce la loi contenue dans le code¹¹¹⁶. Il rejoint ainsi un lieu commun de la réflexion des Lumières sur la justice dont Beccaria s'était fait le chantre¹¹¹⁷ et la conception de l'office du juge de la Révolution française. Si le juge est ministre de la loi, l'expression est à comprendre dans le sens où la Constituante entendait l'expression –serviteur de la loi– plutôt que dans

¹¹¹³ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Principes de législation, in *Traité de législation civile et pénale*, première partie précité, p. 10.

¹¹¹⁴ *Ibid.*, chapitre XIII, première partie, pp. 40 et s.

¹¹¹⁵ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Promulgation des lois, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 271. Voir F. OST, *ibid.*, p. 188.

¹¹¹⁶ F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 200.

¹¹¹⁷ *Des délits et des peines* [1764] (traduction de Morellet de 1765), § 4 : « Le juge uniquement destiné à examiner si tel homme les (les lois) a violées, ou non ; ou le souverain, dépositaire des volontés actuelles de toute la société ? Dans toute affaire criminelle, le juge doit partir d'après un syllogisme parfait, dont la majeure est loi générale, la mineure l'action conforme ou non à cette loi, et la conséquence (c'est-à-dire la conclusion), l'élargissement ou la punition de l'accusé. Un raisonnement de plus, soit que le juge fasse de son gré, ou qu'il y soit forcé, ouvre la porte à l'incertitude et à l'obscurité. Rien de plus dangereux que cet axiome reçu, "il faut consulter l'esprit de la loi" (...) ».

celui du Discours préliminaire –supplément des lois–. Il est difficile d’être plus en rupture avec la tradition du droit de *common law*.¹¹¹⁸

¹¹¹⁸ Voir sur ce point, Françoise TULKENS, Les principes du code pénale de Bentham, in *L’actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 652-655.

Conclusion du chapitre

Dans la pensée juridique de Jeremy Bentham, la contribution de la codification est double relativement à la réalisation du plus grand bonheur pour le plus grand nombre. Elle sert en même temps les citoyens et le législateur lui-même.

Pour G. Tusseau, le résultat immédiat de la codification benthamienne est de rendre le droit accessible et compréhensible à ses destinataires « *en assurant la coexistence des individus, le droit a pour tâche de favoriser une interaction sociale, fondée sur des espérances individuelles plus ou moins dépendantes les unes des autres, qui aboutissent de manière artificielle à une combinaison de plaisirs et de douleurs savamment agencée afin de réaliser le plus grand bonheur* »¹¹¹⁹.

Partant le philosophe de l'utilité considère que le code doit servir de guide pour le citoyen afin de lui permettre de réaliser son plus grand bonheur. Le citoyen doit, à son tour, ajoute encore Bentham, contribuer au plus grand bonheur de la société : « *L'éthique privée enseigne comment chacun peut se disposer lui-même à adopter l'attitude qui conduira le mieux à son propre bonheur, par le moyen des motifs qui se présentent à lui spontanément. L'art de la législation que l'on peut considérer comme une branche de la jurisprudence, enseigne pour sa part comment, à l'aide de motifs qui doivent être appliqués par le législateur, une multitude d'hommes composant une communauté peut être disposée à adopter l'attitude qui, dans l'ensemble, conduira le mieux au bonheur de la communauté entière* »¹¹²⁰.

Pour ce faire, dans le système de droit codifié benthamien, le citoyen est informé de l'état du droit par la loi et, par le fait, formé par elle. Le respect de la norme juridique repose sans doute sur le caractère impératif et contraignant de la règle légale, mais surtout sur la force de conviction des

¹¹¹⁹ G. TUSSEAU, *Jeremy Bentham : la guerre des mots* précité, p. 126.

¹¹²⁰ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Introduction to the Morals and Legislation* précité, p. 336.

motifs d'une loi fondée en raison, plus précisément sur une raison d'essence utilitariste¹¹²¹. Selon Franseco Ferraro, c'est la force de conviction de ses arguments –le *rationale*– qui rend le code le plus utile possible : « *Grâce à cette action persuasive, les destinataires des règles de droit sont impliqués dans la recherche publique de la plus grande utilité possible* »¹¹²².

En parant le code de toutes ces vertus et qualités, la théorie benthamienne de la codification paraissait devoir trouver immanquablement un écho des plus favorables en Angleterre. Il y prévalait alors un consensus autour de la nécessité de la réforme du droit destinée à mettre fin à sa glorieuse incertitude. De surcroît l'exemple français apportait la preuve concrète de la faisabilité d'une codification générale du droit, au moins à travers une série de codes. Restait que l'opinion commune des *lawyers* répugnait à s'engager dans la *perilous* entreprise d'une codification-innovation.

¹¹²¹ G. TUSSEAU, *Jeremy Bentham : la guerre des mots* précité, p. 126.

¹¹²² F. FERRARO, *Il Giudice utilitarista. Felessibilita e tutela delle aspettative nel pensiero giuridico di Jeremy Bentham*, Pisa, éd. ETS, coll. « *Jura. Temi e problemi del diritto* », 2011, p. 132. G. TUSSEAU, *ibid.*, p. 126.

Chapitre II. La résistance conservatrice des *lawyers*

« Or l'amour du *commonlawyer* traditionnel (praticien ou administrateur du système de *common law*) pour ce droit coutumier n'avait d'égal que le dédain pour tout ce qui oserait y porter atteinte »¹¹²³.

En faisant écho aux propos tenus par le *lawyer* anglais C. G. Shenton au début du XX^{ème} siècle¹¹²⁴, Gwenaël Guyon ne fait qu'illustrer le degré d'hostilité des intellectuels anglais depuis la fin du XVIII^{ème} siècle à l'encontre des idées innovatrices de Jeremy Bentham et des partisans de la réforme radicale du droit anglais d'une part et leur attachement à la tradition juridique de *common law* d'autre part. La période de l'histoire de l'Angleterre de la première moitié du XIX^{ème} siècle peut être considérée comme une « période de transition politique »¹¹²⁵ ou de « grandes manœuvres », comme on l'a qualifiée souvent à la suite de Gwenaël Guyon¹¹²⁶. En effet, elle est incarnée par la réforme du *Bloody Code*¹¹²⁷ qui traduit à elle seule cette nécessité d'une transformation politique générale : « La réforme du *Bloody Code* est en effet, une préoccupation commune, qui s'inscrit dans un cadre plus global, celui de la transformation politique, sociale et économique de la société anglaise pendant la révolution industrielle »¹¹²⁸.

¹¹²³ G. GUYON, *op. cit.*, p. 16.

¹¹²⁴ C.G. SHENTON, « The Common Law System of Judicial Precedent Compared with Codification as a System of Jurisprudence », *Dickinson law review*, 1918, vol. 23, p. 44.

¹¹²⁵ Emmanuelle de CHAMPS, *La déontologie politique* précité, p. 22. Voir également G. GUYON, *ibid.*, p. 55 : « Elle met en lumière un paradoxe : au début du siècle, la population anglaise se concentre dans les villes, qui deviennent de véritables viviers du crime, tandis que le droit pénal anglais, que l'on juge obscur, vieillissant, voire anachronique, prescrit des châtiments sévères ».

¹¹²⁶ G. GUYON, *ibid.*, p. 55.

¹¹²⁷ Sur le *Bloody Code* : L. RADZINOWICZ, *A History of England Criminal Law*, vol. 1, Londres, Stevens, 1956, pp. 3 et s.

¹¹²⁸ *Ibid.*, pp. 55-56.

L'année 1776, l'année où Jeremy Bentham publie son *Frangment on Government*, est considérée par le réformateur anglais Simon Macoby comme la date de naissance des mouvements réformateurs radicaux en Angleterre¹¹²⁹. C'est également à partir de cette date que les nouveaux arguments en faveur de la réforme du droit anglais voient le jour. Le fait est qu'alors chacun s'accorde sur la nécessité d'une réforme du système politique en Angleterre qui n'est plus en phase avec son temps.

« On retrouve chez Paine, chez Cartwright, les deux figures de l'agitation politique à cette époque, les revendications traditionnelles en faveur de parlements annuels, de l'extension du droit de vote et d'une nouvelle distribution de la carte électorale »¹¹³⁰.

Naturellement Jeremy Bentham n'est pas en reste. Pour lui comme pour nombre de ses contemporains en Angleterre ou ailleurs, la réforme du droit criminel ne s'impose pas avec moins d'acuité. Il est de fait que la branche pénale est alors la plus contestée et la plus critiquée de tout le droit anglais.

Même si le débat sur la codification en Angleterre se limite essentiellement à la matière pénale, néanmoins cela traduit l'importance de la question de la codification comme instrument de réforme du droit¹¹³¹. C'est lors de la présentation des projets de réforme du système pénal, tel qu'il est pensé et construit historiquement depuis la fin du XVIII^e siècle que « l'inspecteur Bentham », comme le surnomme Françoise Tulkens, s'invite et s'impose par la même occasion, pour la première fois dans les débats sur la réforme du droit en Angleterre¹¹³². Il sera présent tantôt directement, par le biais de ses interventions dans la presse, grâce à son

¹¹²⁹ Simon MACOBY, *English Radicalism* (1786-1832), London, Allen & Unwin, 6 volumes, 1935-1961 (cité par Emmanuelle de CHAMPS, *ibid.*, p. 221).

¹¹³⁰ Emmanuelle de CHAMPS, *La déontologie politique* précité, pp. 206-207.

¹¹³¹ Gaston BRAIVE, Jeremy Bentham (1748-1832). L'homme et l'œuvre. Accompagné d'un essai de bibliographie, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 17-19.

¹¹³² Françoise TULKENS, Les principes du code pénal de Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 615 : « dans le droit pénal, tel qu'il se pense et se construit historiquement depuis la fin du 18^e siècle, Bentham a sans doute réalisé – et cette fois réussi – ce qu'il a toujours cherché : être omniprésent. La présence visible et invisible de l'inspecteur Bentham en de multiples lieux, on pourrait presque dire en tous les lieux, du système pénal crée la profusion mais aussi la confusion ».

journal périodique la *Westminster Review*¹¹³³, qu'il a créé en 1824 et qu'il consacre explicitement à la diffusion des idées des partisans de la réforme radicale du droit anglais, tantôt indirectement par l'intermédiaire des réformateurs libéraux du mouvement radical, notamment au parlement anglais lors des débats sur la réforme du système pénal¹¹³⁴. Cette discussion oppose les réformateurs favorables à la codification d'une part et les réformateurs favorables au maintien de la tradition juridique anglaise d'autre part. A ces deux partis politiques siégeant au parlement anglais s'ajoutent les « *grandes figures éclairées du XIXème siècle, défendant âprement leurs idées utilitaristes, radicales ou conservatrices, nationalistes ou loyalistes* »¹¹³⁵.

Précisément les adversaires des idées du philosophe de l'utilité constituent une constellation composée naturellement de membres du parti conservateur *tory*, mais également des partisans libéraux du parti *whig*, à la fois reconnaissant la nécessité de réformer le droit en vigueur pour mettre fin à son incertitude, mais farouchement opposés à la codification du droit anglais.

L'opposition de certains des réformateurs anglais à l'aggiornamento benthamien, notamment à son instrument de mise en œuvre, est très profonde. Ces derniers pensent que la théorie de notre auteur sur la codification ne doit pas être prise en compte, si ce n'est pour s'en servir comme guide, comme un idéal à atteindre, mais sans pour autant devoir être réalisée dans les faits¹¹³⁶. Les partisans de la réforme radicale du droit anglais soutiennent un tout autre point de vue. Au contraire, ils considèrent que la théorie benthamienne de codification est, contrairement aux autres théories de droit, très pratique, entièrement et exclusivement tournée vers la mise en œuvre du principe d'accessibilité au droit. Pour eux, l'ambition de Jeremy Bentham est de faire en sorte que, dans sa relation avec le droit qui

¹¹³³ Emmanuelle de CHAMPS, *La déontologie politique* précité, pp. 246 et s.

¹¹³⁴ Françoise TULKENS, Les principes du code pénal de Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 615.

¹¹³⁵ G. GUYON, *op. cit.*, p. 55.

¹¹³⁶ F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 208.

le gouverne¹¹³⁷, l'individu ait *connaissance* de ce qui lui est utile¹¹³⁸, mais encore faut-il qu'il ait *conscience* de ce qui ne lui est pas utile comme le souligne encore Gwenaël Guyon¹¹³⁹.

Partant de ce principe, toute l'œuvre codificatrice de notre auteur est conçue comme un remède universel aux obstacles à l'accessibilité des individus au droit. C'est ce qui ressort des différentes initiatives entreprises tout au long de sa vie, notamment le nombre considérable de correspondances échangées avec plusieurs chefs d'Etat et de gouvernement¹¹⁴⁰ : le président des Etats Unis de l'Amérique, les présidents des pays d'Amérique Latine¹¹⁴¹, l'impératrice de Russie¹¹⁴² ou encore les rois de Lybie¹¹⁴³, d'Espagne¹¹⁴⁴ ou du Portugal¹¹⁴⁵, de Grèce¹¹⁴⁶ ou encore les membres de l'Assemblée nationale révolutionnaire en France¹¹⁴⁷. Ainsi, dans une lettre adressée à James Madison, alors président des Etats-Unis d'Amérique, afin de lui vanter les bienfaits d'une codification complète de la législation, il n'hésite pas à souligner à quel point cette dernière constitue le seul et unique moyen de remédier à l'inaccessibilité du droit de tradition de *common law*¹¹⁴⁸. Néanmoins, malgré toutes ces tentatives, son projet de code universel, le *Pannomion*, ne verra jamais le jour en Angleterre pour diverses raisons : politiques, idéologiques, juridiques etc. Son *Pannomion*

¹¹³⁷ Voir sur la relation entre les gouvernants et les gouvernés dans la théorie benthamienne de législation, Jeremy BENTHAM, *Fragment sur le gouvernement : Manuel de sophisme politique* précité, (traduction de Jean-Pierre CLERO), pp. 171 et s.

¹¹³⁸ *Ibid.*, pp. 175-176.

¹¹³⁹ G. GUYON, *Les codificateurs et leurs modèles lors des « grandes manœuvres » de la réforme pénale anglaise* précité, p. 69.

¹¹⁴⁰ Gaston BRAIVE, Jeremy Bentham (1748-1832). L'homme et l'œuvre. Accompagné d'un essai de bibliographie, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 18-20.

¹¹⁴¹ *Ibid.*, p. 18. Voir également F. OST, Codification et temporalité dans la pensée juridique de Jeremy Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 194.

¹¹⁴² Gaston BRAIVE, *ibid.*, p. 18.

¹¹⁴³ *Ibid.*

¹¹⁴⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, Essais sur la situation politique de l'Espagne, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, pp. 127-239.

¹¹⁴⁵ F. OST, *ibid.*, p. 196.

¹¹⁴⁶ *Ibid.*

¹¹⁴⁷ Voir sur l'influence de Jeremy Bentham sur la France révolutionnaire, in Emmanuelle de CHAMPS, *La déontologie politique* précité, p. 199.

¹¹⁴⁸ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), *Papers Relative to Codification and Public Instruction* précité, p. 20. Voir sur ce point C. CHAUVET, *Les apports de Jeremy Bentham à l'analyse économique de l'Etat. Prélude à une théorie de la bureaucratie*, Thèse Sciences éco. Univ. Picardie, 2006, pp. 116-122. G. TUSSEAU, *Jeremy Bentham : La guerre des mots* précité, pp. 128-130.

n'est adopté par aucun des pays qui ont manifesté leur désir d'adopter un code afin de mettre fin à l'incertitude du droit. Ce rejet de la codification se traduira par l'échec de la réforme utilitariste du droit, entreprise en Angleterre, selon le mode benthamien.

Tout au long du XIX^{ème} siècle, le Parlement anglais, y compris les partisans les plus attachés aux réformes, se refusera à mettre en œuvre une refonte radicale du droit anglais par le moyen d'une codification inspirée du modèle benthamien. En effet, les partisans de la réforme du droit anglais, toutes tendances politiques confondues (*whig* et *tory*) en dehors du mouvement radical qui a vu le jour sous l'impulsion de notre auteur, sont très hostiles aux moyens de mise en œuvre de la réforme proposée par le fondateur de la doctrine utilitariste, à savoir la codification complète du droit anglais.

Assurément, le motif premier du refus d'une réforme du système juridique anglais sur le modèle utilitariste est son instrument : le *Pannomion*. Pour la majorité des réformateurs anglais, spécialement parmi les conservateurs du parti *tory*, le vice est rédhibitoire. La méthode de codification du droit étant complètement étrangère à une tradition juridique invétérée, les différents projets de codification qu'a connus l'Angleterre tout au long du XIX^{ème} siècle n'ont pu aboutir.

Cette résistance conservatrice s'est caractérisée par une défense de la tradition, à savoir l'amélioration progressive du droit (**Sect. 1**). Elle a pris appui paradoxalement sur l'affirmation d'une glorieuse certitude de la *common law*. Cependant le triomphe de la méthode de réforme traditionnelle, la consolidation, cache les dérobades des *lawyers* anglais : ne pas codifier ou codifier « à l'anglaise » ? (**Sect. 2**).

Section 1. La tradition : l'amélioration progressive du droit

« Oui, mes amis, si vous vous aimez mutuellement, si vous tenez à votre sécurité, fermez votre porte à la common law comme vous le feriez pour la peste. Laissez-nous le triste privilège d'être régi par ce tissu d'imposture, par ce gang de juristes (...). N'oubliez jamais cette leçon : partout où la common law débarque, la sécurité a disparu »¹¹⁴⁹.

C'est dans la lettre adressée aux citoyens des Etats Unis d'Amérique que le réformateur anglais expose le plus clairement son désir de substituer un code complet de la législation, un *Pannomion*, à la *common law*¹¹⁵⁰ pour remédier à l'incertitude du droit anglais.

L'ambition de Jeremy Bentham est de composer un *Pannomion*, appelé également un « *pandicaion* »¹¹⁵¹, c'est-à-dire un corps complet de droit pour atteindre le plus grand bonheur pour le plus grand nombre en matière de législation¹¹⁵². Il entend ainsi marquer une véritable rupture avec la tradition juridique anglaise encore en vigueur à la fin du XVIIIème siècle. Cette ambition devrait s'inscrire dans un contexte de bouleversement politique et idéologique très favorable à la réforme du système politique, économique et social du Royaume Uni¹¹⁵³.

Cependant, si tous les réformateurs anglais conviennent de la nécessité de la réforme du système en vigueur, tous ne s'accordent pas sur la méthode

¹¹⁴⁹ Jeremy BENTHAM, *The Works* (éd. Bowring), Lettre de J. Bentham, un anglais, aux citoyens des Etats-Unis d'Amérique, Juin 1817, in *Papers relative to codification* précité, pp. 478-507. Voir Gaston BRAIVE, *Jeremy Bentham (1748-1832). L'homme et l'œuvre* accompagné d'un essai de bibliographie, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 18.

¹¹⁵⁰ F. OST, *Codification et temporalité dans la pensée juridique de Jeremy Bentham*, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* Précité, p. 194.

¹¹⁵¹ UC, xxxiii, 101, *Projet*, 1786-1787 : « *Pandicaion* est un mot composé de deux mots grecs, dont l'un signifie tout, et l'autre pourrait signifier ce qui est sanctionné par les lois. On pourrait également dire *pannomion*. Ce dernier même serait le plus vrai et le plus expressif, mais le premier doit être le plus connu », (cité par Emmanuelle de CHAMPS, *La déontologie politique* précité, p. 143).

¹¹⁵² Emmanuelle de CHAMPS, *La déontologie politique* précité, pp. 143-144, 263 et s.

¹¹⁵³ *Ibid.*, p. 220.

ou les moyens à utiliser pour le faire. Comme le souligne Emmanuelle de Champs : « *Tout au long de cette période, des revendications en faveur de la réforme politique se font entendre. Ces courants sont multiformes et difficiles à définir, comme en témoignent les débats historiographiques autour du terme « radicalisme »* »¹¹⁵⁴. Le courant réformateur le plus radical, dans la mesure où il propose la refonte du système juridique anglais dans sa totalité, est le courant utilitariste porté par Jeremy Bentham¹¹⁵⁵. Ce dernier va s'illustrer notamment dans les débats qu'a connus la scène politique anglaise au début du XIX^{ème} siècle sur la pertinence de la codification comme instrument de réforme du droit anglais. Ainsi, durant la première moitié du XIX^{ème}, la codification déchaîne les passions¹¹⁵⁶. Les partisans de la réforme radicale du droit en Angleterre (une branche du parti *whig*), appelé également les « *radicaux* »¹¹⁵⁷, voient dans la codification la panacée.

La codification est dans l'air du temps c'est le moment Bentham. La conjoncture se prête à tenter de refondre le droit anglais pour le rendre accessible au plus grand nombre. Cela s'avèrera un échec, car, dans l'Angleterre du début du XIX^{ème} siècle refondre le droit anglais par une codification est considéré comme une voie sans issue (§1). Les réformateurs anglais, partisans de la codification, se heurtent à une réaction conservatrice qui donne sa faveur au changement dans la continuité au nom du bon sens anglais (§2).

¹¹⁵⁴ Emmanuelle de CHAMPS, *La déontologie politique* précité, p. 220.

¹¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 221 : « *Bentham est « radical » dès l'origine : il réclame une refonte à proprement parler radicale du droit* ».

¹¹⁵⁶ G. GUYON, *op. cit.*, p. 82.

¹¹⁵⁷ Ce mouvement politique partisan de la réforme du système politique et juridique en Angleterre est né à la suite des révolutions américaine et française de la fin du XVIII^{ème} siècle ainsi que les bouleversements économiques qu'a connus l'Angleterre à la suite de la Révolution industrielle. Bentham emploie ce terme « radical » (*a Radical*) pour désigner un partisan de la réforme parlementaire et du mode du scrutin en Angleterre. Voir sur ce point : Elie HALEVY, tome II, *La formation du radicalisme philosophique* précité, pp. 137-138. Pour Emmanuelle de CHAMPS, le terme doit être utilisé au sens le plus large possible, c'est-à-dire qu'il doit être employé pour désigner le mouvement politique s'appuyant sur les idées benthamiennes pour réclamer la réforme et la refonte du mode de scrutin pour accorder le droit de vote aux classes laborieuses et bourgeoises ainsi que la modification de la répartition des sièges au parlement dans ces deux chambres (*ibid.*, pp. 221 et s).

§1. Refonder le droit anglais par une codification : une voie sans issue

*« Le propre des écrivains de l'école utilitariste et, entre tous, de Bentham, ce sera d'être moins de grands inventeurs que de grands arrangeurs d'idées : n'est-ce pas grâce à ce génie de l'arrangement logique que, réduisant en formules la philosophie courante de leur pays et de leur siècle, ils réussiront à constituer une école où se professa une doctrine collective ? »*¹¹⁵⁸. Le triomphe de la philosophie utilitariste devrait être accompagné de celui de la codification du droit anglais.

A partir de la fin du XVIII^{ème} siècle, le mouvement réformateur national anglais prend une importance considérable notamment avec l'avènement de la Révolution industrielle en Angleterre et par contrecoup des révolutions politiques aux Etats Unis d'Amérique (1776) et en France (1789) inspirées par les idées des philosophes des Lumières. La Révolution française va influencer le plus les réformateurs anglais, notamment par sa révolution juridique et la réalisation du Code civil de 1804 dont le succès est considérable dans toute l'Europe du début du XIX^{ème} siècle, y compris en Angleterre. Dans ce contexte, tout laisse à penser que toutes les conditions sont réunies pour que la réforme de la législation que porte Jeremy Bentham aboutisse.

Pour Elie Halévy, cette période peut être qualifiée de période de Bentham, car la codification apparaît comme l'émanation de *« l'esprit du temps »*¹¹⁵⁹. C'est ainsi que la refondation du droit anglais paraît devoir se manifester, dans un premier temps, sous la forme d'une codification du droit criminel conforme aux Lumières. Sans succès. La réforme se voulait radicale, mais elle procédait d'un radicalisme ... modéré (A). Dans un second temps, loin de consolider, voire de précipiter un mouvement de

¹¹⁵⁸ Elie HALEVY, *La formation du radicalisme philosophique. La jeunesse de Bentham* précité, tome I, pp. 45-46.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 45.

codification sur le mode benthamien, la Révolution industrielle favorise l'émergence d'une exception anglaise (B).

A. Un radicalisme ... modéré

Parler de la codification en Angleterre peut paraître illégitime, car contestable, puisqu'on sait que ce pays n'a jamais adopté de code à ce jour. Pourtant, ce n'est pas faute d'avoir essayé. En effet, tout au long du XIX^{ème} siècle ce pays a connu de multiples initiatives de codification du droit. Dans un premier temps les projets de codifications du droit pour le rendre accessible ne concerne que l'Angleterre et le Pays de Galles, ensuite elles s'étendent au *British Empire* (1815/1897)¹¹⁶⁰.

Elie Halévy accorde une place fondamentale à Jeremy Bentham dans l'émergence des mouvements réformateurs anglais. Pour justifier son propos, il s'appuie sur les débats sur les projets de réforme du droit anglais en générale et ceux portant sur la codification de la *common law* en particulier, initiés par le parlement anglais durant le XIX^{ème} siècle¹¹⁶¹.

Incontestablement, durant cette période, la codification apparaît en tant qu'une exigence de l'opinion publique¹¹⁶² comme l'illustre la réforme du *Bloody code* qui traduit une aspiration générale. Ce dernier en est la manifestation la plus éclatante (1^o). Plus généralement cela permet la persée d'une nouvelle voie : une codification des *statute laws* (2^o).

¹¹⁶⁰ Durant cette période, plusieurs projets de codification du droit anglais applicable sur le territoire des colonies britanniques comme le *draft code* en Inde (qui a vu le jour en 1862) ou en Jamaïque (il n'a jamais vu le jour) sont à l'étude.

¹¹⁶¹ Elie HALEVY, *Le radicalisme philosophique* précité, tome III, pp. 80 et s.

¹¹⁶² Par opinion publique en Angleterre du XIX^{ème} siècle il faut entendre les idées développées par les penseurs, les politiciens et les spécialistes de la science du droit et de la politique. Elle s'exprime essentiellement à travers les débats parlementaires sur toutes les réformes entreprises ainsi que dans les opinions des *lawyers*.

1°. Une exigence de l'opinion publique : la réforme du

Bloody Code

Depuis le siècle précédent, le Parlement d'Angleterre du XVIIIème siècle, avait cherché à lutter contre la délinquance de cette époque et avait édicté des lois répressives de circonstances complètement dispersées et incohérentes.

Malgré sa dénomination, le *Bloody Code* n'est pas un code, bien au contraire. C'est le nom donné au système de répression des crimes passibles d'un *capital punishment*¹¹⁶³. Tout au long du XVIIIème siècle, des lois sont venues multiplier les faits sanctionnés par la peine de mort. Au temps de William Blackstone, il y aurait eu quatre fois plus de crimes capitaux qu'au début du siècle. « *Yet, though in this instance, we may glory in the wisdom of the English law, we shall find it more difficult to justify the frequency of capital punishment to be found therein ; inflicted (perhaps inattentively) by a multitude of successive independant statutes, upon crimes very different in their natures. It is a melancholy truth, that among the variety of actions which men are daily liable to commit, no less than a hundred and sixty have been declared by act of Parliament to be felonious without benefit of clergy ; or, in other words, to be worthy of instant death.* »¹¹⁶⁴. En 1819, le Parlement anglais publie un rapport intitulé « *Statutes of the Realm* »¹¹⁶⁵ (les lois du Royaume) pour la réforme du droit criminel. Ce recueil regroupe tous les *statute laws* promulgués en Angleterre de 1235, durant le règne d'Henri III (1207-1272), jusqu'au début du règne de Georges Ier (1714).

¹¹⁶³ G. GUYON, *op. cit.*, p. 99 : « Notons enfin que les termes "Bloody Code" apparaissent tardivement, dans l'historiographie du XXème siècle, sous la plume des spécialistes de la législation anglaise au XVIIIème siècle ».

¹¹⁶⁴ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, liv.IV, ch. 1, Dublin, 1770, p. 18.

¹¹⁶⁵ Sans être une codification à proprement parler, *Statutes of the Realm* est un premier recueil de loi publié par le Parlement qui va permettre une meilleure connaissance du droit criminel anglais. Il regroupe et compile les lois pénales depuis la naissance de la *common law* suivant un ordre chronologique d'une part et d'autre part traduit en anglais tous les *statute laws* rédigés en latin et en français. Les *Statutes of the Realm* ont été publiés en neuf volumes entre 1811 et 1825.

A la lecture des *Statutes of Realm*, on constate que le droit criminel anglais, tel qu'il existe encore au début du XIX^{ème} siècle, se caractérise par sa cruauté : il contient un nombre considérable d'infractions pour lesquelles la peine capitale est appliquée. Il en était dénombré pas moins de deux cents. On constate également qu'avant la publication des *Statutes of the Realm* ces infractions susceptibles de la peine capitale il était impossible aux individus de les connaître ou de les comprendre. Elles étaient parfaitement inaccessibles aux justiciables¹¹⁶⁶. Les individus étaient placés devant une véritable « *loterie fatale* » comme le précise G. Guyon¹¹⁶⁷.

Le droit pénal anglais du début du XIX^{ème} siècle qu'incarne le *Bloody Code* est réputé comme un « *droit qui sent le sang* »¹¹⁶⁸. Georges Lamoine résume le procès fait au droit criminel anglais du XVIII^{ème} siècle : « *La pire des violences restait cependant l'esprit de ce que l'on nommait « The Bloody Code », l'arsenal répressif. La justice pénale du dix-huitième siècle était caractérisée par la disproportion entre le délit et la punition (...) Et si la fin du dix-septième siècle comptait environ 65 délits passibles de la corde, à la fin du règne de Georges III (1820) ce nombre s'élevait à 220 ! Le seul ensemble de textes de 1723 (...) connus sous le nom de « Black Act », ajouta d'un seul coup 50 motifs supplémentaires de pendre* »¹¹⁶⁹. Le *Black Act* de 1723¹¹⁷⁰ qui est une loi adoptée par le

¹¹⁶⁶ G. GUYON, *op. cit.*, pp. 98-99 : « *A la critique de la substance s'ajoute la question controversée du droit. Pour une partie des réformateurs les plus conservateurs, notamment – mais le clivage politique n'est pas évident à délimiter – la loi, c'est-à-dire la règle délibérée et édictée par le législateur, fut au XVIII^{ème} siècle une source trop prolifique de normes. Produite de surcroît à mauvais escient. Selon eux, le législateur du XVIII^{ème} siècle, poursuivant une politique de la terreur, aurait édicté de temps à autre, presque par hasard, de nouveaux acts qui prévoient la peine capitale en réponse à un délit mineur, sans toutefois justifier, tant idéologiquement que politiquement, une telle peine. Par ailleurs, le droit statutaire est inaccessible, incompréhensible et largement dispersé dans les recueils de chambres du parlement. Les législations successives forment en effet un vaste corpus de règles variées, une masse monolithique de normes anciennes et anachroniques, sévères et prophylactiques, parfois obsolètes et souvent contradictoires* »

¹¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 99.

¹¹⁶⁸ C. PHILIPPS, *Vocation Thoughts on the Punishment of Death*, Londres, W. & F. G. Cash, 1857, p. 273.

¹¹⁶⁹ Georges LAMOINE, « *Quelques réflexions sur la justice anglaise au XVIII^{ème} siècle* ». *Savoir et violence en Angleterre du XIV^e au XVIII^e siècle*, édition Alain Morvan (Lille : Publication de l'Université de Lille III, 1987), pp. 155-156.

¹¹⁷⁰ C'est la loi qui symbolise la lutte des classes dans l'Angleterre du XVIII^{ème} siècle selon Edouard P. THOMSON dans son article : *La guerre des forêts. Luttés sociales dans l'Angleterre du XVIII^{ème} siècle*, coll. *Fruturs Antérieurs, La découverte*, 2014, p. 197. G. GUYON, *ibid.*, pp. 97-98 : « *Dans la première moitié du XVIII^{ème} siècle, le*

Parlement anglais pour lutter contre le braconnage des forêts par les bandits de grands chemins, d'où elle tire son nom¹¹⁷¹, a établi plus de 50 motifs de peine de mort pour toute atteinte à une forêt royale et épiscopale¹¹⁷².

Partant de ces constats, on comprend pourquoi les réformateurs anglais de la fin du XVIII^{ème} siècle et du début du XIX^{ème} siècle accordent la priorité la plus absolue à cette branche du droit. C'est elle qui semble caractériser le plus l'aberration du système législatif anglais. Comme le constate Kane Baydallaye « *La disproportion entre le crime et le châtement, à laquelle venait s'ajouter l'inefficacité d'un code pénal prompt à donner la mort, allaient susciter sentiments d'indignation et cris d'alarme à une époque qui se voulait celle de la Raison* »¹¹⁷³. Ce constat vaut également pour les autres pays de l'Europe à cette époque. Effectivement la première réforme adoptée en France après la Révolution de 1789 est celle des lois criminelles, ce qui traduit bien l'importance de cette matière aux yeux des citoyens des différents pays¹¹⁷⁴. C'est également par la réforme des lois pénales que les nouveaux principes révolutionnaires rationnels et systématiques, tels que le principe de légalité des délits et des peines ou encore le principe de proportionnalité des peines aux délits, ont commencé à être consacrés dans le droit positif, tels que le principe de liberté et d'égalité notamment, en totale rupture avec les principes du droit pénal de l'Ancien régime issus de l'époque féodale selon les contemporains. Le droit criminel

Parlement, sur requête des propriétaires fonciers (tenants), crée une multitude de nouvelles infractions capitales (capital offenses). Le seul Waltham Black Act 1723 (un acte qui tire son nom d'un groupe de bandits de grands chemins, de célèbres braconniers qui se maquillaient le visage en noir lorsqu'ils braconnaient le gibier royal) est d'ailleurs à l'origine d'un quart des deux cent infractions capitales qui composent le Bloody Code. Selon Léon Radzinowicz « aucun autre statute adopté au XVIII^{ème} siècle n'égale le Waltham Black Act en terme de sévérité (...) ».

¹¹⁷¹ Edouard P. THOMSON, La guerre des forêts. Lutttes sociales dans l'Angleterre du XVIII^{ème} siècle, coll. *Futurs Antérieurs*, La découverte, op. cit., p. 197.

¹¹⁷² *Ibid.*, pp. 197 et s.

¹¹⁷³ Kane BAYDALLAYE, Le procès de la justice anglaise du XVIII^{ème} siècle dans *Gullier's Travels*. In : *XVII-XVIII. Bulletin de la société d'études anglo-américaines des XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles*. n°30, 1990, pp. 65-84, spécialement p. 65.

¹¹⁷⁴ J.-C. MARTIN, Crime et Révolution française. Du bon usage des mots, dans B. Garnot (édition), *Histoire et Criminalité de l'Antiquité au XIX^{ème} siècle*. Nouvelles approches. *Actes du colloque de Dijon*, 2-5 octobre 1991, Dijon, 1992, pp. 289-296. Voir également sur le même sujet l'article de Xavier ROUSSEAU, Politique judiciaire, criminalisation et répression. La révolution des juridictions criminelles (1792-1800), Presses universitaires de Rennes (PUR), <http://www.openedition.org/6540>, 2005, consulté le 31/10/2017, pp. 89-114.

est alors jugé en France, ainsi que dans tous les pays d'Europe, comme étant un système inique, arbitraire et source des plus grandes injustices qu'ont subies les citoyens avant la Révolution¹¹⁷⁵. Et comme il faut s'y attendre, l'Angleterre n'est pas en reste de ce mouvement européen de la fin du XVIIIème siècle et du début du XIXème siècle. L'opinion publique ne devait pas rester insensible aux innovations du code criminel français de 1791. En effet, pour les observateurs avisés du droit anglais de cette époque sont unanimes à considérer que le *Bloody code* est en totale contradiction avec les aspirations de la société anglaise du début du XIXème siècle. John Stuart Mill, disciple de Jeremy Bentham, écrit que « *la base du droit anglais était et reste encore à ce jour le système féodal. Ce système était en relative conformité avec les besoins et désirs de la société au sein de laquelle il fut élaboré, ce qui revient à dire de la tribu de rudes soldats, maintenant la population sous leur joug et se divisant sa fortune. La société évoluant, à ce campement d'hommes en armes s'est substituée une société riche, industrialisée et libre. Les lois qui convenaient à la première de ces deux sociétés ne sont plus adaptées à la réalité de la seconde* »¹¹⁷⁶.

Dès la fin du XVIIIème siècle, les citoyens anglais nourrissent une méfiance viscérale à l'égard de la législation pénale anglaise dans sa globalité, qu'ils considèrent à juste titre comme incompatible avec leurs « *attentes* » en termes de justice d'une part et les valeurs « *morales et religieuses* », telles que la clémence et la tolérance, d'autre part¹¹⁷⁷.

Ainsi est-il possible de constater une convergence entre les aspirations des intellectuels et celles du peuple dans sa majorité. La réforme proposée par Jeremy Bentham et portée par ses disciples apparaît comme « *le moule où viendront prendre forme toutes les idées réformatrices* »¹¹⁷⁸. Mais, en réalité, le consensus se limite au constat de la sévérité des peines instaurées par les deux cents lois criminelles constituant le « *Bloody Code* ».

¹¹⁷⁵ Kane BAYDALLA- OCTOBRE YE, Le procès de la justice anglaise du XVIIIe siècle dans *Gulliver's Travels*, op. cit., p. 66.

¹¹⁷⁶ J. S. MILL, in *The Works of Jeremy Bentham, Œuvres*, op. cit., p. 469.

¹¹⁷⁷ *Ibid.* p. 66.

¹¹⁷⁸ Elie HALEVY, tome I, La jeunesse de Bentham, in *Le radicalisme philosophique* précité, p. 3.

2°. L'échec des initiatives de codification du droit criminel

de Romilly

Le débat sur la codification du droit anglais prend une autre dimension après le succès qu'elle a eu en France. En effet, après la réalisation du Code civil (1804) en France, un grand mouvement de littérature juridique voit le jour en Angleterre emmené par les partisans du mouvement radical de réforme. Il pose explicitement la question de la codification en général et de son opportunité en Angleterre en particulier. Les partisans du mouvement radical anglais profite de ce contexte, qu'ils croient favorable, pour prendre des initiatives politiques concrètes en faveur de la codification du droit anglais, surtout avec le triomphe aux législatives du parti *whig* au début du XIXème siècle dont ils sont membres.

Dans les faits, les transformations sociales et économiques qu'a connues l'Angleterre à cette période ont poussé la classe politique dans son ensemble à entreprendre des réformes nécessaires afin de remédier aux maux dont souffre leur pays, entre autres l'augmentation de la criminalité dans les villes. Le système judiciaire est alors en crise, car incapable de remédier à ces phénomènes nouveaux¹¹⁷⁹, particulièrement depuis l'indépendance des colonies de l'Amérique du Nord où l'Angleterre exportait ses criminels¹¹⁸⁰. C'est pourquoi les membres du Parlement, tels que Samuel Romilly (1757-1818), James Mackintosh (1765-1832), deux réformateurs *whigs*, et Robert Peel (1788-1850), réformateur *tory*, s'accordent sur la nécessité d'une réforme : l'objectif des uns et des autres (*whigs* comme *tories*) est la modernisation du système judiciaire anglais. C'est dans ce contexte que sont débattus à Westminster les projets de

¹¹⁷⁹ Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 79 : « (...) l'étude combinée du droit adjectif et du droit constitutionnel permet, en raison même de la ressemblance des problèmes traités, de comprendre à la suite de quelle évolution logique Bentham, originellement un tory, finit par devenir après 1815 le philosophe du parti radical. De tout temps et en toute matière, il (Bentham) a été un simplificateur : sur ce point il a toujours pensé comme Godwin, comme Paine et comme Cartwright ». Voir également pour plus de détails, *ibid.*, pp. 121-152.

¹¹⁸⁰ Roland MARX, *Histoire de la Gande-Bretagne*, éd. Armand Colin, 4^{ème} édition, 1980, rééditée en 1996, pp. 178-180.

codifications présentés par le parti *whig* et les projets de consolidation présentés par le parti conservateur *tory*. « *Des projets, bien entendu, préparés et rédigés par des commissions spécialisées, lesquels sont nommées par le roi, le gouvernement ou par le Parlement* »¹¹⁸¹.

Mais, alors que le triomphe des idées de Jeremy Bentham sur la codification ou encore son modèle idéal de législation semble assuré, force est de constater qu'il n'en est rien en pratique. Son nom même n'apparaît dans les archives du parlement anglais de cette même période. L'échec tient à diverses raisons, spécialement son opposition aux politiques des rois anglais, Georges III et Georges IV. Un *non possumus* est opposé à une remise en cause du modèle juridique de la tradition de *common law*¹¹⁸².

En Angleterre, la question de la codification du droit voit le jour concrètement pour la première fois du vivant de Jeremy Bentham, en 1810. Cette mission est le partage de l'un de ses disciples, Samuel Romilly¹¹⁸³, un fidèle parmi les fidèles, tel qu'Elie Halévy¹¹⁸⁴ approuvé par Roland Marx¹¹⁸⁵ ne regarde pas à évoquer un « *lien de filiation* » entre le maître et l'élève.

Elle porte sur la réforme du droit pénal anglais. Plus précisément, elle a lieu lors de l'introduction d'un projet de réforme de la peine de mort, un thème cher à notre auteur. Il est l'un des premiers à militer pour son abolition. De ce fait, « *l'ami de Jeremy Bentham* », comme aiment le dire les partisans du mouvement radical anglais, « *ouvrait en effet le chantier de la réforme parlementaire par une critique vitriolée de la peine capitale, véritable fer de lance de la justice criminelle du début du XIXème siècle* »¹¹⁸⁶. Influencé par Beccaria¹¹⁸⁷, auquel il fait souvent directement

¹¹⁸¹ Roland MARX, *op. cit.*, p. 55.

¹¹⁸² Elie HALEVY, La jeunesse de Bentham, in *Le radicalisme philosophique* précité, tome I, pp. 79 et s.

¹¹⁸³ Cf. *infra*, p. 379.

¹¹⁸⁴ W. COLLINS, The Speeches of Sir Samuel Romilly in *the House of Commons*, Londres, Murray, 1820. pp. 212 et s.

¹¹⁸⁵ Roland MARX, *Histoire de la Grande-Bretagne* précité, p. 55-56.

¹¹⁸⁶ HC Deb, 19 February 1810, vol. 15, cc. 366-374 : « *Exceptée l'Angleterre, il n'y a probablement aucun autre pays dans le monde dans lequel tant d'actions humaines sont punies par la perte de la vie* ».

¹¹⁸⁷ Voir sur ce point : la critique par l'auteur italien de la peine de mort, BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, Paris, J. F. Bastien, 1773, pp. 138-139 : « *Quel peut être ce droit que les hommes s'attribuent d'égorger leurs semblables ? Ce n'est certainement pas*

référence, Samuel Romilly ne fait, en réalité, que traduire les principes qu'avait élaborés le réformateur utilitariste anglais.

Même si son projet n'a pu aboutir, il a cependant le mérite d'avoir attiré l'attention de ses compatriotes sur la question « *en s'attaquant à ce qui constituait le cœur de la justice criminelle anglaise* »¹¹⁸⁸.

La proposition de réforme du droit pénal anglais de Samuel Romilly est facilitée par l'ampleur de la contestation du *Bloody Code* en Angleterre. Romilly n'omet pas de le rappeler dans son discours prononcé devant la Chambre des Communes le 9 février 1810. Dans sa critique du droit pénal en vigueur, il attaque avec vigueur la généralisation de l'application de la peine de mort : « *He would not, however venture at present to introduce any great change into criminal code, but would only suggest, that mere violations of property, unattended with any circumstances of personal vilance, or dangerous effects to commerce, ought to be exempted from capital punishments* »¹¹⁸⁹.

Par cette suggestion, Samuel Romilly se borne à faire sien le sentiment communément partagé à cette époque par la population anglaise en général et les *lawyers* en particulier.

Parmi les critiques de droit pénal anglais, Samuel Romilly et ses partisans du parti *whig* reprennent à leur compte les arguments en faveur de la réforme en empruntant aux travaux de Jeremy Bentham sur le sujet. Ainsi, comme le philosophe de l'utilité, ils considèrent les lois pénales anglaises comme une masse « *informe et monstrueuse* » et par voie de conséquence inaccessibles au plus grand nombre, et les peines qu'elles

celui dont résultent la souveraineté et les lois. Elles ne sont que la somme totale des petites portions de liberté que chacun a déposées, elles représentent la volonté générale, résultat de l'union des volontés particulières. (...) La peine de mort n'est appuyée sur aucun droit. Elle n'est donc qu'une guerre déclarée à un citoyen par la nation, qui juge nécessaire, ou au moins utile, la destruction de ce citoyen ». Voir sur ce point Kane BAYDALLAYE, *op. cit.*, p. 66.

¹¹⁸⁸ Voir la note de bas de page de G. GUYON, n° 350, *ibid.*, p. 95 : Sur les travaux de Romilly, Sir W. Collins, *The Speeches of Sir Samuel Romilly in the House of Commons*, Londres, Murray, 1820.

¹¹⁸⁹ Voir l'extrait du Discours prononcé par Samuel Romilly devant la Chambre des Communes, (HC Deb, 09 February 1810, vol. 15, cc. 366-34).

prévoient comme étant « *barbares* », voire « *contraires à la raison* » et également contraires « *au principe même de la justice* »¹¹⁹⁰.

Dans ces conditions, le rejet du modèle que propose le philosophe anglais n'est guère compréhensible, au regard de l'urgence de la réforme. En effet, il intervient à une période durant laquelle la critique du système en vigueur est générale. Par sa codification, le droit pénal devrait devenir plus clair, plus précis et par voie de conséquence plus accessible aux citoyens, mais également aux praticiens du droit, les *lawyers*.

Selon les spécialistes du droit pénal anglais, l'échec de cette réforme trouve sa source principalement dans l'absence au sein de la tradition juridique anglaise d'un modèle sur lequel le législateur pouvait s'appuyer¹¹⁹¹. Au même moment, Jeremy Bentham avait élaboré le sien. Cela ne laisse aucun doute sur la volonté du législateur anglais de ne pas s'appuyer sur le modèle utilitariste de réforme du droit pénal anglais qui reste, selon eux, qu'un modèle théorique, comme le souligne Gwenaël Guyon¹¹⁹².

Par pragmatisme, les parlementaires anglais se réfèrent au « *modèle français* », alors même que le mot « *modèle n'a pas encore fait son apparition dans le vocabulaire anglais* » souligne encore Gwenaël Guyon¹¹⁹³. Il est de fait qu'il a été érigé en modèle durant les débats sur la réforme du droit criminel en Angleterre¹¹⁹⁴.

¹¹⁹⁰ Voir sur ces points, J. Hostettler, *The Politics of Criminal Law, Reform in the Nineteenth Century*, P. 4 : « *une masse informe et monstrueuse de techniques étranges, d'anomalies curieuses, de peines barbares, qui violent tous les principes de la raison et de la justice* ». L. RADZINOWICZ, *op. cit.*, p. 354 : « *un droit cruel par ses châtiments et irrémédiablement mauvais en tant que système* ». G. GUYON, *ibid.*, p. 98

¹¹⁹¹ G. GUYON, *op. cit.*, p. 95.

¹¹⁹² *Ibid.*, p. 97.

¹¹⁹³ *Ibid.*, p. 96 : « *Mais encore faut-il s'accorder sur ce que l'on entend par le modèle français. En réalité, le discours sur le modèle français en Angleterre est un discours à deux temps. Il sera démontré dans un premier temps que les juristes anglais connaissent le concept de modèle sans pour autant user du mot qui le désigne : le terme de modèle, auquel ils préfèrent les substantifs : exemple, archétype, référence ou étalon. Le concept de modèle pointe ainsi dans le discours whig dès 1819, mais implicitement, c'est-à-dire en l'absence de vocable de modèle qui n'apparaît que plus tardivement, entre 1822 et 1823. Puis, tout à coup, le terme modèle est sur toutes les lèvres, l'ensemble de la classe politique anglaise – Whigs comme Tories – parlant subitement de modèle français ou exemple français. Comment, dès lors, expliquer l'apparition soudaine – et surtout permanente – de ce vocable nouveau ? De même, comment justifier l'attraction d'une partie*

Gwenaël Guyon souligne cependant que : « *de toute évidence, les différents recours au modèle français entre 1810 et 1830 n'ont pas la même signification et la même portée. Dans un premier temps strictement substantiel et servant la réforme au fond du droit, le modèle français se métamorphose par la suite en modèle formel qui sert à la promotion de la technique de codification* »¹¹⁹⁵.

Mais, finalement, le modèle français de codification pénale subit le même sort que les projets de codification benthamiens, dans le sens où il est tantôt attractif, tantôt repoussoir selon la formation politique porteuse du projet, *whig*¹¹⁹⁶ ou *tory*¹¹⁹⁷.

Mais en vérité, par-delà les références au modèle français, l'influence du réformateur radical anglais sur les premières initiatives de codification du droit anglais est flagrante. Non seulement les travaux de Bentham inspirent les initiatives de réforme du mouvement radical anglais quant à la critique du droit existant, mais également dans le choix du remède. L'initiative de codification du droit criminel anglais de Romilly en est la parfaite illustration. A chacune des deux étapes de la réforme de Samuel Romilly transparaît l'influence de Jeremy Bentham. D'abord, dans les arguments en défaveur du droit en vigueur, ensuite dans le remède préconisé. Samuel Romilly utilise d'une manière générale la méthode analytique benthamienne dans la mise en œuvre des projets de réforme¹¹⁹⁸. Déjà, dans son plaidoyer en faveur de la réforme du droit de propriété en vigueur, il avait commencé par la critique du système de distinction entre les règles applicables à la propriété mobilière et immobilière avant de présenter

des réformateurs anglais pour le droit national du rival historique de l'Angleterre ? On constate en dépouillant les archives de Westminster que le droit pénal français est à l'origine un simple outil de référence : le système français est identifié et simplifié en un modèle réduit, qui sert de référence et d'instrument de comparaison au service d'un vaste projet politique visant à criminaliser l'ensemble de la société anglaise tout en modérant les peines. Cet outil, par un usage pragmatique, répété, puis généralisé, devient par la suite un modèle-imitation ouvrant la voie à la réforme ; le droit français est présenté dans le discours parlementaire comme un système modélisé que certains entendent imiter et copier, dont on s'inspire, dont on se sert à des fins politiques ou afin de le faire rejeter ».

¹¹⁹⁴ G. GUYON, *op. cit.*, pp. 97-99

¹¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 260.

¹¹⁹⁶ *Ibid.*, pp. 260 et s.

¹¹⁹⁷ *Cf. infra*. pp. 351 et s.

¹¹⁹⁸ Discours prononcé par Samuel Romilly devant la Chambre des Communes, (HB Deb, 09 February 1810, vol. 15, cc. 370-374).

son remède : l'unification des régimes juridiques applicables à la propriété¹¹⁹⁹.

Mais si, dans ses intentions, il se propose dans son projet de code de rompre avec la tradition de *common law* et, par voie de conséquence, réaliser la réforme du droit anglais conformément aux vœux du philosophe de l'utilité, dans les faits, il n'en est rien. Contrairement à ce que l'on peut penser de prime abord, dans son entreprise de réforme du droit pénal anglais, Samuel Romilly reprend les arguments critiques de Jeremy Bentham pour le légitimer, mais ne le fait pas sien purement et simplement. Il reste fidèle à la méthode de réforme traditionnelle en ne proposant que la consolidation des *statute laws* et non pas leur codification, ce qui se sépare complètement du modèle de codification que propose le fondateur de la doctrine utilitariste anglaise. Ainsi, dans le projet de codification du droit pénal qu'il présente devant la Chambre des communes en 1810, Samuel Romilly demande seulement que le législateur, dans une perspective de consolidation exclusivement, à prendre en considération l'évolution de la jurisprudence en la matière¹²⁰⁰, alors que Jeremy Bentham suggère, quant à lui, une codification complète du droit en vigueur.

Il faut le souligner : la réforme du droit pénal anglais concerne exclusivement les lois statutaires sans prendre en considération les règles issues de la *common law* : « *Le mouvement réformateur se concentre uniquement sur la législation pénale venue compléter sans grande cohérence les règles de « judge made law » depuis le règne d'Henri II* »¹²⁰¹. Esprit de transaction ? Esprit de modération ? Il y a lieu de s'interroger, car le même réformateur radical s'arrête également à mi-chemin en matière de peine de mort. En effet, s'il s'approprie le plaidoyer de son maître en faveur de l'abolition de la peine de mort, il ne suggère à aucun moment une rupture absolue avec le système en vigueur. S'il réclame l'abolition de la peine de

¹¹⁹⁹ E. HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 212.

¹²⁰⁰ Discours prononcé par Samuel Romilly devant la Chambre des Communes, (HB Deb, 09 February 1810, vol. 15, cc. 370-374).

¹²⁰¹ G. GUYON, *op. cit.*, p. 96. Dans le même sens : Michel MORIN, Portalis c. Bentham, Les objectifs assignés à la codification du droit civil et du droit pénal en France, en Angleterre et au Canada, in *La législation en question, Mémoires du concours Perspectives Juridiques*, Université d'Ottawa, 1999, pp. 160-161.

mort pour les délits mineurs, il reste favorable à son maintien pour les délits majeurs¹²⁰². L'absence de toute référence explicite à la personne même de Jeremy Bentham comme le retrait par rapport à la radicalité de son projet de codification attestent sans conteste de son influence minime sur les réformes entreprises en Angleterre au début du XIX^{ème} siècle. La Révolution industrielle renouvelle partiellement la donne.

C'est finalement dans un contexte politique plutôt défavorable qu'interviennent les premières initiatives de codification du droit en Angleterre. La situation est loin d'être véritablement propice à la codification, quand bien même le Parlement anglais serait-il appelé à promouvoir une réforme du droit criminel. Ainsi l'adoption de *Forgery Mitigation Bill* (1821)¹²⁰³ par le comité *whig*, majoritaire au parlement, en est un exemple¹²⁰⁴.

B. L'exception anglaise

Comme le souligne Luc Moens, l'époque du fondateur de la philosophie utilitariste correspond à une période charnière comparable à celle qu'avait connue l'Angleterre après la « *Glorieuse Révolution d'Angleterre (1688-1689)* »¹²⁰⁵. En effet, l'époque de notre auteur coïncide avec une phase historique très mouvementée qui conjugue « *crises et*

¹²⁰² HB Deb, 09 February 1810, vol. 15, *ibid.* cc. 366-374. L'auteur suggère à la Chambre des Communes de consacrer par la loi une pratique jurisprudentielle. En effet, les tribunaux se refusent à appliquer la peine de mort hors les cas les plus graves : « *Il était vrai que la peine de mort était très rarement mise en exécution. Mais cela ne résultait pas de la clémence des lois* ».

¹²⁰³ P.P. (1821) A Bill (as amended on the report) for Mitigation the Severity of Punishment in Certain Cases of Forgery, and the Crimes Connected Therewith ; And Also for the More Effectually Detecting the Forgery of Bank of England Notes and Bills, pp. 2 et s.

¹²⁰⁴ Cf. *infra*, pp. 319-320.

¹²⁰⁵ Voir sur ce point Steve PICUS, La Révolution Anglaise de 1688 : Economie politique et transformation radicale, *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, janvier 2011, n°58-1, p. 7. <http://www.cairn.info/revue-d-histoire-moderne-et-contemporaine-2011-page-7.htm>, p. consulté le 5 janvier 2012.

mutations, ruptures et mises en forme »¹²⁰⁶. L'Angleterre était alors perçue comme la capitale économique mondiale à la suite de la Révolution industrielle qui a vu le jour en son sein. D'après le même auteur, à la suite de la Révolution industrielle, « *l'Angleterre s'affirme comme le modèle et le creuset du libéralisme économique, de l'industrialisation et du remodelage de la société civile toute entière à la mesure de l'ordre marchand* »¹²⁰⁷. Ces mutations économiques auront des conséquences considérables sur la société. Ainsi le passage de l'économie marchande à l'économie industrielle impliquera une profonde réorganisation de la société¹²⁰⁸. Ces mutations ont contribué à l'avènement d'un nouveau système économique en totale rupture avec l'ancien. Dès lors l'intervention du législateur pour remettre de l'ordre devient indispensable. Un bon nombre d'économistes du XVIIIème siècle s'accordent sur le fait que les lois qui régissent l'économie sont au fondement même de l'intérêt public. C'est pourquoi les réformateurs sociaux en Angleterre sont unanimes à penser que ce changement social doit avoir des conséquences directes sur la législation. C'est notamment le point de vue de Jeremy Bentham pour qui un code général accessible à tous s'impose plus que jamais.

Pour le sentiment commun, la Révolution industrielle, tout révolution qu'elle soit, ne s'inscrit pas moins dans le cours des choses, dans la continuité historique dépeinte dans le roman national anglais naissant et dont l'avatar juridique est l'amélioration progressive du droit (1°). La doctrine, au demeurant quasi inconnu du peuple anglais, est ainsi voué, sinon à demeurer lettre morte, du moins à ne pas emporter les convictions (2°).

¹²⁰⁶ Luc MOENS, J. Bentham : Loi économique et règle de droit, un libéralisme en travail, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 454.

¹²⁰⁷ *Ibid.*

¹²⁰⁸ *Ibid.*, pp. 454-455 : « *Ce glissement du capitalisme marchand au capitalisme industriel implique une profonde réorganisation des rapports d'échange, et un mouvement d'extension des marchés, notamment vers la constitution d'un marché du travail, à des éléments jusqu'alors régis par des règles d'encadrement social issues de la coutume, par les règlements tâtilons du mercantilisme ou les interventions des autorités de l'ancien régime* ».

1°. Un avatar du roman national anglais

« Jeremy Bentham (1748-1832) a eu bien de la chance : la destinée a fait naître cet homme avide de connaissances en un lieu et à une époque privilégiés : l'Angleterre de la seconde moitié du 18^e siècle »¹²⁰⁹.

Dès la fin du XVIII^{ème} siècle, la croyance en un progrès continu de l'humanité grâce à la Révolution industrielle est érigée en un dogme incontestable et incontesté dans la pensée anglaise dominante. D'après eux, cette évolution rendait nécessaire l'adaptation du droit aux besoins de la société afin de remédier aux inégalités et autres injustices¹²¹⁰. Pour eux, le droit est devenu plus technique, donc plus complexe à la suite de cette Révolution et, par voie de conséquence, très difficile, si ce n'est impossible à comprendre par les individus. C'est pourquoi ils estiment que la Révolution industrielle a contribué grandement à aggraver la glorieuse incertitude du droit anglais, d'où la nécessité de sa réforme.

Cette croyance en une continuité du progrès est en parfaite résonance avec la propension des *lawyers* anglais à rejeter toute rupture brusque avec la tradition anglaise.

Selon les réformateurs traditionnels, tout est en perpétuel mouvement, l'idée d'une évolution permanente et sans rupture, mise en avant dans les sciences naturelles, reste valable dans les sciences sociales, y compris en droit. Pour les *lawyers* anglais, à la suite de la Révolution industrielle, il est évident que des améliorations doivent être apportées au droit anglais¹²¹¹, mais sans rompre avec la tradition. Une idée de la réforme à l'anglaise voit le jour. Celle-ci ne laisse aucune place à la réforme radicale voulue et défendue par les utilitaristes.

Pour Luc Moens, dans la pensée juridique de Jeremy Bentham, l'influence de ces mutations économiques sur la science juridique est

¹²⁰⁹ Luc MOENS, J. Bentham : Loi économique et règle de droit, un libéralisme en travail, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 454.

¹²¹⁰ R. CABRILLAC, *op. cit.*, pp. 90-96

¹²¹¹ C. P. C. COOPER, *op. cit.*, p. 174.

incontestable¹²¹². D'après sa conception de la science du droit, l'économie est une branche de la science de législation. Ainsi les lois économiques doivent faire partie de son corps complet de législation, le *Pannomion*. Notre auteur n'envisage pas « *qu'il puisse exister un code de lois d'économie politique distinct et séparé de tous les autres codes* »¹²¹³.

Dans la théorie benthamienne de législation, le but de toute législation est d'assurer le bonheur du plus grand nombre d'individus. Pour atteindre cet objectif, notre auteur estime qu'il faut atteindre quatre autres objectifs qui lui sont indispensables : la subsistance, l'abondance, l'égalité et la sûreté¹²¹⁴. Jeremy Bentham va considérer ces objectifs à l'aune du principe de l'utilité. C'est pourquoi, conformément à ce principe, dans les relations qu'ils peuvent avoir entre eux, ces buts doivent être hiérarchisés : la sûreté, la subsistance, l'égalité et l'abondance. Il fait de la sûreté le principe majeur au nom duquel le législateur doit procéder pour édicter les règles de conduite. Sans elles, les individus ne seront pas en mesure d'orienter leurs actions pour réaliser leur bonheur. De ce fait, l'importance du principe de sûreté dans la théorie benthamienne est primordiale¹²¹⁵. C'est également au nom de ce principe qu'il fait de l'accessibilité de la législation une exigence fondamentale sans laquelle la sûreté des citoyens ne peut pas être garantie¹²¹⁶. Il s'agit dans l'esprit de notre auteur d'une condition *sine qua non* pour atteindre l'objectif fondamental de toute législation : la maximisation du bonheur pour le plus grand nombre¹²¹⁷.

¹²¹² Luc MOENS, J. Bentham : Loi économique et règle de droit, un libéralisme en travail, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 453 : « *D'autre part on y perçoit comment, du point de vue de la science du droit qui selon l'auteur (Bentham) s'y inaugure, reste à reprendre sans arrêt la tâche d'établir un critère d'identité ou plus simplement de se confronter à la question du fondement et des limites* ».

¹²¹³ Jeremy BENTHAM, tome I, Vue générale d'un corps complet de législation, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. XXVIII, t. I, p. 363.

¹²¹⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, Buts distincts de la loi civile, Principe du code civil, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. II, partie I, p. 56.

¹²¹⁵ Cf. *supra*, pp. 180-188.

¹²¹⁶ Cf. *supra*, pp. 182-188.

¹²¹⁷ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome II, Rapports entre ces buts, Principes du code civil, in *Traité de législation civile et pénale* précité, chap. III, partie I, p. 58 : « *Si on n'avait pas fait de lois directes pour la sûreté, il aurait été bien inutile d'en faire pour la subsistance. Ordonnez de produire, ordonnez de cultiver, vous ne faites rien encore ; mais assurer au cultivateur les fruits de son industrie, et vous avez peut-être fait assez* ».

La loi doit être entièrement conçue pour porter remède à l'inaccessibilité du droit anglais. Or cette dernière a considérablement augmenté à la suite de la Révolution industrielle qu'a connue l'Angleterre dès la première moitié du XVIIIème siècle. Ainsi un consensus était né sur la nécessité de la réforme du droit. Cependant, une question reste posée quant au choix de la méthode que le législateur doit faire. La solution paraît acquise, car la période est marquée par l'arrivée au pouvoir des réformateurs du mouvement radical du parti *whig*, favorable aux idées du père de la philosophie utilitariste. Mais la réalité fuse fait autre.

Assurément, les *lawyers* anglais, tout en étant favorables à la réforme du droit anglais pour mettre fin à son incertitude, ne semblent pas complètement acquis à la méthode de réforme préconisée par Jeremy Bentham. Ils estiment que cette dernière n'est pas compatible avec la tradition juridique de réforme progressive. Elle risque de porter atteinte à cette exception anglaise. En effet, les *lawyers* anglais estiment que cette période coïncide également avec la naissance de l'exception historique, culturelle et juridique anglaise. Cette exception voit le jour à la suite de la *Glorieuse Révolution* (1688). C'est ainsi que les réformateurs anglais du XIXème siècle interprètent la Révolution anglaise, entre autres les *whigs*. Lord Thomas Babington Macaulay (1800-1859)¹²¹⁸, réformateur anglais, le chantre de l'exception culturelle anglaise, développe abondamment cette doctrine dans son œuvre magistrale *l'Histoire d'Angleterre*¹²¹⁹ : « *En France, la nouvelle de cette grande Révolution fut reçue avec des sentiments bien différents. (...), les parisiens ne parlaient que de ce qui venait de se passer à Londres. Un sentiment à la fois religieux et national les poussait à prendre parti pour Jacques. Ils ne savaient rien de la constitution anglaise, et ils détestaient l'Eglise anglicane. Notre Révolution*

¹²¹⁸ Historien d'origine écossaise, très célèbre dans l'Angleterre du début du XIXème siècle, mais également essayiste, poète et homme politique important de la première moitié du XIXème siècle, issu d'une famille très modeste, il gravite les échelons jusqu'à être nommé ministre du gouvernement. Membre du parti libéral anglais et partisan du mouvement radical benthamien, il est l'artisan de l'IPC (*Indian Penal Code*).

¹²¹⁹ T. B. MACAULAY, *Histoire d'Angleterre, Depuis l'avènement de Jacques II (1685) jusqu'à la mort de Guillaume III (1702)*, vol. I et II, publiée en 1848-1855. Traduit de l'anglais par Jules de Peyronnet et Amédée Pichot., éd. Robert Laffont, 1989. Voir également la critique de Steve Pincus des thèses défendues par Macaulay sur l'exception historique anglaise. Steve PINCUS, *La révolution anglaise de 1688* précité, p. 9.

leur apparaissait donc, non comme un triomphe des libertés publiques sur le despotisme, mais comme une épouvantable tragédie de famille, où un vénérable et pieux Servius se voyait renversé de son trône par un nouveau Tarquin et écrasé sous le char d'une nouvelle Tullie »¹²²⁰. Non sans forcer la réalité, il ne regarde pas à la faire remonter à la chute de l'Empire romain d'occident¹²²¹.

Cette exception anglaise sera utilisée particulièrement par les *lawyers* partisans du parti conservateur anglais *tory* pour dénoncer la méthode de réforme utilitariste du droit¹²²². Les analyses historiques de cet auteur seront largement exploitées par les conservateurs anglais pour faire pencher l'opinion publique en faveur du maintien du système juridique de *common law*. De la sorte, ce réformateur *whig*, sans le savoir, contribue dans une certaine mesure à l'échec des tentatives de réforme utilitariste du droit anglais entreprises durant la première moitié du XIX^e siècle.

Pour les *lawyers* anglais, la Révolution industrielle, à l'instar de la *Glorieuse Révolution*, par opposition avec la Révolution française, s'inscrit dans la tradition anglaise d'amélioration progressive, c'est-à-dire qu'elle ne marque pas une rupture avec le passé. Contrairement à la Révolution française qui fait table rase des anciennes institutions, la Révolution industrielle, comme la *Glorieuse Révolution*, n'a pas eu cette conséquence. Ni le régime politique, encore moins le système judiciaire, n'ont été subvertis. Par le fait, si la Révolution industrielle a bouleversé le système social anglais et imposé par la même occasion sa réforme, il n'en demeure pas moins que cela ne va pas jusqu'à la rupture avec lui. De ce fait, malgré cette révolution, le peuple anglais reste très attaché à la tradition de son pays. Pour Cooper, le peuple estime que les bouleversements qu'avait connus le pays à la suite de la Révolution industrielle s'inscrivent dans une continuité historique, car depuis toujours, rappelle encore l'auteur, le peuple

¹²²⁰ T. B. MACAULAY, *op. cit.*, p. 9.

¹²²¹ *Ibid*, vol.I, pp. 4 et s.

¹²²² Les propos de Robert Peel lors la présentation de son programme de réforme devant le parlement anglais (1826) n'en sont que la parfaite illustration. Il déclare qu'« aucune mesure qui empiéterait sur les libertés civiles, ou qui favoriserait le développement de l'autorité exclusive, et aucune subversion irréfléchie et irraisonnable des institutions antiques » (HC Deb, 9 March 1826, vol. 4, pp-1214-1244).

anglais se considère comme commerçant et industriel¹²²³, soumis à des changements constants dus aux progrès des sciences et des techniques, mais également aux mutations de la vie des affaires. Partant, il se demande pourquoi les réformateurs utilitaristes insistent pour rompre avec la tradition juridique anglaise afin de remédier à ses défauts.

« *Je ne puis deviner le motif qui porterait la jurisprudence à tant se presser de renoncer à un legs des siècles passés lui ont laissé* »¹²²⁴.

D'après les *lawyers*, si la nécessité de réforme du droit anglais pour pallier les inconvénients de la Révolution industrielle fait l'unanimité, la question reste toujours posée de savoir suivant quelle méthode.

Si, pour les réformateurs conservateurs, la méthode traditionnelle de consolidation est amplement suffisante, les radicaux estiment, quant à eux, que la mise en place de nouvelles institutions politiques garantissant le droit de propriété et le fonctionnement des mécanismes de marché pour rendre l'action du gouvernement plus efficace est indispensable. En somme, les réformateurs radicaux prévoient la rupture avec les institutions en vigueur qui, d'après eux, sont incapables de réaliser ce but. En parfait disciples du philosophe de l'utilité, ils font de la garantie des propriétés la raison d'être des institutions publiques¹²²⁵. Dans le même esprit, à l'image de Jeremy Bentham, ils considèrent que le seul moyen pour y parvenir est une codification complète du droit anglais, seul ressort pour garantir la sûreté des propriétés privées. Toutefois, pour un grand nombre des réformateurs anglais, même chez les partisans du parti *whig*, tout en faisant de l'accessibilité du droit une exigence fondamentale, il n'en demeure pas moins qu'ils n'envisagent celle-ci que partiellement. En effet, tout en restant acquis à la codification du droit anglais pour le rendre accessible et compréhensible par le citoyen, ils ne conçoivent cette dernière que pour les *statute laws*, les règles de la *common law* restent hors du champ de la codification.

¹²²³ C.P.C. COOPER, *op. cit.*, p. 238.

¹²²⁴ *Ibid.*, p. 236.

¹²²⁵ *Cf. supra*, pp. 188 et s.

2°. Une doctrine dissidente inconnue du peuple anglais

Le début du XIX^{ème} siècle est marqué par l'arrivée des radicaux progressistes au pouvoir au détriment des conservateurs à la suite du blocus continental imposé par la France napoléonienne¹²²⁶ d'une part et la mort de William Pitt « *le ministre de tous les talents* »¹²²⁷ d'autre part. Il s'agit pour les réformateurs radicaux du parti *whig*, très favorables à la réforme, d'une sorte de renaissance. Cette renaissance des radicaux progressistes est attribuée par les publicistes anglais aux travaux de Jeremy Bentham, comme le souligne Emmanuelle de Champs¹²²⁸. A partir de là, beaucoup de parlementaires conservateurs du parti *tory* vont rejoindre, à la faveur du nouveau contexte, les libéraux du parti *whig*. C'est le cas de William Cobbett (1762-1835)¹²²⁹, Sir Francis Burdette (1770-1844)¹²³⁰ ou encore Henry Hunt (1773-1835)¹²³¹ qui quittent le parti *tory* en 1806 pour rejoindre les partisans de la réforme radicale regroupés au sein du nouveau parti *whig*.

Paradoxalement, au moment où il est célèbre et très considéré dans le monde entier comme l'un des plus grands spécialistes de la législation, ainsi

¹²²⁶ Emmanuelle de CHAMPS, *La déontologie politique Bentham* précité, p. 222.

¹²²⁷ *Ibid.*

¹²²⁸ *Ibid.*, p. 222 : « (...), ce nouveau contexte politique permet aux grandes figures du radicalisme de 1789 de revenir sur le devant de la scène ».

¹²²⁹ Fermier, Journaliste, agitateur politique et parlementaire anglais de la fin du XVIII^{ème} siècle et du début du XIX^{ème} siècle, qui rejoint le parti *whig* dès 1801. Né dans une famille paysanne, autodidacte. Après une carrière de soldat (1783-1791) il émigre en France, puis aux Etats-Unis où il reste pendant huit ans, à Philadelphie dans un premier temps et à New York dans un second temps. Il se fait connaître notamment par ses critiques à l'égard du gouvernement conservateur anglais du parti *tory* de l'époque, à sa tête Thomas Paine dont il fait sa cible privilégiée. Il rentre en Angleterre après l'arrivée au pouvoir des libéraux du parti *whig* et fonde plusieurs journaux de 1801 à 1804, dont les plus connus sont Cobbett's Weekly, Political Register. Cependant, son œuvre la plus aboutie reste *l'Histoire du Parlement anglais*, publié en 1806 comprenant au total 36 volumes.

¹²³⁰ Homme politique, fils d'un baronnet fortuné et parlementaire anglais du parti *tory*, en 1796, lui aussi avait quitté le parti conservateur *tory* pour rejoindre le mouvement radical anglais. Il se fait remarquer dès le début du XIX^{ème} siècle par son opposition violente à l'égard de la politique du chef de gouvernement anglais Pitt. Comme Cobbett, il se converti lui aussi aux idées radicales à partir du début du XIX^{ème} siècle.

¹²³¹ Appelé également « Hunt l'orateur » par ces partisans, l'un des plus riches fermiers de son pays, épouse lui aussi les idées du mouvement radical anglais. Comme pour Cobbett et Burdette, il quitte le parti conservateur anglais pour rejoindre celui des nouveaux partisans du parti libéral et se fait élire à la Chambre des communes comme député du parti *whig* en 1831.

que le soulignent William Hazlitt¹²³² ou Charles Purton Cooper¹²³³, Jeremy Bentham reste néanmoins très largement méconnu du grand public dans son propre pays¹²³⁴.

Malgré le retentissement des débats sur la codification au début du XIX^{ème} siècle en Angleterre, Bentham, le père de la codification utilitariste anglaise reste quasi inconnu du grand public¹²³⁵, mais non des *lawyers* et politiciens anglais conservateurs du début du XIX^{ème} siècle notamment. La raison principale de cette méconnaissance par les Anglais du rôle de codificateur de Bentham est due essentiellement au rejet par *les lawyers* du modèle de codification qu'il propose : la codification-innovation.

En réalité, les idées réformatrices du fondateur de la doctrine utilitariste anglais sont plus connues hors de son pays. C'est déjà le cas de son vivant. Ainsi que l'illustre l'un des plus grands essayistes de la langue anglaise William Hazlitt¹²³⁶ (1778-1830) « *les lumières de sa pensée (en faisant allusion à Jeremy Bentham) sont réfléchies de l'autre côté de la terre avec un éclat progressif. Son nom est peu connu en Angleterre, plus fameux en Europe, et célèbre dans les plaines du Chili et dans les mines de Mexico* »¹²³⁷. Le contraste est saisissant. Ses idées sont largement diffusées et commentées dans le reste des pays du monde. Ainsi, en France, le père de la codification utilitariste bénéficie d'une grande estime notamment pendant la période post-révolutionnaire. Talleyrand, l'un des hommes politiques français majeurs de cette période, écrivait à son sujet : « *j'ai connu de grands guerriers, de grands hommes d'Etat, de grands écrivains ; mais je*

¹²³² Emmanuelle de CHAMPS, *La déontologie politique* précité, pp. 89-90 : « *En 1824, l'intellectuel William Hazlitt (1778-1830) écrivait à propos de la renommée de Bentham (...). Aussi bien, aux yeux de celui qui est considéré comme l'un des plus grands critiques et essayistes de langue anglaise, Bentham aurait été très largement méconnu du grand public anglais de son temps* ». Voir également G. WEISS, « *The Enchantment for Codification* ». G. GUYON, *op. cit.*, p. 90 : « *ses contemporains moquent très souvent la théorie de la codification de Bentham, tant pour son style excentrique que pour ses exemples exagérés* ».

¹²³³ C.P.C. COOPER, *op. cit.*, pp. 316-317.

¹²³⁴ ANONYME, *Complete Works of William Hazlitt*, Londres, Howe, 1930, vol. 11, p. 5 : « *Dans les nouveaux états d'Amérique du Sud, Bentham est considéré comme « le meilleur expert moderne des principes de la législation* ».

¹²³⁵ *Ibid.*

¹²³⁶ J. Bate, William Hazlitt, in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

¹²³⁷ ANONYME, *ibid.*, p. 5.

n'ai connu qu'un seul grand génie et ce génie, c'est Jeremy Bentham »¹²³⁸. C'est ce politique qui a convaincu Napoléon Bonaparte, alors Premier consul, de lire le traité de Bentham (publié en 1789), portant sur la *Théorie de la morale et de la législation*. L'homme fort du nouveau régime, tout en refusant de s'en inspirer pour son projet de code civil, déclare néanmoins que « *ce livre éclairera bien des bibliothèques* »¹²³⁹. Elie Halévy insiste bien sur l'influence considérable qu'a eu les idées du philosophe de l'utilité sur les codificateur du droit criminel français de 1810¹²⁴⁰.

En définitive, comme le souligne Gwenaél Guyon, au début du XIXème siècle, Jeremy Bentham reste méconnu du grand public anglais : « *l'ombre de Bentham est finalement assez pâle* »¹²⁴¹ et son influence sur les réformes entreprise en Angleterre au début du XIXème siècle est sans doute exagérée : « *Certes, on peut attribuer l'adjectif « influents » aux travaux de Bentham (...). Mais si le XIXème siècle avait été l'ère du benthamisme, l'Angleterre convertie au principe de l'utilité se serait dotée de codes complets, à l'instar d'autre nations européennes* »¹²⁴², ironise encore l'auteur. Et de conclure qu'« *il est notoire que les Anglais n'ont jamais codifié leur droit, laissant l'histoire du droit anglais à l'écart de « l'ère des codes* » »¹²⁴³.

Cependant, considérer que les idées benthamiennes n'ont eu aucune influence sur les réformes du droit anglais de son époque confine à l'erreur. Car, si aucune codification du droit anglais n'a vu le jour, c'est autant par manque d'influence du père de la codification utilitariste que par la réaction conservatrice des *lawyers* anglais. Leur prise de position s'analyse comme une réplique, une contre-offensive. Leur doctrine vient en contrepoint des idées de Bentham. Pour les partisans du maintien de la tradition juridique de *common law*, point de salut hors du changement dans la continuité !

¹²³⁸ D'après J-M. QUERARD, *La littérature française contemporaine*, Paris, Daguin, 1842, t. I, p. 282.

¹²³⁹ J-M. QUERARD, *ibid.*, p. 282.

¹²⁴⁰ Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 45.

¹²⁴¹ G. GUYON, *op. cit.*, p. 91.

¹²⁴² *Ibid.*, p. 92.

¹²⁴³ *Ibid.*

§2. La réaction conservatrice : changer dans la continuité

« Ce ne serait que dans la noble science des lois que l'on voudrait faire considérer les ouvrages de nos ancêtres comme un mal et une incommodité dont il faut se débarrasser à tout prix »¹²⁴⁴.

Par son propos, Charles Purton Cooper ne fait qu'exprimer le sentiment d'une grande partie des *lawyers* anglais. Il manifeste son incompréhension à l'égard de l'entêtement du fondateur de la doctrine positiviste du droit et ses partisans du mouvement radical à n'envisager la réforme du droit anglais que par la mise en œuvre d'un corps complet de législation : le *Pannomion*.

Ce sentiment de méfiance à l'égard de la codification-innovation va s'atténuer à partir des années 1850 en ce qui concerne la branche pénale du droit anglais. Ainsi, si le projet de codification du droit pénal anglais de Jeremy Bentham essuie des critiques de la part de la majeure partie des réformateurs conservateurs anglais au début du siècle, cela semble changer à partir du milieu du XIX^{ème} siècle. Un nombre considérable de *lawyers* et autres réformateurs politiques du parti conservateur *tory* deviennent partisans de la codification. Assurément cela est facilité entre autres par le succès qu'a eu le Code civil en France et dans toute l'Europe occidentale ainsi que les changements politiques opérés durant la deuxième moitié du XIX^{ème} siècle qui voit le retour des réformateurs favorables à la codification au Parlement.

Des auteurs, opposés à l'idéologie des conservateurs menés par James Ebenezer Bicheno (1785-1851), sont acquis à une réforme plus profonde du droit anglais, particulièrement dans sa branche pénale. A la tête de ce mouvement en faveur de la codification, on retrouve Crofton Uniacke (1783-1862). A l'opposé de Bicheno, cet auteur est considéré comme le

¹²⁴⁴ C.P.C COOPER, *op. cit.*, p. 174.

premier avocat de la codification en Angleterre¹²⁴⁵. En effet, même s'il ne réalise aucun code en pratique, il reste néanmoins l'un de ses défenseurs les plus acharnés dans l'Angleterre du XIX^{ème} siècle. Ainsi qu'il le souligne dans une lettre adressée à John Scott (1751-1838), Lord Chancelier du gouvernement conservateur de Lord Liverpool, intitulée « *A letter to the Lord Chancellor on the Necessity and Practicability of forming a Code of the Laws of England* » (publié par Clarke Publishers en 1825)¹²⁴⁶, Crofton Uniacke considère la codification non pas comme un simple moyen de réforme du droit en vigueur, mais comme l'institution « *la plus importante* » de l'histoire de l'Angleterre¹²⁴⁷. Comme tous les réformateurs utilitaristes, partisans de la codification du droit en Angleterre, il est convaincu que, grâce à ces multiples avantages, celle-ci va mettre fin à la « *glorieuse incertitude du droit anglais* »¹²⁴⁸.

Afin de parvenir à convaincre le législateur anglais de la nécessité de codifier le droit anglais, il n'hésite pas à faire appel à l'histoire de la codification. C'est dans le but de défendre les projets de codification du droit pénal anglais devant le parlement qu'il glorifie l'empereur Justinien ou encore Napoléon Bonaparte¹²⁴⁹. Dans son plaidoyer, Uniacke pense que cela va permettre au droit anglais non seulement de devenir accessible et compréhensible aux citoyens, mais aussi de retrouver sa suprématie par rapport à la France depuis la réalisation du Code civil. Il estime que, la suprématie de l'Angleterre sur les autres pays d'Europe au début du XIX^{ème} siècle ne souffrant d'aucune contestation, il devrait être de même avec la codification de son droit. Partant de là, il en a déduit qu'un code anglais serait en mesure de concurrencer « *ceux de Justinien et de Napoléon, en termes de simplicité et de clarté, car les droits et les privilèges de son*

¹²⁴⁵ G. GUYON, *op. cit.*, p. 85 : « Uniacke est l'un des premiers avocats de la codification en Angleterre, qu'il considère avec emphase comme "le domaine le plus important de l'histoire de la Grande-Bretagne". »

¹²⁴⁶ Cf. *infra*, pp. 299-300.

¹²⁴⁷ C. UNIACKE, *A letter to Horace Twiss, Being An Answer to His Inquiry Into the Means of Consolidating*, Londres, Clarke Publishers, 1826, p. 5.

¹²⁴⁸ *Ibid.*, p. 7

¹²⁴⁹ *Ibid.* Pour l'auteur, si Justinien et Napoléon ont marqué, l'histoire c'est uniquement grâce à leurs codes : « *Les noms de Justinien et de Napoléon sont intimement liés à la rédaction d'un code éclairé* ».

peuple surpassent ceux des autres nations »¹²⁵⁰. Toutefois, comme tous les initiateurs de projets de codification du droit anglais du début du XIX^{ème} siècle en Angleterre, il ne fait pas référence à Bentham. Comme le souligne Gwenaél Guyon, Uniacke préfère se référer au modèle français plutôt qu'à celui du père de la philosophie utilitariste¹²⁵¹.

En réalité, le projet de codification du droit anglais de ce réformateur n'est ni plus ni moins qu'une copie conforme du projet du corps complet de législation de Jeremy Bentham, spécialement en ce qui concerne la méthode. En effet, l'avocat du code en Angleterre ne fait que se servir des critiques formulées par notre auteur à l'égard du droit anglais pour montrer la nécessité de la codification. En substance, il fait un plaidoyer en faveur d'une codification utilitariste du droit anglais, mais sans nommer, comme Romilly, à aucun moment Bentham. Cela peut s'expliquer par la mauvaise presse qu'a ce dernier auprès du roi anglais et du gouvernement conservateur *tory*, notamment après qu'il ait contribué à l'échec de la tentative du roi d'Angleterre d'envahir les Pays Bas¹²⁵². Cependant, bien qu'il ne soit pas expressément nommé par l'auteur, cela n'enlève rien à la pénétration qu'ont eue ses idées dans la doctrine anglaise dès le début du XIX^{ème} siècle, notamment sa théorie sur la codification.

Ainsi, dans sa lettre, l'auteur reprend les inconvénients du droit anglais déjà mis en avant par le fondateur de la doctrine utilitariste : l'inconvénient de l'inintelligibilité de la législation anglaise, le nombre et le volume importants des recueils de jurisprudence entre autres. L'influence du philosophe de l'utilité sur Uniacke est incontestable. Non seulement il reprend tout le constat qu'a fait Bentham sur l'état catastrophique du droit anglais : le « *corps du droit est trop volumineux* »¹²⁵³, « *les lois doivent être simplifiées* »¹²⁵⁴ etc., mais encore il fait sienne l'exigence de porter le droit à

¹²⁵⁰ C. UNIACKE, *op. cit.*, p. 5.

¹²⁵¹ Jermy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 192.

¹²⁵² *Ibid.*

¹²⁵³ C. UNIACKE, *ibid.*, p. 5.

¹²⁵⁴ *Ibid.*

la connaissance du public¹²⁵⁵. Il insiste spécialement sur « *la nécessité de la simplification du langage* »¹²⁵⁶.

Sa tentative subira le même sort que celles de Romilly.

Si, durant cette époque, aucun code n'a pu être adopté, elle reste, malgré cela, la période de la codification au vu du nombre considérable des projets de code pénal élaborés, qu'ils soient d'initiative privée¹²⁵⁷ ou publique. Il est utile de rappeler que des projets de codification d'initiative privée ont bien été réalisés au début du XIX^{ème} siècle, du vivant de Jeremy Bentham. Il s'agit de deux projets rédigés par deux praticiens du droit anglais de cette époque : John Thomas Barber Beaumont (1774-1841)¹²⁵⁸ et Anthony Hammond (1758-1838)¹²⁵⁹. Ces derniers réalisent ce que le père de la codification utilitariste n'a pas réussi de faire, rédiger deux projets de code pénal conformément à la méthode utilitariste.

Malgré tout, le rejet de la codification benthamienne en Angleterre est, de toute évidence, relatif. Elle est repoussée comme instrument de réforme du droit en Angleterre. Mais elle passe à l'ordre du jour, dès lors que codification est synonyme d'une consolidation fondée sur l'expérience juridique des siècles (A) et en parfaite adéquation avec la tradition juridique de *common law* (B).

¹²⁵⁵ C. UNIACKE, *op. cit.*, pp. 5-37. Voir également G. GUYON, *op. cit.*, p. 85.

¹²⁵⁶ C. UNIACKE, *ibid.*, p. 5.

¹²⁵⁷ Voir sur les initiatives privées de la codification en Angleterre, G. GUYON, *ibid.*, pp. 144 et s.

¹²⁵⁸ John Thomas Barber Beaumont est l'auteur du premier projet de code pénal anglais d'initiative privée. Il a publié en 1821 son *Essai sur le droit pénal anglais* auquel il annexe son projet de code pénal. T. B. BEAUMONT, *An Essay on Criminal Jurisprudence With the Draft of a New Penal Code, The Pamphleteer*, A. J. Valfy éd., 1821-1822, 3 vol.

¹²⁵⁹ Anthony Hammond est l'auteur du deuxième projet de code pénal anglais d'initiative privée. Il a publié en plusieurs volumes, entre 1825-1828, son projet de code pénal (*Criminal Code*). Le *Criminal Code* sera publié d'Anthony Hammond sera publié en plusieurs volumes : *The Criminal Code : Coining* (Fausse monnaie, 1825), *The Criminal Code : Forgery* (Contrefaçon, 1826), *The Criminal Code : Burglary, Housebreaking and Churchrobbing* (Vol simple, vol avec effraction et vols d'église, 1826) et *The Criminal Code : Simple Larceny* (Larcin, 1828).

A. Un code fondé sur l'expérience juridique des siècles

Pour Denis Tallon, le sentiment des Anglais à l'égard de la réforme benthamienne du droit qu'il propose se heurte au sentiment de « *méfiance viscérale à l'égard de la codification, ancrée dans le passé* »¹²⁶⁰.

« *Dans l'Angleterre du XIXème siècle, le sort d'une mesure gouvernementale peut dépendre du vocabulaire par lequel on la désigne* »¹²⁶¹.

Par ces termes, Gwenaël Guyon fait référence aux changements qu'opèrent les réformateurs *whigs* dans la mise en œuvre des réformes sociales. Si, dans les discours politiques devant les parlementaires ou dans la doctrine, ils font souvent référence à la codification, une fois au pouvoir, force est de constater que leur langage change¹²⁶². Cette évolution semble être imposée par la réalité. En effet, compte tenu de la mauvaise réputation qu'ont la codification et son concepteur dans l'opinion publique anglaise en général et chez les parlementaires conservateurs en particulier, on peut comprendre pourquoi les réformateurs *whigs* s'abstiennent de s'y référer. Ce n'est que pour optimiser les chances d'aboutissement de leurs réformes que les membres des commissions changent radicalement de langage lors de la présentation de leur projet au parlement. Par cette mesure « pragmatique », ils évitent, dans la mesure du possible, les craintes et l'opposition des députés *tories* à l'encontre de la codification. L'acte royal par lequel la Commission de 1833-1845 est nommée en est la parfaite illustration¹²⁶³. On ne parle plus de code, ni de codification, mais de digeste.

« *Guillaume le Quatrième, par la grâce de Dieu, du Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande, Roi, Défenseur de la foi : A nos fidèles et bien-aimés Thomas Starkie, Henry Bellenden Ker, William Wightman,*

¹²⁶⁰ D. TALLON, La codification dans le système de common law in *Revue Droits*, 1998, III, p.40.

¹²⁶¹ G. GUYON, *op. cit.*, p. 218.

¹²⁶² *Ibid.*

¹²⁶³ *Ibid.*

Andrew Amos et John Austin, (...). Savoir faisant, que Nous, par la grande confiance que nous avons en votre zèle, habilité et discrétion, avons autorisé et nommé, par la présente autorisons et nommons, les susdits (...), à entreprendre la tâche urgente de produire un digeste, dans un projet unique de législation (to digest into one statute), de toutes les lois et ordonnances touchant aux crimes, à leur jugement et à leur peine, et de produire un digeste, dans un second projet de législation unique, des dispositions du common law ou droit non écrit touchant aux mêmes (...) »¹²⁶⁴.

L'esprit conservateur et traditionaliste dans l'Angleterre de la première moitié du XIX^{ème} siècle ne touche pas que les *lawyers*, il se rencontre non seulement chez un bon nombre de politiques, notamment les « *tories* », mais également, comme on l'a vu, des libéraux « *whigs* » comme peut en témoigner l'absence de référence à Jeremy Bentham dans les différents projets de codification du droit pénal, qu'ils soient d'initiative privée ou publique. Même si ce sont les parlementaires du parti politique conservateur qui se sont opposés, avec le plus de force, à la réalisation de projets de codification du droit pénal présentés par les différentes commissions mises en place par le parlement ou le gouvernement anglais tout au long du XIX^{ème} siècle, certains représentants du parti libéral également n'étaient pas très enthousiasmés, par conviction ou par pragmatisme, à l'idée de mettre en place un code de rupture voulu par Bentham.

Un Bentham, au reste, inconnu du commun des citoyens pour sa doctrine sur la codification, mais tenu en méfiance pour ses idées sur la prison panoptique. Dans le but de protéger la tradition juridique de *common law*, les détracteurs de Jeremy Bentham n'ont pas regardé sur les moyens pour contrer l'ambition de ce dernier de codifier le droit anglais. Tout a été fait pour résumer la réforme utilitariste benthamienne à la codification complète du droit anglais, c'est-à-dire à son *Pannomion*, alors même que

¹²⁶⁴ P.P. (1843) Roy. *Commentary on Criminal Law*, Seventh Report, p. 1.

dans l'opinion publique anglaise, le code renvoie plus à l'image de Napoléon qu'à celle de Bentham¹²⁶⁵.

Après l'œuvre, l'auteur. Les conservateurs anglais s'emploient enfin à ternir l'image du philosophe de l'utilité. Ils font en sorte que les Anglais associent systématiquement le nom du philosophe radical à son ambition de réaliser sa « *prison panoptique* »¹²⁶⁶. A l'ordinaire, dans l'opinion, le nom du philosophe de l'utilité est associé à l'idée de prison circulaire « *Panopticon* », un projet très mal perçue par les citoyens anglais. John Ruddie l'atteste, dans l'Angleterre du début du XIX^{ème} siècle, le nom de Bentham est plus connu pour son modèle de prison que pour son corps complet de législation¹²⁶⁷.

« *Bentham, dans le rôle de codificateur qu'il s'est donné, est quant à lui méconnu. (...) Faudrait-il donc conclure que, contrairement à ce que semble avancer la doctrine du XIX^{ème} siècle, ses travaux en matière de codification – et plus particulièrement son vaste projet de Pannomion – sont restés à l'époque dans l'ombre de son célèbre Panopticon ?* »¹²⁶⁸.

En vérité, le nom de notre auteur évoque l'idée de rupture abhorrée de la majeure partie du peuple anglais.

Un Bentham qui, bien à tort, a invoqué l'auguste patronage, –le précédent–, de Bacon¹²⁶⁹. Ils considèrent que la référence faite par le réformateur utilitariste à l'illustre jurisconsulte anglais Francis Bacon¹²⁷⁰, Chancelier d'Angleterre, apparaît comme une tromperie. Ainsi que le précise Charles Purton Cooper, bien que le projet de réforme de la loi anglaise entamé par Francis Bacon ait eu pour but de remédier au défaut de connaissance du droit par le peuple, les raisons qui l'ont poussé à l'envisager ont disparu à la fin du XVIII^{ème} et au début du XIX^{ème}

¹²⁶⁵ Voir notamment C.P. COOPER, *op. cit.*, p. 348.

¹²⁶⁶ John RUDDIE, *A letter to the Lord Chancellor of Great Britain on the Expediency of the Proposal to Dorm a Civil Code for England*, Londres, Clarke, 1828, p. 9.

¹²⁶⁷ *Ibid.*, pp. 46, 47, 48, 50, 74.

¹²⁶⁸ *Ibid.*, p. 92.

¹²⁶⁹ C. P. C. COOPER, *op. cit.*, p. 206.

¹²⁷⁰ Cité par Jacques VANDERLINDEN, *Le concept de code dans l'Europe occidentale du VIII^{ème} au XIX^{ème} siècle* précité, p. 100.

siècle¹²⁷¹. Bacon, dans ses propositions de réformes du droit anglais dans ses deux branches (*statute law* et *common law*), qu'il a remises au roi Jacques 1^{er}, ne fait absolument pas allusion à la codification. Certes, Francis Bacon envisage bien d'élaguer et de classer les lois anglaises, mais sans pour autant parler de quelconque codification. Dans son plaidoyer pour la réforme du droit anglais afin de remédier à son inaccessibilité, il exprimait clairement ce qu'il entendait faire.

« 1° il faut supprimer les lois trop vieilles, que Justinien qualifiait de vieilles fables ; 2° bien choisir parmi les antinomies¹²⁷², les lois les mieux éprouvées, en abolissant les contraires ; 3° rayer aussi les homœonomies, c'est-à-dire les lois qui ont le même son et qui ne sont que des répétitions d'une même chose ; bien entendu que parmi ces lois, vous choisirez la plus parfaite, laquelle tiendra lieu de toutes les autres ; 4° s'il se trouve des lois qui ne décident rien, mais qui se contentent de proposer des questions, les laissant indécises, supprimez-les également ; 5° quant à celles qui sont trop verbeuses et trop prolixes, il faut en rendre le style plus concis et plus serré »¹²⁷³.

En réalité, par codifier, le juriconsulte anglais entend compiler et consolider, non pas innover comme le sous-entend Jeremy Bentham : *« (...) proposition qui ne laisse pas le plus léger doute sur le véritable sens de ses « aphorismes », et qui prouve combien qu'il était loin d'avoir embrassé les doctrines de la codification, et combien il aurait condamné les idées de réformes aussi audacieuses que celles des partisans de la codification »¹²⁷⁴.*

¹²⁷¹ C. P. C. COOPER, *op. cit.*, p. 338.

¹²⁷² Par « antinomies », il faut entendre lois contradictoires.

¹²⁷³ Œuvres de BACON (par F. M. Riaux), tome I, Paris, 1843, *De la Dignité et de l'accroissement des sciences*, liv. 8, tit. 1^{er} La certitude est la première dignité des lois, 1°) De la trop grande accumulation de lois, Sur les nouveaux digestes de lois, n° 60, p. 433.

¹²⁷⁴ C. P. C. COOPER, *ibid.*, pp. 339 -340. Cooper développe sa pensée en précisant que « Les aphorismes de Bacon, touchant la méthode que l'on devrait suivre pour l'amélioration des lois en général, peuvent laisser quelques doutes dans l'esprit d'un lecteur superficiel sur la question de savoir si Bacon était favorable à la codification ou non. Ce sont en conséquence les aphorismes que les fauteurs de codes, plutôt par ignorance que par dessein de tromper leurs lecteurs, ont cités en faveur de leurs projets, sans prêter la moindre attention à la proposition de Bacon que fit au Roi Jacques 1^{er} pour la réforme de la Loi Commune et Statutaire d'Angleterre, proposition qui ne laisse pas le plus léger doute sur le véritable sens de ses aphorismes, et qui prouve combien qu'il était loin d'avoir embrassé les doctrines de la codification, et combien il aurait condamné les idées de réformes aussi audacieuses que celles des partisans de la codification. Bacon,

Partant de là, il apparaît clairement aux yeux des défenseurs de la tradition juridique anglais de *common law* que « l'immortel Bacon » (au nombre des immortels, également Edward Coke et William Blackstone) désapprouvait sans ambiguïté toute forme de codification de rupture, « *such a remove I should hold indeed for a perilous innovation* »¹²⁷⁵. Il s'agit, pour l'auteur, d'une tentative de tromperie du lecteur pour lui faire admettre, voire accepter le code.

Il est certain que dans l'esprit des Anglais, partisans du système de *common law*, le modèle de codification-innovation que propose le réformateur utilitariste anglais ne peut être que rejeté. Il est condamné pour deux raisons : son incompatibilité avec la tradition juridique de *common law* (1°) d'une part et son impossible réalisation en pratique d'autre part (2°).

1°. Un code incompatible avec la tradition juridique de *common law*

« *Que l'on refonde notre organisation judiciaire, que l'on réforme notre jurisprudence par des modifications partielles et successives, plutôt que par l'introduction subite d'un code* »¹²⁷⁶.

Assurément, depuis le début du XIX^{ème} siècle jusqu'à nos jours, bien après la période des « *Grandes manœuvres* », la question de la codification était au centre de tous les débats sur la réforme du droit anglais. De ces débats, il en sort un rejet quasi total du modèle de codification-innovation,

dans son ouvrage Proposal for amending the laws of England, avant de développer ses projets, examine les propositions de ceux qui voulaient réunir la Loi Commune en un Text Law, classé par ordre et désigné par des titres ; il est d'avis de les rejeter. Il annonce ensuite que son plan consiste à faire un nouveau digeste du droit commun et de la Loi Statutaire (...). Pour faire le digeste de la Loi Commune, il conseille de compiler un livre De Antiquitatibus Legis et les livres élémentaires propres à faciliter l'étude des lois ; il veut qu'on fasse une compilation des arrêts non pas "in method and by titles", comme on l'avait proposé, mais "in serie temporis" du temps d'Edward Ier jusqu'à celui où il écrit. »

¹²⁷⁵ Cité d'après C.P.C. COOPER, *op. cit.*, p. 206.

¹²⁷⁶ *Ibid.*, p. 349.

car incompatible, d'après les *lawyers* anglais, avec leur tradition de réforme du droit.

Il est à noter que le rejet du projet de codification réformiste du droit ne se limite pas au plan juridique (a), mais il va au-delà, comme le souligne Gwenaël Guyon¹²⁷⁷, c'est-à-dire au plan idéologique (b). Les Anglais préfèrent le modèle de consolidation à celui de codification-innovation.

a) Le rejet juridique de la codification-innovation

L'échec de la codification benthamienne n'est pas celui de la codification. En effet, dans la tradition juridique anglaise, la codification n'est pas synonyme de rupture avec la tradition, contrairement à la codification-innovation que propose Jeremy Bentham. Le premier grief des *lawyers* anglais contre la réalisation de la codification benthamienne est la méthode choisie par le réformateur anglais. Dans l'esprit des Anglais, la codification consiste à regrouper et à classer dans un code l'ensemble des dispositions juridiques existantes dans une matière donnée sans les modifier. Dès lors la codification est synonyme d'une consolidation du droit existant au lieu d'une codification de rupture telle que le réformateur anglais le souhaite. « *To consolidate* » signifie regrouper et unifier conformément à la conception baconiste de la codification comme le souligne Cooper¹²⁷⁸.

Il apparaît clairement que cet auteur, dans sa critique de la codification benthamienne, ne fait que reprendre les arguments en faveur de la conservation de la *common law*, qui sont en partie ceux de l'Ecole

¹²⁷⁷ G. GUYON, *op. cit.*, pp. 123-124 : « (...), il est un autre aspect par lequel on mesure à quel point le programme de réforme utilitariste se trouve en porte-à-faux avec les exigences politiques et sociales de la population anglaise. Il importe en effet de souligner l'intention ferme de la classe aristocratique, qui s'est maintenue au pouvoir et qui s'est de surcroît considérablement enrichie durant les premières années de la révolution industrielle, de ne pas favoriser une refonte complète des soubassements de l'ordre juridique qu'elle a généré XVIIIème siècle et qui protège efficacement ses intérêts ».

¹²⁷⁸ C.P.C. COOPER, *op. cit.*, Lettres XXX, p. 206.

historique du droit de Savigny ainsi que ceux des célèbres juristes anglais, notamment Blackstone. Néanmoins, un doute subsiste quant à l'influence supposée (ou réelle ?) du fondateur de l'Ecole historique du droit allemand sur le défenseur de la *common law*. Quand Bicheno¹²⁷⁹ écrit, l'œuvre de Savigny n'a pas encore été traduite en langue anglaise. On retrouvera par ailleurs, les mêmes arguments chez tous les détracteurs de Bentham et sa codification utilitariste, particulièrement Cooper.

*« Le projet de rédiger nos lois actuelles en forme de code, quoique probablement mieux accueilli par le public, entraînerait des suites presque aussi funestes qu'un code qui introduirait des maximes et des principes entièrement nouveaux et étrangers. (...) »*¹²⁸⁰.

Gwenaël Guyon¹²⁸¹ pense, quant à lui, que la cause de l'échec des réformes utilitaristes est plus politique que juridique. Il cite à cet effet l'exemple de John Ruddie, titulaire d'un doctorat en droit à l'Université allemande de Göttingen¹²⁸². Ce fervent opposant à la codification et partisan de l'Ecole historique du droit allemand aurait réussi à introduire en Angleterre la « *pensée savigniste* » avant même que l'œuvre du

¹²⁷⁹ Cf. *infra*, pp. 309 et s.

¹²⁸⁰ C.P.C. COOPER, *op. cit.*, p. 314.

¹²⁸¹ G. GUYON cite, preuve à l'appui, le pamphlet de John Reddie intitulé « *A Letter to the Lord Chancellor of Great Britain on the Expediency of the Proposal to form a new Civil Code for England* », Londres, Clarke, 1828. A ce titre, selon cet auteur : « Le pamphlet de Reddie est intéressant à double titre. D'une part, il révèle le fait qu'en dehors du débat public, les conservateurs critiquent vertement la pensée benthamienne, et d'autre part, il met en lumière le lien idéologique que tisse Reddie entre l'école historique allemande et la politique conservatrice en matière de réforme. Car la pensée historiciste allemande est effectivement mise au service de la défense du *common law* contre l'idée de codification, par la promotion de son caractère immuable, populaire et naturel. De surcroît, le mouvement historiciste allemand et le mouvement réformateur anglais sont contemporains. Or, la théorie classique conservatrice dominante en Angleterre reposait jusqu'alors sur les travaux de Blackstone, publiés dans la seconde moitié du siècle. Les Tories disposent d'une batterie d'arguments philosophiques et théoriques, et surtout contemporains et modernes, dans leur lutte contre la codification », (*ibid.*, p. 88).

¹²⁸² A. HAYWARD, *On the Vocation of our Age for Legislation and Jurisprudence*, Londres, Littlewoodanco, 1831, « Hayward est formé à l'Inner Temple, puis appelé au barreau de Londres en 1824. Il participe en tant que conservateur aux conversations qui opposent le plus souvent au sein de la London Debating Society à John Stuart Mill », (traduction de G. GUYON, *ibid.*, p. 89. L'Inner-Temple, comme le Middle-Temple, le Lincol'n's-inn et le Gray's-inn sont des collèges de juristes consultants (*inns of court*). De nos jours, ces édifices remarquables, sont habités par des hommes de loi et des étudiants en droit (*Dictionnaire géographique universel, contenant la description de tous les lieux du globe*, tome VI, Paris, 1829, p. 235.

jurisconsulte allemand ne fût traduite en anglais en 1831 par Abraham Hayward (1801-1884).

En Angleterre, on considère que la doctrine de Savigny n'est qu'un prolongement de celle de Blackstone et de Francis Bacon dans la mesure où ces derniers s'opposent également à l'introduction d'un code de rupture dans la réforme qu'ils envisagent du droit anglais. C'est dans ce contexte que la doctrine du jurisconsulte allemand fut révélée en Angleterre par la publication d'un article dans la « *Literary gazette* » en 1835¹²⁸³.

C'est pourquoi, avec Savigny, les conservateurs anglais, les *tories*, trouvent des arguments de taille pour contrer la thèse des partisans de la codification. Pour sa part, Cooper énonce que « *l'histoire de tous les peuples nous fait voir que les lois d'une nation naissent et se développent avec ses mœurs et sa littérature et qu'elle constituent une partie de son caractère national ; de sorte qu'il n'est pas plus aisé, dans une nation déjà riche et policée, de changer subitement et entièrement les unes que les autres, alors même que les lois que l'on tenterait d'établir seraient, considérées abstractivement, de beaucoup supérieures à celles que l'on remplacerait* »¹²⁸⁴. Cet argument est tiré directement du réquisitoire du juriste allemand contre la codification. Comme les partisans de la *common law*, ceux de l'Ecole historique allemande sont hostiles à toute forme de codification du droit, car contraire à la nature des choses selon eux. Ainsi que l'écrit John Ruddle, dans son *Pamphlet* « *Sa théorie (la théorie de Bentham) sur la codification, n'est applicable que dans une nation d'automates mécaniques (...) Appliquer les théories de M. Bentham n'enchaînerait pas seulement le futur, mais sacrifierait également le passé. (...) Tout ce qu'ont écrit M. Bentham et ses disciples pourrait altérer la nature de notre droit. (...) Certaines propositions sont bonnes et raisonnables, mais d'autres sont fallacieuses et ridicules, telle que celle qui*

¹²⁸³ ANONYME, « *Prussian Literature* », The Literary Gazette and the Journal of the Belles Lettres, Arts Sciences etc., 1835, vol. 19, p. 489 : « *Dans le monde du droit, il y a Savigny, le guide de l'école historique allemande. S'il était né en Angleterre, il aurait brillé de mille feux parmi les meilleurs orateurs de ce pays, car il ne doit être comparé à personne d'autre que Sir Robert Peel (réformateur conservateur, 1788-1850), au regard de la logique de ses réflexions* » (traduction de G. GUYON, *op. cit.*, p. 90).

¹²⁸⁴ C.P.C. COOPER, *op. cit.*, p. 313.

*propose que tout ce qui n'est pas inscrit dans le corps de lois ne sera pas loi. (...) L'idée selon laquelle l'ensemble des normes doit être réduit par écrit et simplifié afin d'être adapté à la compréhension du grand nombre est un postulat nouveau dans l'histoire des absurdités philosophiques »*¹²⁸⁵.

Cooper fonde également le rejet par les conservateurs anglais de la codification benthamienne du droit anglais en prenant directement appui sur la doctrine de l'Ecole historique du droit¹²⁸⁶. Conformément aux enseignements de cette dernière, Cooper estime que le droit doit être le fruit de l'histoire : « *Le lecteur verra que je ne prétends point que plusieurs des propositions faites par Mr. Bentham ne soient bonnes en théorie, si on les considère par abstraction, et sans les appliquer à aucune nation particulière ; j'ai simplement observé que la plus belle théorie est souvent démentie par l'expérience et les voyages de Mr. Bentham donnant très peu de renseignements sur les codes modernes »*¹²⁸⁷.

Tout en reconnaissant l'importance de l'œuvre théorique du père de la doctrine utilitariste, Cooper estime néanmoins qu'il n'est pas envisageable de l'appliquer en Angleterre. A cet égard, il déclare : « *que les ouvrages de M. Bentham renferment des idées de très grande valeur pour le législateur »*¹²⁸⁸, il reste néanmoins que celle-ci ne peut servir que de modèle théorique. Or, selon l'auteur, « *en matière de législation, on doit s'en rapporter à l'expérience bien plus qu'à la théorie »*¹²⁸⁹. Par conséquent, il conclut que « *séduits par la belle, mais trompeuse idée de réduire en un volume ordinaire le corps de lois d'une nation grande et puissante, ils ont proposé à l'Angleterre de suivre l'exemple de la France et de quelques autres nations, sans s'informer si les vices de la législation de ces pays avant la création de leurs codes, avaient quelques rapports avec*

¹²⁸⁵ J. RUDDIE, *op. cit.*, pp. 46-50 (traduction de G. GUYON, *op. cit.*, p. 90).

¹²⁸⁶ Même si elle n'est pas encore traduite en langue anglaise au moment où Cooper écrit ses *Lettres*, tout laisse à croire qu'il a eu accès à l'œuvre de Savigny traduite en langue française dès le début du XIX^{ème} siècle (1819). En effet, comme le souligne Jean Carbonnier, le fondateur de l'Ecole historique allemande est devenu très célèbre en France à la suite de sa querelle avec Anton Friedrich Justus Thibaut sur l'utilité de la codification du droit prussien (Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 3^{ème} éd. PUF, Coll. Quadrige-Manuels, 2016, p. 91).

¹²⁸⁷ C.P.C. COOPER, *op. cit.*, p. 316.

¹²⁸⁸ *Ibid.*, p. 330-331.

¹²⁸⁹ *Ibid.*, p. 348.

*ceux de la législation d'Angleterre, ou si les codes avaient remédié à ces défauts, etc. »*¹²⁹⁰.

Il faut reconnaître qu'avec les arguments de l'Ecole historique allemande, les détracteurs de Bentham trouve un soutien non des moindres pour faire échec à toutes les tentatives de codifier le droit pénal en Angleterre selon le modèle benthamien. C'est ce que semble confirmer les différents projets de réforme du droit pénal introduit devant le Parlement anglais tout au long du XIXème siècle. C'est notamment le cas du projet de codification du droit pénal anglais confié à la Commission 1833-1845. Comme on peut le constater dans le projet présenté par cette dernière devant le Parlement Anglais on est bien loin d'un projet de code pénal utilitariste, c'est-à-dire un code complet regroupant toutes les lois pénales, qu'elles soient issues des *statute laws* ou de la *common law*, tel que les réformateurs radicaux du parti *whig* le prévoient dans leur discours politique. Il s'agit de préparer deux recueils distincts, un digeste pour les *statute laws* destiné à contenir dans un nouveau texte législatif l'ensemble des lois pénales et un autre pour la *common law*. La seule nouveauté notable concerne le digeste de la *common law*. C'est la première fois dans l'histoire de la législation anglaise qu'est envisagée de la sorte si officiellement une codification de la *common law*.

S'agissant de la méthode à utiliser pour la réalisation de ces deux digestes, l'acte royal ne laisse subsister là encore aucun doute. En effet, dans la mesure où il ne précise pas la méthode selon laquelle ces digestes seront élaborés, cela laisse à supposer que, dans l'esprit des rédacteurs de l'acte, c'est la méthode traditionnelle qui est privilégiée, la consolidation au détriment de la codification.

« (...) afin d'enquêter sur ce qui pourrait rendre nécessaire de combiner ces deux digestes dans un seul corps de lois criminelles, abrogeant les autres dispositions législatives, ou sur la manière dont il peut

¹²⁹⁰ C.P.C. COOPER, *op. cit.*, p. 348.

*paraître nécessaire de promulguer uniquement le premier digeste mentionné »*¹²⁹¹.

Il est non moins certain que le rejet de la méthode juridique de la codification-innovation découle également de celui de l'idéologie utilitariste.

b) Le rejet idéologique de la codification benthamienne : l'exemple de James Ebenerzer Bicheno

Au fond, les Anglais ne croient pas dans l'intervention d'un législateur pour créer des règles de conduite.

Le refus par les *lawyers* anglais de la codification est, en réalité, un rejet aussi bien idéologique que doctrinal des fondements de la théorie utilitariste benthamienne. La critique qui illustre le plus la résistance des *lawyers* aux idées benthamiennes en général et à son modèle de codification en particulier est le conservateur Bicheno¹²⁹², considéré comme le premier, mais également le plus radical de tous les détracteurs des réformes proposées par les partisans de Bentham. Tout en s'autoproclamant partisan de la réforme du système juridique anglais, notamment sa branche pénale (il partage les avis de notre auteur quant à la nécessité de réformer le système pénal, spécialement les peines), il reste traditionaliste et conservateur quant à la méthode à employer pour réaliser ces réformes.

¹²⁹¹ C.P.C. COOPER, *op. cit.*, p. 1.

¹²⁹² A. G. L. SHAW, « James Ebenezer Bicheno », in *Oxford Dictionary of Nation Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004. Voir également G. GUYON, *op. cit.*, p. 82 : « *James Ebenezer Bicheno (1785-1851) est le premier à prendre la plume et a riposté avec vigueur aux théories benthamiennes dans ses "Observations on the philosophy of Criminal Jurisprudence : being an investigation of the Principles Necessary to be kept in view during the Revision of the Penal Code" (1819). Ancien officier colonial, il est appelé au barreau par le « Middle Temple » et rejoint le circuit d'Oxford en 1822. Chrétien conservateur, proche du gouvernement tory, sa carrière politique débute, lorsqu'il est nommé au poste de Secrétaire Colonial britannique au Von Diemen's Land – l'ancienne Tasmanie – 1843* ».

Le premier point qui l'oppose aux utilitaristes est l'organe compétent. Selon lui, dans la tradition juridique de *common law*, le législateur n'est pas compétent pour effectuer cette tâche. Il refuse catégoriquement l'intervention d'un législateur dans l'élaboration de la règle de droit. Pour ce faire, il met en avant l'origine transcendante du droit naturel qui est la source du droit de *common law*. Cette dernière est issue de la nature et déclarée par les juges¹²⁹³. Cela justifie que le *statute law* est véritablement intégré dans le droit anglais, seulement lorsqu'un juge en a fait application. En effet, la loi, en Angleterre, ne pose pas de principes généraux et abstraits sur lesquels les juges devraient se baser pour aboutir à une solution au cas d'espèce grâce à leur pouvoir d'interprétation. Contrairement aux juges dans la tradition civiliste, comme c'est le cas en France ou en Allemagne, le juge, dans la tradition de *common law*, ne saurait recourir aux procédés ordinaires d'interprétation tels que les arguments par analogie, *a fortiori* ou *a contrario* ou les arguments téléologiques fondés sur le but de la loi. L'office du juge, dans le système de *common law*, est de résoudre un cas d'espèce et non pas d'élaborer de savants raisonnements inspirés par la raison géométrique. Par conséquent, pour Bicheno, il est inutile de codifier la *common law*.

Concernant la possibilité de codifier les *statute laws*, là encore il émet des réserves. Pour lui, il ne s'agit ni plus ni moins que d'une consolidation du droit déjà existant, qui ne change en rien la nature du système juridique anglais, dans la mesure où les lois consolidées seront au final, comme pour lois ordinaires, intégrées dans le système juridique anglais par la jurisprudence après l'intervention des juges. Cela traduit également le sentiment de méfiance de la tradition de *common law* à l'égard de la loi en général¹²⁹⁴. Dans l'esprit des *lawyers* anglais, il ne fait aucun doute que la *common law* est supérieure au *statute law*.

Et, plus généralement, on s'interroge sur la plénitude de pouvoir d'un législateur humain. Pour Bicheno, on ne peut pas substituer la codification à la *common law*. En bon disciple de Blackstone, il considère que celle-ci est

¹²⁹³ G. GUYON, *op. cit.*, pp. 82-84

¹²⁹⁴ D. TALLON, *op. cit.*, p. 40 : « Il y'a dans la tradition anglaise une méfiance viscérale à l'égard de la codification, ancrée dans le passé » .

conforme aux lois divines. Partant de là, il considère que la codification est dangereuse, car elle est susceptible de figer le droit. D'après lui, la codification du droit peut remettre en cause l'harmonie découlant de l'évolution naturelle de la *common law*. Ainsi il en déduit l'impossibilité d'envisager la « *législation comme un moyen pour créer le droit* »¹²⁹⁵.

Partant de là, on constate un retournement de l'argumentation de Jeremy Bentham contre lui-même : la transcendance est une condition d'efficacité du droit. Les *lawyers* anglais, considèrent que la science du droit pourrait être dénaturée. Si la réforme benthamienne triomphait elle pourrait faire l'objet « *d'un processus d'intégrale « laïcisation » ou « démythologisation »* »¹²⁹⁶. Alors que Bentham refuse catégoriquement dans sa théorie de législation la référence à toute norme transcendante, les *lawyers* anglais, quant à eux, trouvent que l'usage des fictions en matière de droit est indispensable. De ce fait, ils ont une vision proche de celle de Rousseau qui ne rejette pas, dans sa théorie de la législation, l'apport positif des fictions en matière de lois. Comme le souligne Jean Carbonnier, ils peuvent faire leurs les considérations de Rousseau, quand il écrit qu'il « *fallait des dieux pour donner des lois aux hommes* »¹²⁹⁷, voire quand il évoque « *la raison sublime* » de la divinité¹²⁹⁸ pour justifier ses lois¹²⁹⁹.

¹²⁹⁵ G. GUYON, *op. cit.*, p. 84 : « *A en croire Bicheno, le common law, cette « institution » issue de la nature ne doit pas laisser place aux « fondements du système de Bentham ». S'il reconnaît l'importance des propositions du père de la codification utilitariste, Bicheno rejette catégoriquement la codification en tant que système de substitution à celui qui est établi. D'abord parce que seul le common law est, par sa forme coutumière et non écrite, conforme aux lois divines – « les fondements de M. Bentham sont trop artificiels dans leur construction et sont surtout diamétralement opposés à ce système politique qui est conforme à la constitution naturelle des choses ». Ensuite, parce que la codification, en tant qu'un droit créé par un organe composé d'hommes, perturberait le développement naturel d'un common law que l'on pourrait qualifier de « droit divin ». A partir de cela, il rejette le fait de concevoir « la législation comme un moyen de créer le droit ». La loi doit, aux yeux de Bicheno, se contenter « d'exposer le droit qui existe déjà », c'est-à-dire l'ensemble des règles coutumières qui gouvernent le peuple anglais depuis l'éternité. La réforme doit donc se borner à limiter l'application de la peine capitale* ».

¹²⁹⁶ *Ibid.*, pp. 206-207.

¹²⁹⁷ *Du contrat social*, M.-M. Rey, Amsterdam, 1762, liv. 2, ch. 7. Du législateur, p. 93.

¹²⁹⁸ *Ibid.*, p. 101.

¹²⁹⁹ J. CARBONNIER, *Essai sur les lois* précité, pp. 191-202. Voir également F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, P. 203.

Se voulant le théoricien de « *la législation ordinaire* »¹³⁰⁰, Bentham ne voit pas la législation comme un acte divin, mais comme un acte législatif, l'œuvre du gouvernement humain, c'est-à-dire une opération de la société à la fois continue et adaptable aux circonstances de temps et de lieu¹³⁰¹. Pour les *lawyers* anglais, partisans du système de *common law*, le droit doit s'inscrire dans une certaine transcendance, tout en prenant les précautions nécessaires pour faire un usage utile des fictions en se gardant des manipulations. Ils considèrent que cela est indispensable pour éviter de « *se réduire au « tout politique » et de succomber alors à des entreprises d'instrumentalisation au profit des logiques –fussent-elles les plus rationnelles– qui conditionnent pour partie le politique* »¹³⁰². Partant de là, ils estiment que, en rompant radicalement avec l'usage des fictions en matière de législation, comme l'exige le père de la doctrine utilitariste, on risque de faire perdre au droit anglais de son efficacité. François Ost va plus loin en considérant que, sans les fictions « *le droit ne serait qu'un instrument, bientôt inutile, du contrôle social. Aussi la rhétorique des lois et des droits (comme celle des droits de l'homme), loin de constituer un discours de mystification, pourrait-elle s'avérer garante de l'utilité – symbolique cette fois– du juridique* »¹³⁰³.

2°. L'impossible codification-innovation en pratique

Pour les *lawyers* anglais, être hostile à la codification ne signifie pas être défavorable au changement. Ils savent que la société est en perpétuelle évolution. Cooper résume parfaitement leur sentiment : « *Mais tout changement n'était pas proscrit, car l'état de la société, n'était pas*

¹³⁰⁰ N. L. ROSENBLUM, *Bentham's theory of the modern state*, chap. I, pp. 9 et s. cité par F. OST, *ibid.*, p. 204.

¹³⁰¹ Voir sur ce point : F. OST, *ibid.*, pp. 163 et s.

¹³⁰² D. LUSCHKA, Mutation des droits de l'homme et mutation du droit, in *R.I.E.J.*, 1984, p. 83.

¹³⁰³ F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 207.

stationnaire ; bien au contraire, elle était par nature sujette à des changements continuels »¹³⁰⁴. Ce qu'ils rejettent dans la codification benthamienne est son caractère radical : rupture totale avec la tradition juridique ancestrale. Pour Cooper, un changement progressif est plus à même de répondre aux besoins des Anglais : « On conservera l'ancien système en y dérogeant petit à petit sur les points nécessaires à son amélioration et à son perfectionnement »¹³⁰⁵. S'inscrivant dans la continuité avec la tradition anglaise, l'opinion de l'auteur ne fait que ressurgir la différence de conception qu'ont les Anglais de la révolution. Effectivement, si la Révolution française avait pour objectif de faire table rase du passé, en Angleterre, ce ne fut pas le cas. La révolution est synonyme de continuité et non pas de rupture comme en France¹³⁰⁶. Le terme s'y entend plutôt dans une acception astronomique.

Ce qui fait effectivement la supériorité de la *common law* par rapport à la codification, selon les juristes anglais, est sa « souplesse » et sa « flexibilité », c'est-à-dire sa faculté d'adaptation et d'évolution, au final son adéquation à la société.

« C'est cette flexibilité de la loi commune qui, au lieu d'être un défaut, constitue son premier mérite (il n'y a peut-être rien de plus opposé à la doctrine de l'école historique que le défaut de « l'incorrigibilité », que Mr. Bentham attribue à notre loi commune. « To the necessary uncertainty of common law add now it's equally necessary incorrigibility »¹³⁰⁷. Il me semble que l'histoire et l'expérience nous prouvent le contraire) »¹³⁰⁸.

¹³⁰⁴ C.P.C. COOPER, *op. cit.*, pp. 242-243.

¹³⁰⁵ *Ibid.*, p. 243.

¹³⁰⁶ Voir sur la distinction entre la révolution juridique en France et en Angleterre, Jean-Louis HALPERIN « Harold J. BERMAN, droit et Révolution. L'impact des Réformes protestantes sur la tradition juridique occidentale, trad. Fr. Alain Wijffels. Note marginale Pierre Legendre, Paris, Fayard, coll. « Les quarante piliers », 2010, p. 804, *Jus Politicum*, n° 8. <http://juspoliticum.com/article/Harold-J-Berman-Droit-et-Revolution-L-impact-des-Reformes-protestantes-sur-la-tradition-juridique-occidentale-trad-fr-Alain-Wijffels-Note-marginale-Pierre-Legendre-Paris-Fayard-coll-Les-quarante-piliers-2010-804-p-545.html>.

¹³⁰⁷ Jean-Louis HALPERIN « Harold J. BERMAN, droit et Révolution. L'impact des Réformes protestantes sur la tradition juridique occidentale, trad. Fr. Alain Wijffels. Note marginale Pierre Legendre, Paris, Fayard, coll. « Les quarante piliers », 2010, p. 804, *Jus Politicum*, n° 8. <http://juspoliticum.com/article/Harold-J-Berman-Droit-et-Revolution-L-impact-des-Reformes-protestantes-sur-la-tradition-juridique-occidentale-trad-fr-Alain-Wijffels-Note-marginale-Pierre-Legendre-Paris-Fayard-coll-Les-quarante-piliers-2010-804-p-545.html>.

¹³⁰⁸ C.P.C. COOPER, *op. cit.*, p. 326.

L'auteur fait de cette flexibilité, la caractéristique pourtant la plus décriée par les partisans de la codification du droit anglais, une qualité propre en faveur de l'accessibilité de la *common law*. Selon lui, la flexibilité est source de souplesse et cette dernière est ce qui contribue à l'excellence de la *common law*, car c'est d'elle que procède son efficacité.

*« Sans l'aide de la législation, la jurisprudence a créé, et perfectionné notre système d'équité, système qui, avec tous ces services, possède des qualités propres à le faire survivre pendant des siècles à la critique de ceux qui s'avisent de blâmer un sujet qu'ils ne comprennent pas. C'est cette flexibilité qui, si je ne me trompe prouvera de la manière la plus convaincante l'excellence des doctrines de l'école historique, en fournissant à l'Angleterre l'occasion de se débarrasser de tout ce que la féodalité lui a laissé de suranné et d'inutile, pour le remplacer par un système plus moderne et plus d'accord avec l'état actuel de la société, sans qu'il soit nécessaire de nous exposer aux inconvénients innombrables et inséparables du meilleur des projets de codification. C'est encore cette flexibilité, qui plus récemment a créé et perfectionné ce qu'on trouve de bon dans notre système de droit commercial. C'est encore cette particularité de la loi commune, qui, en lui permettant de s'adapter à toutes les situations du peuple, lui a donné le pouvoir de débarrasser notre législation et notre jurisprudence de plusieurs statuts et décisions peu en harmonie avec les sentiments »*¹³⁰⁹.

Force est de constater que l'auteur évite, d'une façon délibérée probablement, de mettre l'accent sur l'instabilité de la *common law*, une instabilité due principalement à son origine jurisprudentielle.

Ainsi, au binôme de la stabilité et à la certitude du droit codifié, l'auteur lui préfère la flexibilité et l'adaptabilité de la *common law*. C'est dire que tout ce que les partisans de la codification de rupture considèrent comme des défauts et obstacles à l'accessibilité au droit dans la *common law*, leurs adversaires n'y voient, quant à eux, que des avantages. La flexibilité de la loi commune anglaise n'est pas une source d'incertitude du

¹³⁰⁹ C.P.C. COOPER, *op. cit.*, p. 326.

droit anglais, mais un élément renforçant sa stabilité, donc à sa certitude¹³¹⁰. Contrairement à l'opinion des détracteurs de la *common law* anglaise, ces défenseurs estiment que la codification aurait pour conséquence de fixer définitivement le droit, elle le figerait pour ainsi dire ce qui lui fera perdre toute son efficacité. Il s'agit d'un vice rédhibitoire, car elle est la source d'une contradiction insurmontable, inconnue de la *common law* anglaise. D'un côté, il y a une loi stationnaire : le code, de l'autre une société mobile : « (...) *Les lois restent stationnaires et (...) les événements de la société sont au contraire sujet à des changements continus* »¹³¹¹. Cooper s'interroge sur le sort des lois ainsi figées dans le temps. Sa réponse est plus que significative : « *Quel eût été le sort de nos lois actuelles, si nos ancêtres du temps de la Reine Elisabeth avait assujetti notre jurisprudence à un code ? On ne peut pas répondre avec certitude ; cependant j'oserai dire qu'elles n'auraient jamais atteint le degré de perfection où on les a vues, si on ne les avait pas préalablement délivrées d'un tel encombrement* »¹³¹².

Quels que soient les efforts des codificateurs, il n'y aura jamais de code qui réunira toutes les qualités que désire notre auteur¹³¹³. Une impossibilité plutôt matérielle qu'intellectuelle qui résulte, d'après les défenseurs de la tradition juridique anglaise, de la nature des choses est mise en avant. Le même argument peut être utilisé pour justifier l'impossibilité pour un code de tout prévoir. Une autre cause du rejet de la codification benthamienne est son impossibilité d'être exhaustive, ce qui remet directement en cause un avantage majeur de la codification : le caractère complet du code utilitariste, seul à même de lui permettre de rendre le droit

¹³¹⁰ C.P.C. COOPER, *op. cit.*, p. 272.

¹³¹¹ *Ibid.*

¹³¹² *Ibid.*, p. 328.

¹³¹³ F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 205 : « (...) il n'y aura jamais de textes à ce point clairs qu'on puisse en déterminer le sens ne varietur, indépendamment de leurs contextes d'énonciation et d'application. De même, il n'y a-t-il sans doute pas de lois à ce point dépourvues de lacunes et d'antinomies qu'on puisse se dispenser de les interpréter à l'aide de principes supérieurs de justice. De même encore, n'y aura-t-il sans doute jamais de code à ce point simple qu'on puisse se passer totalement de juriste professionnels pour en faire application. Enfin, il n'y a pas de droit à ce point rationnel qu'il puisse éradiquer toute forme d'asservissement et de misère. Non seulement chacune de ses prétentions, prises isolément, s'avèrent en elle-même illusoire, mais leur rapprochement fait surgir d'inévitables contradictions : ainsi le souci de complétude risque de s'opposer au désir de maniabilité du code et la volonté de compréhensibilité ».

accessible pour tous. Comme son nom le suggère, le *Pannomion* a vocation à la complétude, c'est, pour ainsi dire, sa nature même. Or les partisans de la tradition juridique anglaise considèrent qu'il est impossible au législateur de tout prévoir. Ainsi, d'après eux, la codification-innovation est la plus critiquable dans sa prétention à rassembler l'ensemble du droit en vigueur dans un seul recueil¹³¹⁴. Une perfection impossible à réaliser en pratique à cause du caractère mouvant de la société. C'est pourquoi la *common law*, comme on l'a déjà vu, est celle qui s'adapte le mieux à ses changements continuels de la société. Pour les *lawyers* anglais, « *la perfection progressive des lois par une bonne application des principes de jurisprudence vaut mieux pour leur amélioration qu'aucune législation positive* ».

D'une manière générale, les *lawyers* anglais admettraient volontiers le point de vue de Portalis, déjà évoqué, lorsqu'il écrit que « *c'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples se font avec le temps ; mais, à proprement parler, on ne les fait jamais* »¹³¹⁵.

Certes les défenseurs de la *common law* anglaise concèdent que regrouper tous les *statute laws* et les jurisprudences des arrêts dans un seul et même recueil aiderait à remédier aux incertitudes et à l'imprévisibilité du droit anglais. Mais une codification de tout le droit leur paraît une tâche impossible à réaliser dans la pratique. Il y voit une utopie¹³¹⁶. Cooper explique que « *tous ceux qui ont lu les écrits de Mr Bentham savent que c'est à la loi commune qu'il attribue principalement les incertitudes qui existent dans nos lois civiles. La plus grande partie de la loi commune se trouve consignée par écrit dans nos recueils d'arrêts et dans quelques anciens livres de jurisprudences ; mais ce n'est pas seulement cette partie du droit commun que Mr Bentham veut que l'on insère dans le code, il veut*

¹³¹⁴ C. P. C.COOPER, *op. cit.*, p. 208.

¹³¹⁵ Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet [de code civil] de la commission du gouvernement, Fenet, tome I, p. 476. Voir notamment D. TALLON, *op. cit.*, p. 46.

¹³¹⁶ C.P.C. COOPER, *ibid.*, p. 126 : « *L'histoire de tous les systèmes de législation, anciens comme modernes, atteste que la théorie est presque toujours démentie par l'expérience et la pratique* ».

encore que tout le reste de cette branche de nos lois soit rédigé par écrit. D'après son opinion, la moindre partie du droit commun suffirait pour vicier et corrompre toute la masse du droit écrit ; il insiste même fortement pour que toutes les définitions et explications des phrases et des mots techniques appartenant à la jurisprudence fassent partie du code ». Cela renvoie au mode de rédaction contemporain des lois anglaises comme le souligne René David¹³¹⁷. Et d'ajouter que « *L'avantage qu'une nation doit retirer de la simplicité et de la certitude de ces lois est incontestable, néanmoins j'ai démontré dans les lettres précédentes qu'il est impossible de rédiger par écrit tout le droit d'une nation comme l'Angleterre, où la variété et la complication des transactions de la société fournissent une si ample matière aux procès civils (...) »*¹³¹⁸.

Mais les critiques à l'égard du *Pannomion* ne s'arrêtent pas à ce seul critère. Elles concernent l'ensemble des qualités que Bentham désire dans son corps complet de législation dans le but de porter le droit à la connaissance de tous.

A partir du constat de l'inutilité de la codification d'une part et de son incapacité à remédier à l'inaccessibilité du droit d'autre part, les *lawyers* anglais estiment que le recours à la jurisprudence est indispensable contrairement à ce que le réformateur utilitariste donne à entendre. On ne saurait plus clair que Cooper : « *Si donc un législateur avait à composer un code pour une nation gouvernée depuis des siècles par ses lois et ses coutumes, qui posséderait en outre une série d'arrêts propres à fixer une infinité de questions déjà débattues devant les tribunaux, vous considéreriez ce législateur comme obligé à suivre les indications d'une longue et ancienne expérience, sous peine d'être déclaré ignorant dans tous les principes de la législation : et vous ajouterez que si, dans son travail, il laissait de côté la législation et la jurisprudence antérieures, son code*

¹³¹⁷ R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit comparé* précité, pp. 290 et s.

¹³¹⁸ *Ibid.*, p. 320.

resterait imparfait jusqu'à ce qu'une longue suite de contestations eût formé un nouveau recueil qui en devînt le complément indispensable »¹³¹⁹.

Pour Cooper, comme pour Portalis¹³²⁰, la codification n'exclue pas la jurisprudence. Au contraire, selon lui, elle la rend nécessaire. Dans l'esprit des codificateurs anglais, la codification appelle un supplément des lois dont l'artisan, ne peut pas ne pas être le juge contrairement à ce que prétendent les partisans de la codification-innovation.

« Il serait impossible de la rédiger en forme de proposition articulaires, sans détruire complètement le système des analogies et des dépendances auxquelles elle doit en grande partie son origine. Il ne resterait presque plus rien de l'ancienne jurisprudence, chaque fois qu'il s'offrirait un cas dont la solution ne se présenterait pas sous les mots refermés dans le texte du code, les jurisconsultes ne trouvant que des principes et des règles isolées et séparées de tous les documents historiques et explicatifs qui maintenant les environnements et aident à leur interprétation et à leur application, seraient forcés de renvoyer les parties devant les tribunaux »¹³²¹.

En réalité, les Anglais sont hostiles à la codification qui est utilisée par Jeremy Bentham comme un instrument pour permettre la connaissance « parfaite » du droit par les citoyens¹³²², car il leur paraît vain de chercher à rédiger un code doté des qualités requises par notre auteur. Leur réunion fait également apparaître d'inévitables contradictions¹³²³. Ainsi, la complétude qui est une qualité indispensable de son code universel est en totale opposition avec l'exigence de maniabilité et d'intelligibilité. Or ces dernières « perfections » constituent deux éléments indispensables à l'accessibilité du droit dans la théorie benthamienne de législation.

¹³¹⁹ C.P.C. COOPER, *op. cit.*, pp. 186-187.

¹³²⁰ PORTALIS, *Discours prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement*, 1er ventôse an IX, Fenet, tome I, p. 476.

¹³²¹ C.P.C. COOPER, *ibid.*, pp. 314-315.

¹³²² *Ibid.*, p. 71 : « Ainsi, à la loi non écrite, confuse, figée dans le temps et inaccessible au peuple (...), Bentham substitue la loi écrite, certaine, compréhensible, simple, adaptée à la société contemporaine ».

¹³²³ F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 206.

Codifier la *common law*, dans le sens compiler ou consolider dans le but de remédier à son incertitude et à son imprévisibilité finit par faire son chemin en Angleterre au cours du XIX^{ème} siècle. Aux antipodes de la conception benthamienne, la codification telle que la soutiennent les *lawyers* anglais, disciples du célèbre jurisconsulte anglais Francis Bacon et de l'Ecole historique de droit allemand, est une codification fondée sur l'expérience juridique des siècles, mais ouverte aux nécessités de l'avenir.

B. Une consolidation en adéquation avec la tradition juridique de *common law*

Consolidation est un terme juridique anglais. C'est une technique de réforme des normes législatives spécifiques à l'Angleterre. Celle-ci est synonyme de *combination* et d'*unification*. Dans le droit anglais, cette technique est définie de deux façons différentes. La première est large et consiste en « *un acte de combiner deux ou plusieurs choses en une seule* »¹³²⁴. La seconde est plus stricte : « *la combinaison de deux ou plusieurs projets de lois ou lois en un(e) seul(e) ; la réunion en un seul texte d'un certain nombre de dispositions qui s'appliquent à un sujet déterminé et spécifique* »¹³²⁵. La définition la plus aboutie, mais sans être la seule, selon Gwenaél Guyon, est celle de Graham Harrison : « *La consolidation est un procédé qui consiste à identifier un ensemble de normes législatives*

¹³²⁴ ANONYME, Consolidation, in Webster's New Word Law Dictionary, Londres, Hungry minds Inc., 2006.

¹³²⁵ ANONYME, Consolidation, in Oxford English Dictionary, Oxford, Oxford University Press, 1989 : « *The combination of two or more bills, acts, or statutes in one ; the bringing together in one act of a number of enactments or provisions bearing upon a certain subject* ». Voir sur la définition de la méthode de consolidation, G. GUYON, *op. cit.*, p. 111. R. DAVID, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Paris, Sirey, 1948, p. 241.

*appartenant à une branche spécifique de la législation, ayant pour but d'abroger et à les reproduire dans une seule et même législation »*¹³²⁶.

Généralement la consolidation est une technique « *de réforme de normes statutaires, qui émerge parallèlement au développement naturel et interne du système de common law* »¹³²⁷. Autrement dit, elle consisterait à regrouper en un seul recueil les *statute laws* déjà existants sans inclure les règles de la *common law*. De cette façon, la consolidation est une technique de réforme de la législation en totale cohérence avec la tradition juridique de *common law*, mais en totale opposition avec la méthode de réforme de la législation par la codification selon Jeremy Bentham.

Dès lors, le choix de la méthode de consolidation au lieu de celle de la codification par les réformateurs anglais s'explique largement. D'une part cette méthode de réforme ne concerne que les *statute laws* et ne remet donc pas en cause la tradition juridique de *common law* (1°) et d'autre part elle est suffisante pour réaliser l'objectif d'accessibilité au droit (2°). Il s'agit d'un moyen idéal pour contourner la méfiance des partisans de la réforme benthamienne.

1°. Une méthode de réforme propre aux *statute laws*

Par son objet, une loi de consolidation ne peut porter que sur les règles législatives, c'est-à-dire les *statute laws*, alors que les règles issues de la *common law* sont exclues. Elle ne prétend pas à la refonte de l'ensemble du droit en vigueur ni à en créer des règles nouvelles¹³²⁸ comme c'est le cas de la codification-innovation¹³²⁹. Le Professeur Philippe Malaurie précise en

¹³²⁶ G. HARISON, Examination of the Main Criticisms of the Statute Book and of the Possibility of Improvement, *Journal of the Society of Public Teachers in Law*, 1935, p. 13 cité par G. GUYON, notice n°400, *op. cit.*, p. 111.

¹³²⁷ G. GUYON, *ibid.*, p. 111.

¹³²⁸ R. DAVID, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre* précité, p. 241.

¹³²⁹ P. MALAURY, Peut-on définir la codification ?, *Droits, Revue française d'administration publique et de cultures juridiques*, 1997, vol.82, pp. 177-182.

outre que ce caractère spécifique de la consolidation vient de son origine, c'est-à-dire la tradition juridique anglaise. En effet, même si par sa forme, la méthode de consolidation tend, comme la codification, à la systématisation du droit pour René David¹³³⁰, elle manque toutefois de base théorique d'après le *lawyer* anglais Keith Smith¹³³¹. Mais Gwenaël Guyon ne semble pas partager cet avis, notamment en ce qui concerne les *Consolidations Acts* de la première moitié du XIX^{ème} siècle¹³³². D'après lui, les lois de consolidation du début du XIX^{ème} siècle, telles qu'elles sont proposées par les réformateurs anglais, ne représentent, ni ne traduisent une volonté de systématisation du droit ainsi que l'illustre le *Forgery Mitigation Bill (FMB)* de 1821. « *Pourtant, ni la méthodologie de ses rédacteurs, ni la construction formelle du Forgery Mitigation Bill ne laissent à penser que la consolidation, telle qu'elle est proposée par les réformateurs whigs, s'articule autour d'une théorie générale, cohérente et logique du droit* »¹³³³. En effet, ce *FMB* est un document composé de quatre pages, divisé en quatre paragraphes compacts, sans aucune hiérarchie, ni titres généraux ou préliminaires, le style reste fidèle à la tradition, etc. Au final, le *FMB* n'est qu'un simple catalogue exhaustif des infractions relatives à la contrefaçon¹³³⁴. Gwenaël Guyon résume son sentiment sur le *FMB* de la manière suivante : « *A la première lecture de ce bill, il se dégage une impression étrange, comme un refus de croire en la force normative d'un acte législatif qui n'en a pourtant pas l'aspect* »¹³³⁵. Dès lors, sur le plan formel, la différence est très nette entre la consolidation et la codification-

¹³³⁰ R. DAVID, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre* précité, p. 241 : « *La loi de consolidation reproduit dans un ordre systématique des dispositions de loi* ».

¹³³¹ K. SMITH, *Lawyers, Legislators and Theorists, Developments in English Criminal law*, in *Journal of Legal History*, vol. 20, 1999, p. 9 (Cité par G. GUYON, *op. cit.*, p. 114).

¹³³² C'est notamment le cas du projet *Forgery Mitigation Bill* (adopté par le parlement anglais en 1821). Ce projet est proposé par le Comité 1819 sur deux lois de consolidation (*bill on consolidation*). La première porte sur l'abolition de trente infractions capitales obsolètes, la seconde porte sur la consolidation du droit de la contrefaçon (HC Deb, 14 June 1821, vol. 5, pp. 1099-1194).

¹³³³ G. GUYON, *op. cit.*, p. 114. Pour l'auteur, la définition formelle de la consolidation donnée par René David ne peut être admise pour ce qui est des lois adoptées au XIX^{ème} siècle.

¹³³⁴ *Ibid.*, p. 115 : « *Forgery Mitigation Bill est structuré sous les traits d'un catalogue exhaustif des infractions de contrefaçon. Rappelant dans un second paragraphe que la peine capitale sanctionnant de telles infractions, le Bill lui substitue des peines plus légère et précise que ses dispositions ne s'appliquent pas au territoire de l'Ecosse* ».

¹³³⁵ *Ibid.*

innovation d'après cet auteur. Elle lui semble s'expliquer par l'adaptation de cette méthode à la tradition juridique de *common law* selon laquelle le *statute law* n'est qu'une source subsidiaire de la *common law*.

Si, du point de vue formel, il peut y avoir des divergences quant aux ressemblances qui peuvent exister entre la méthode de consolidation défendue par les *lawyers* anglais et celle de la codification-innovation proposée par Bentham et ses disciples, il semblerait que la question est bien tranchée quant au but poursuivi. Comme le fait remarquer René David, une loi de consolidation est « *une loi qui vient remettre de l'ordre et de la clarté dans une matière donnée du droit, sans prétendre, en général, à innover* ».

In fine, si sur la forme la question de savoir si la méthode de consolidation est compatible avec celle de la codification proposée par Bentham reste discutable il n'en demeure pas moins que cela n'est plus tolérable en ce qui concerne le fond. Cela s'explique par la finalité même de ces deux méthodes. Sur ce point, selon René Davis, les deux méthodes s'opposent radicalement¹³³⁶. Les *Consolidation Acts* du début du XIX^{ème} siècle sont aux antipodes de ce que souhaitait Jeremy Bentham. De toute évidence la raison du choix de la méthode de consolidation pour la réforme du droit anglais semble évidente, car elle permet de réformer le droit anglais en mettant fin à son incertitude et son imprevisibilité tout en respectant la tradition juridique de *common law* à laquelle les *lawyers* anglais (*tories* et *whigs* confondus) sont profondément attachés.

En réalité, même les réformateurs utilitaristes anglais voient dans cette technique le meilleur moyen pour circonvenir l'hostilité des réformateurs conservateurs à l'égard de la codification. Pour le spécialiste français de la codification en Angleterre, Gwenaél Guyon, « *la consolidation est (au regard de la définition de celle-ci) l'unique outil de réforme législative qui semble a priori adaptée à la théorie classique de la common law, qui ne*

¹³³⁶ René DAVID, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre* précité, pp. 547-548.

*reconnaît à la législation que le rôle limité et subsidiaire d'addendum aux règles coutumières du judge made law »*¹³³⁷.

Dans la conception traditionnelle anglaise, la codification se définit comme une action qui a pour objectif de rassembler, de compiler, de mettre en ordre et de reformuler les règles existantes dans une branche de droit donnée déjà « *sans mêler à cet effort la réforme du droit au fond* »¹³³⁸. Autrement dit, dans ce mode de réforme hérité du jurisconsulte Francis Bacon, la codification est synonyme de consolidation. Pour Bruno Oppetit, « *cette forme de codification, qui respecte le passé en se contentant d'enregistrer le droit existant et d'en fixer l'organisation dans une structure systématique sans toutefois créer des règles nouvelles est menée à droit constant* »¹³³⁹.

2°. La consolidation au service de l'accessibilité au droit

Etienne Dumont, sans remettre en cause l'influence des idées du père de la doctrine utilitariste anglaise et sans douter de la nécessité d'une codification totale du droit pour le porter à la connaissance de tous, considère néanmoins qu'en la matière, il faut tenir compte de l'opinion des *lawyers* ainsi que des préjugés de l'époque pour le choix de la méthode de réforme adéquate. D'après lui, au regard de ces impératifs, la méthode de consolidation est la meilleure pour réaliser la réforme du droit anglais. Il considère qu'il faut séparer le théoricien du praticien : « *Le jurisconsulte dans son cabinet ne doit viser qu'à la perfection. Un ministre, qui trouve sur son chemin toutes les passions et tous les préjugés, ne peut aspirer qu'au mieux possible* »¹³⁴⁰.

¹³³⁷ G. GUYON, *op. cit.*, p. 111.

¹³³⁸ B. OPPETIT, *op. cit.*, p. 20.

¹³³⁹ *Ibid.*

¹³⁴⁰ Observation d'Etienne Dumont, in Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, De la codification, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 90.

En l'espèce, le ministre, homme pratique, ne peut espérer pour remédier à l'inaccessibilité du droit dans le contexte anglais, qu'en la consolidation, contrairement au théoricien de la législation. Par son propos, le biographe de Jeremy Bentham entend expliquer dans une certaine mesure que, dans l'Angleterre du début du XIX^{ème} siècle, la codification-innovation est impossible à mettre en œuvre en pratique d'une part et que la méthode de consolidation suffit pour atteindre le but que le père de la philosophie utilitariste assigne à la législation : mettre fin à la glorieuse incertitude du droit anglais.

D'autre part, ajoute encore Etienne Dumont, la méthode de consolidation n'est pas en contradiction avec le projet du *Pannomion* prônée par Bentham dans la mesure où les lois de consolidation peuvent constituer à terme un prélude pour la codification complète de la législation. « *Si l'on continue de consolider les statutes, on en sentira tellement les avantages, qu'il doit en résulter à la longue une codification complète* »¹³⁴¹. C'est le cas au début du XIX^{ème} siècle, pour ce qui est des lois initiées par le conservateur Robert Peel durant la période allant de 1826 jusqu'à 1830¹³⁴². Cela ressort très clairement de cet extrait des observations du biographe de Jeremy Bentham, Etienne Dumont, sur le discours prononcé en 1825 par Robert Peel lors de la présentation des lois de consolidation des *statute laws* adoptés en 1826 : « *Le système suivi par M. Peel consiste à réunir dans un seul corps les divers statuts relatifs à un même objet : ainsi tous ceux qui se rapportaient aux banqueroutes ont été réduits à un seul. Il a proposé une semblable opération pour les divers actes relatifs aux droits d'entrée et de sortie ; et dans la session de 1825, il introduisit un bill pour consolider toutes les lois concernant le jury. Il n'y avait pas moins de quatre-vingt-cinq statuts dans lesquels cette législation était dispersée ; et comme ils se modifiaient, s'abrogeaient ou s'expliquaient les uns les autres, ce n'était que par le procédé le plus lent et le plus pénible qu'on pouvait parvenir à*

¹³⁴¹ Observation d'Etienne Dumont, in Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, De la codification, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 90.

¹³⁴² En 1826, R. Peel présente son projet d'une première loi de consolidation des *statute laws* anglais relatifs à la procédure pénale (7 Geo 4 c 64), le *Criminal Statute Repeal Act*. a été adopté par le parlement anglais en 1827.

connaître la dernière volonté du législateur (...). »¹³⁴³. En effet, ce dernier fait adopter quatre lois de consolidation regroupant ainsi plus de trois cents *statute laws* : –*Larceny Act*, 1827 (7 & 8 Geo 4, c, 29), –*Property Act*, 1827 (7 & 8 Geo 4, c, 30), – la loi sur les infractions contre les personnes, 1828 (9 Geo 4, c, 32), – la loi sur la falsification, 1830 (11 Geo 4, et 1 Will 4, 66)¹³⁴⁴.

Cependant, tout en étant des lois de consolidation, ces *statute laws* consacrent, à plusieurs égards, les idées benthamiennes. En effet, bien qu'elles ne soient que des consolidations, les lois de 1826-1830 restent néanmoins, aux yeux de beaucoup de spécialistes du droit anglais, comme des codifications en ce qu'elles modernisent et ordonnent le droit pénal anglais, notamment par l'abrogation des *statute laws* obsolètes¹³⁴⁵. Michel Morin le conteste. Pour lui, qualifier ces lois de consolidation de lois codificatrices est par conséquent exagéré¹³⁴⁶. De fait, les quatre lois de consolidation sont adoptées dans le respect total de la méthode de réforme traditionnelle, c'est-à-dire qu'elles ne concernent que les *statute laws* sans toucher aux règles de *common law*¹³⁴⁷. De surcroît, ces lois sont loin de correspondre à une codification benthamienne. A titre d'exemple, dans le *Larceny Act*, aucune définition du « larcin »¹³⁴⁸ n'a été prévue. Cela reste également le cas pour la loi sur les infractions contre la personne, des infractions telles que le « meurtre », « l'homicide volontaire », « l'agression » ou du « viol »¹³⁴⁹ ne font l'objet d'aucune définition¹³⁵⁰.

En vérité, ces lois ont pour objectif la rationalisation et l'uniformisation de quelques pans du droit pénal anglais pour remédier à son

¹³⁴³ Etienne Dumont, in Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, De la codification, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, pp. 90 et s. Consolidation de divers statuts par des actes du parlement, en 1825-1826, in *De la codification*, section IX, *ibid.*, pp. 112-115.

¹³⁴⁴ Voir sur toutes ces lois, <http://law.jrank.org/pages/866/Criminal-Law-Reform-England-Legislation-1823-1849.html>.

¹³⁴⁵ *Ibid.*

¹³⁴⁶ Dans ce sens Michel MORIN, *op. cit.* p. 160 : « Si l'on qualifie parfois ces réformes de codification, il y a là un abus de langage, puisqu'il s'agit d'une remise en ordre ou d'une modernisation des lois ».

¹³⁴⁷ <http://law.jrank.org/pages/866/Criminal-Law-Reform-England-Legislation-1823-1849.html>, *op. cit.*

¹³⁴⁸ *Ibid.*, la définition du larcin n'a été donnée qu'en 1916.

¹³⁴⁹ *Ibid.*, il aura fallu attendre 1976 pour que le législateur anglais donne une définition du viol.

¹³⁵⁰ *Ibid.*

inaccessibilité, mais cela ne remet aucunement en cause le caractère jurisprudentiel du droit anglais et ne concerne que la source légiférée de ces matières, la *common law* reste hors d'atteinte de ces lois de consolidation.

Est-ce que pour autant peut-on conclure à l'échec des idées Jeremy Bentham au regard de sa conception de l'exigence d'accessibilité ?

Ainsi que le fait remarquer Herbert Lionel Adolphus Hart¹³⁵¹, les consolidations de Robert Peel se trouvent à mi-chemin entre les codifications de rupture que défendent Jeremy Bentham et les utilitaristes d'une part et les compilations traditionnelles anglaises d'autre part. C'est dire que sur la forme les lois de consolidation restent conformes au modèle traditionnel anglais, mais qu'il en est autrement sur le fond. Ainsi, sur ce dernier point, force est de constater que les lois de consolidation consacrent les principes innovants, tels que le principe de proportionnalité des peines aux crimes et le principe de légalité des délits et des peines.

Pour sa part, Denis Baranger ne regarde pas à insister sur l'influence de la doctrine utilitariste benthamienne sur les consolidations du début du XIX^{ème} siècle et de l'ère victorienne au moins en matière procédurale. D'après lui: « *Bentham a surtout, mais profondément, influencé le contenu du droit et de la procédure : que l'on pense aux réformes des années 1830 (Poor Law Act, Factory Act) préparé par Edwyn Chadwick et Nassau Senior. Que l'on pense également à la suppression des formes d'action consacrées définitivement par les Procedure Acts de 1873-1875. Son legs au droit anglais est incontestable* »¹³⁵².

C'est dire que plus généralement l'accessibilité unanimement réclamée passait nécessairement par une forme de codification. L'une paraissait requérir nécessairement l'autre. Elles entretenaient entre elles un rapport de cause à effet, quand bien même cette réalité ne pouvait être avouée trop explicitement.

¹³⁵¹ H. L. A. HART, La démystification du droit, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, pp. 89 et s.

¹³⁵² D. BARANGER, *Bentham et la codification* précité, p. 34.

Section 2. Les dérobadés : ne pas codifier ou codifier « à l'anglaise »

Il est bien certain que pour un grand nombre de *lawyers* anglais du XIX^{ème} siècle, la codification est un produit de la tradition civiliste, incompatible avec la tradition juridique de *common law*¹³⁵³. Ce sentiment trouve sa source, selon Aline Grenon, dans la méconnaissance que les *lawyers* anglais ont de l'évolution de la codification dans leur propre système de *common law*. Depuis des siècles, codifier aurait été à l'ordre du jour en Angleterre. Pour elle, la volonté de codifier le droit anglais remonte au XVI^{ème} siècle : « *En Angleterre, berceau de la common law, la possibilité d'une codification du droit anglais aurait été soulevée dès le XVI^e siècle* »¹³⁵⁴. D'après elle, la question de la codification du droit anglais n'est guère une nouveauté au XIX^{ème} siècle. En effet, dès le XVI^{ème} siècle, la question de la nécessité de codifier le droit anglais afin de remédier à son inaccessibilité aurait été débattue avec acuité. De son côté, Jacques Vanderlinden estime que certes, la codification du droit anglais s'est posée pendant longtemps en Angleterre, mais d'une manière sporadique. Pour cet auteur tout change à partir de la fin du XVIII^{ème} siècle sous l'impulsion de Jeremy Bentham¹³⁵⁵.

Un point est certain : pour les *lawyers* anglais, codifier ne peut s'entendre que d'entreprises de codifications partielles, de simples lois de consolidation des *statute laws*. Sur ce point, il faut constater une nouvelle fois que les *lawyers* anglais s'inscrivent dans la droite ligne de la pensée de Francis Bacon. A ce stade des développements, il importe de souligner les motifs qui ont conduit le chancelier à s'abstenir. « *I dare not advise to cast the law into a new mould. The work which I propound tendeth to pruning*

¹³⁵³ Aline GRENON, Codes et codifications : dialogue avec la common law ?, *Cahiers de droit*, 461-2 (2005), pp. 53-75.

¹³⁵⁴ Aline GRENON, *op. cit.*, p. 61.

¹³⁵⁵ Jacques VANDERLINDEN, *Code et codification dans la pensée de Jeremy Bentham* précité, p. 45.

and grafting the law, and not to plough up and planting it again. »¹³⁵⁶. Pour les *lawyers* il est clair que l'intention de Bacon était de compiler sur le modèle de Justinien, aucunement de systématiser et d'innover sur le modèle de l'A.L.R. ou du Code civil. Ils s'en persuadent d'autant plus que dans un texte intitulé *Proposition relative à la compilation et à l'amendement des lois d'Angleterre*, Bacon s'attache à préciser sa pensée sur le moyen de rendre le droit anglais plus accessible et compréhensible. Il y explique que ce qu'on appellera par commodité son projet de "codification" ne porte pas « *sur la matière (même) des lois, mais sur la manière dont elles sont transcrites, exprimées et transmises* »¹³⁵⁷.

Bien qu'étroite, la voie de la codification-consolidation est semée d'embûches tout au long du XIX^{ème} siècle. D'une manière générale, les *lawyers* manifestent une certaine circonspection, voire de la réticence, à souffrir la codification (à défaut de pouvoir la proscrire), qu'il s'agisse de l'action de codifier ou de son résultat (un code). Tantôt les uns entreprennent de démontrer l'inutilité de la codification du droit anglais pour remédier à son inaccessibilité. Ainsi nombre de tentatives de codification du droit anglais entreprises par les réformateurs du parti *whig* depuis le début du XIX^{ème} siècle, –seraient-elles des projets de compilation–, sont critiquées et combattues par des argumentaires qui ont couleur de faux-fuyants (§1). Tantôt d'autres s'attachent à soutenir que certaines compilations votées par le Parlement d'Angleterre ne sortissent pas véritablement nature de code, mais constituent des corps de lois *sui generis* ; ils s'efforcent ainsi par un faux-semblants de dissimuler mal cette réalité que l'accessibilité du droit suppose une codification, quelle qu'en soit la forme (§2).

¹³⁵⁶ Cité d'après C.P.C. COOPER, *op. cit.*, p. 206.

¹³⁵⁷ « *Besides, what I shall propound is not to the matter of the law, but to the manner of their registry, expression and tradition (...)* », *A proposition touching the compiling of the law of England*, 1, dans J. VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^{ème} siècle au XIX^{ème} siècle* précité, notice 45 précité, p. 342.

§1. Les faux-fuyants des *lawyers*

Au tout début du XIX^{ème} siècle, le mouvement doctrinal anglais favorable à la codification ne compte guère¹³⁵⁸. Dans un premier temps, avant l'intronisation du roi Guillaume IV (1830-1837), ce mouvement se résume à un effort de propositions purement doctrinales dont le père de l'utilitarisme est le principal pourvoyeur. Il prétend inlassablement poursuivre le but de le rendre accessible au plus grand nombre. A partir de 1830, l'année du retour des libéraux du parti *whig* au gouvernement, ce mouvement prend une autre dimension. En effet, cette décennie s'ouvre sur une conjoncture plus favorable aux partisans de la réforme radicale et, par voie de conséquence, un vent favorable souffle en faveur de la codification en Angleterre. La mort de Guillaume IV, un farouche opposant à Bentham et à ses projets de réforme¹³⁵⁹, coïncide avec la victoire du parti libéral anglais (*whig*) aux élections générales ainsi qu'à la montée en puissance de la classe moyenne, mécontente de la lenteur et de l'insuffisance des réformes entreprises jusqu'alors¹³⁶⁰. Cette période favorable allant de 1830 jusqu'à 1853, est le moment où le parti *whig* est majoritaire au parlement anglais. Constitué dans une large majorité par les membres du mouvement radical, il favorise la présentation d'un deuxième projet de réforme tendant à la codification du droit pénal. Le projet est concret cette fois, bien différent des premiers plutôt doctrinaux. Mais, comme pour les précédentes tentatives, celle-ci se solde par un échec. Ce projet est rejeté. C'est une véritable surprise pour les observateurs de la scène politique anglaise du XIX^{ème} siècle, car ce sont ses initiateurs qui, au moment du vote, se sont prononcés contre son adoption.

¹³⁵⁸ Emmanuelle de CHAMPS, *La Déontologie politique* précité, p. 271. Voir également Emmanuelle de CHAMPS, La législation en question, in *English under the titles Perspectives on Legislation : Essays from the 1999 Legal Dimensions initiative* <http://publications.gc.ca/collections/Collection/JL2-9-2000F.pdf> : « Dans les années 1820, en pleine révolution industrielle, la société anglaise ressent le besoin de moderniser son système juridique. Les critiques fusent de toutes parts et les réformes paraissent inévitables. Néanmoins, les idées radicales de Bentham vont être rapidement écartées au profit de changements qui apportent très peu d'atteinte au pouvoir des juges ».

¹³⁵⁹ G. GUYON, *op. cit.*, p. 179.

¹³⁶⁰ *Ibid.*

Pour les *lawyers* anglais de la première moitié du XIX^{ème} siècle, toute tendance politique confondue, il est inconcevable de rompre avec la tradition juridique de *common law*¹³⁶¹. Cooper de rappeler encore une fois que le véritable motif qui se cache derrière la volonté de codification intégrale du droit anglais pour remédier à son incertitude et son imprévisibilité est l'obsession de Jeremy Bentham de révolutionner le droit de la *common law*. En vérité, l'obsession codificatrice du philosophe de l'utilité est déjà légendaire ainsi que la note Denis Baranger¹³⁶². C'est une conséquence directe de sa haine de la *common law*¹³⁶³. Il est clair que l'échec des tentatives de codification du droit anglais tout au long du XIX^{ème} siècle doit aussi être regardé comme celui de Jeremy Bentham.

En pratique, l'opiniâtre résistance des *lawyers* à la codification-innovation de père de la doctrine utilitariste anglais prend la forme d'un anathème contre les « idées françaises » (A). Il est lancé avec d'autant plus de virulence que d'après eux, l'idéal d'accessibilité du droit au plus grand nombre peut être atteint plus efficacement par le moyen d'une *common law* dont par certains aspects, la certitude n'est pas moins grande que celle d'une législation codifiée (B).

A. L'anathème contre les « idées françaises »

Les premières tentatives de codification du droit anglais ont eu lieu au début du XIX^{ème} siècle, c'est-à-dire pendant les guerres napoléoniennes. Dès lors, c'est dans un contexte très défavorable que les premiers projets de réformes du droit anglais voient le jour, notamment les projets de codification du droit pénal. L'opinion publique anglaise au début de ce siècle associe la codification du droit à Napoléon Bonaparte. Pour les Anglais, le concept de code est associé au Code civil de 1804, également

¹³⁶¹ C.P.C. COOPER, *op. cit.*, p. 204.

¹³⁶² Denis BARANGER, *Bentham et la codification* précité, pp. 17-37.

¹³⁶³ G. TUSSEAU, *Jeremy Bentham, La guerre des mots* précité, pp. 129 ets.

appelé Code Napoléon. Aucun projet de codification du droit anglais ne peut alors voir le jour, alors même que la nécessité de réformer le droit pour le rendre accessible atteint son point le plus culminant.

Les *laweers* anglais favorables à la *common law* profitent de ce contexte pour justifier leur opposition à la codification du droit anglais. Durant les années 1820, le modèle de codification française est utilisé par les réformateurs conservateurs du parti *tory* comme un repoussoir, au même titre que le modèle de code-innovation benthamien. Ainsi, dans son discours de présentation de trois lois de consolidation¹³⁶⁴ en date du mois de mars 1827¹³⁶⁵, devant la Chambre des communes, le Premier ministre anglais Robert Peel exprime une nouvelle fois son attachement à la méthode de réforme traditionnelle au détriment de celle de la codification, notamment celle du code pénal français de 1810. C'est ce qu'il déclare, lorsqu'il justifie la forme utilisée pour la rédaction de ces lois : « *Je n'ai fait aucune expérimentation en ce qui concerne le langage et la formulation des dispositions et je n'ai altéré que très légèrement la phraséologie des actes du Parlement en supprimant quelques redondances et répétitions, je suis parvenu à un juste milieu entre la verbosité de nos lois anglaises et l'extrême brièveté du code pénal français* »¹³⁶⁶.

La défaite de la codification comme instrument de réforme de la législation en Angleterre est lourde de conséquences. Elle consacre le rejet de la tradition civiliste (1°) et, par la même occasion, le triomphe de la doctrine de l'Ecole historique du droit (2°).

¹³⁶⁴ HC Deb, 13 Marsh 1827, vol. 16, pp. 1155-1163.

¹³⁶⁵ Cf. *infra*, pp. 350-351.

¹³⁶⁶ HC Deb, 13 Marsh 1827, vol. 16, *op. cit.*, pp. 1155-1163. Voir les observations de G. GUYON, *op. cit.*, pp. 134-137.

1°. Le rejet de la tradition civiliste de la législation

« *Il y'a un mythe de la codification comme il y'a un mythe de la common law et ils ne font pas bon ménage* »¹³⁶⁷.

En réponse à *la souveraine panacée* que constitue la codification dans la doctrine utilitariste benthamienne, les *lawyers* anglais du XIX^{ème} siècle considèrent que le peuple anglais n'est pas préparé à renoncer à sa tradition¹³⁶⁸. Cooper résume parfaitement le sentiment communément partagé en Angleterre durant cette période à l'égard de la codification : « *Le peuple anglais n'était pas prêt de briser les Tables de la loi pour se prosterner devant un veau d'or* »¹³⁶⁹. Devant un tel rejet, il était très difficile, voire impossible aux tentatives répétées des réformateurs radicaux de convaincre les Anglais de la nécessité d'une codification pour remédier à l'incertitude du droit anglais. Tout au long du XIX^{ème} siècle, les tentatives de codification de la *common law* ont échoué en se heurtant à un obstacle infranchissable : le grand attachement des Anglais à leur tradition. Reprenant à son compte les observations d'Edmund Burke¹³⁷⁰ sur ce trait du caractère national, Cooper considère que le peuple anglais refuse « *tout bouleversement général et simultané dans ses lois* »¹³⁷¹, car cela pourrait le faire « *redevenir un peuple naissant, qui n'aurait point de passé et chez qui tout serait nouveau et incertain* »¹³⁷².

Le choix de la méthode de *common law* était appelé à résonner comme une victoire de la tradition de *common law* sur la tradition civiliste. La première doit être considérée comme un droit en devenir, contrairement à la

¹³⁶⁷ C.P.C. COOPER, *op. cit.*, p. 204.

¹³⁶⁸ Voir sur ce point D. TALLON, *op. cit.*, p.40.

¹³⁶⁹ C.P.C. COOPER, *ibid.*, p. 203.

¹³⁷⁰ *Ibid.*, p. 241. Voir également D. TALLON, *ibid.*, p.40.

¹³⁷¹ C.P.C. COOPER, *ibid.*, p. 241.

¹³⁷² C.P.C. COOPER, *op. cit.*, p. 240.

loi codifiée qui est figée et créée d'une façon arbitraire par le législateur. De ce point de vue le droit de la France post-révolutionnaire est l'archétype¹³⁷³.

« Des lois positives créées à la fois arbitrairement ont nécessairement entre elles moins de relation et d'harmonie que les règles et les maximes qui composent un système formé comme celui de la loi commune d'Angleterre, et dont les unes sont naturellement, graduellement et presque imperceptiblement dérivées des autres, suivant que les progrès de la société ont présenté aux décisions des juges de nouvelles questions. Tous les éléments du raisonnement que les juges doivent employer pour arriver à une décision immédiate existent déjà dans la loi commune »¹³⁷⁴.

En filigrane, à travers la codification, c'est de nouveau le procès de la Révolution française qui est instruit. Sans aucun doute, elle est considérée par les partisans du parti radical anglais au début du XIX^e siècle, comme une source d'inspiration ainsi que le montre Fabrice Bensimon¹³⁷⁵. S'il y a eu un moment Bentham, il a été largement concomitant au moment Burke.

Sir Edmund Burke (1729-1797), honorable parlementaire à la Chambre des communes et pilier du parti *whig*, fervent défenseur de la liberté des peuples, de la constitution britannique et de son évolution naturelle, célèbre soutien des colonies d'Amérique du Nord pendant leur guerre d'indépendance et adversaire déclaré de la Révolution française¹³⁷⁶, en rédige en 1790 une critique violente : *Réflexions sur la Révolution de France*. Celle-ci intervient au moment où la Révolution française est plutôt admirée par un grand nombre de penseurs politiques de l'Europe

¹³⁷³ C'est une conception du droit en totale opposition avec celle que propose le réformateur anglais. Il la qualifie de sophisme, Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, Sophisme de la marche graduelle, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, chap. III, pp. 500-501 : « Il consiste à abuser de la juste faveur attachée à ce sens du mot graduel, pour tirer de ce mot seul une excuse, un prétexte pour ne pas faire ou ne pas finir des opérations contre lesquelles on n'a rien de solide à objecter ».

¹³⁷⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, Sophisme de la marche graduelle, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, chap. III, pp. 320-321.

¹³⁷⁵ Fabrice BENSIMON, L'écho de la Révolution française dans la Grande-Bretagne du XIX^e siècle (1815-1870), *Annales historiques de la Révolution française* (En ligne), 342, octobre-décembre 2005, mis en ligne le 27 avril 2006. URL : <http://ahrf.revues.org/1942>; DOI : 10.4000/ahrf.1942.

¹³⁷⁶ Charles de RESUMAT, Burke, sa vie et ses écrits, in *La Revue des Deux Mondes*, XXIII^e année, seconde série de la nouvelle période, Bureau de la Revue des Deux Mondes, tome I, Paris, 1853, pp. 210-211.

occidentale de la fin du XVIII^{ème} siècle, y compris en Angleterre. Pour le député *whig*, la Révolution française a été déclenchée non pas par des praticiens, mais par des « *hommes de théorie* »¹³⁷⁷, ce qui explique les événements fâcheux qui en ont découlé¹³⁷⁸. Au moment où des politiciens anglais, « *des amis de la Révolution française* » du mouvement radical notamment, tentent de trouver un lien de continuité entre la Révolution française et la Révolution anglaise de 1688 afin de légitimer leurs réformes de la législation selon le modèle français, Burke estime, quant à lui, qu'il n'y en a aucun¹³⁷⁹. Ainsi que l'écrit le Professeur René-Jean Dupuy, au moment où la Révolution française consacrait la liberté naturelle de l'homme, plutôt théorique, Burke lui oppose la liberté sociale plus pratique¹³⁸⁰ et plus conforme à la conception de la liberté issue de la Révolution anglaise de 1688. D'après cet auteur, Burke est considéré par les historiens de l'Europe de la fin du XVIII^{ème} siècle comme le chef de file de la pensée contre-révolutionnaire : « *Le retentissement prodigieux des réflexions de Burke ne s'est pas seulement soldé par l'exaltation des tories et le dépit des whigs avec lesquels Burke devait rompre un an plus tard. Les événements de France, la Terreur et l'avènement d'un César (en faisant allusion à Napoléon) qu'il avait prévus, apportaient à son livre, aux yeux de l'Europe monarchique, des confirmations tragiques* »¹³⁸¹.

¹³⁷⁷ Ed. BURKE, *Aux origines de l'exception française : Réflexions sur la Révolution de France*, Paris, 1790, p. 51, 106-107 : « *Les droits prétendus de ces théoristes sont tous extrêmes, et en proportion qu'ils sont vrais métaphysiquement, ils sont faux moralement et politiquement (...). Ces théoriciens confondent presque toujours dans leurs sophismes le droit du peuple avec son pouvoir* ».

¹³⁷⁸ En faisant référence au chaos qu'a connu la France sous la Révolution, Edmund Burke estime que « *l'Assemblée nationale (le gouvernement révolutionnaire) agissait plus tyranniquement que Henri VIII* », *ibid.*, pp. 207-214. Sur ce point, voir la notice n°1, *ibid.*, p. 207 : « *N'était-ce pas aussi quand la France gémissait sous le joug odieux du terrorisme, que tous les édifices publics ou particuliers portaient, au-dedans et au dehors, ces libérales inscriptions : LIBERTE, EGALITE, FRATERNITE OU LA MORT ! Les prisons mêmes en étaient décorées !* ».

¹³⁷⁹ Ed. BURKE, *ibid.*, pp. 81-82.

¹³⁸⁰ Voir sur ce point René-Jean DUPUY, Regard d'Edmund Burke sur la Révolution française. In *Etudes Irlandaises*, n°23-2, 1998, pp. 113-120 ; doi : 10.3406/irlan.1998.1459, voir la page 120 : « *La liberté selon Burke est une liberté sociale garantie par la « quality of restraint », le gouvernement devant agir pour la respecter, non pour y porter atteinte. Vision inimaginable pour les constituant français* ».

¹³⁸¹ René-Jean DUPUY, *op. cit.*, p.120 : « *Aux siècles suivants, la pensée contre-révolutionnaire, dans tous les pays où elle s'est manifestée, s'est nourrie de ce livre (Réflexion sur la Révolution de France) pourtant si profondément anglais* ».

Dans la pensée burkienne, la Révolution française est à l'opposé de la Glorieuse Révolution anglaise de 1688. Dans *sa note de lecture sur Edmund Burke*, Isabelle Agier-Cabanes précise que par son refus de lier les deux révolutions, l'auteur cherche avant tout, au regard du contexte politique dans lequel il intervient, à « *détourner ses compatriotes et contemporains d'une révolution dans laquelle beaucoup voient, à tort selon lui, un prolongement de la « Glorieuse Révolution » anglaise de 1688* »¹³⁸². En effet, Burke considère que, contrairement à la Révolution anglaise, celle de la France constitue un véritable danger pour l'Angleterre. Celui-ci procède de la conception de la liberté. Pour lui, dans la conception révolutionnaire française de la liberté, elle n'est ni « *sensible à la peur* » ni « *à la honte* ». En s'appuyant sur la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789¹³⁸³, Edmund Burke estime qu'une telle conception de la liberté « *échappe davantage à l'empire d'un des plus grands pouvoirs modérateurs qui soient au monde, le sentiment de la réputation et de l'estime* »¹³⁸⁴. Selon Burke, la liberté n'a de sens que si elle est au service d'autrui. Il définit la liberté comme « *cette généreuse loyauté envers le rang et envers le sexe, cette soumission fière, cette digne obéissance et cette subordination du cœur qui, jusque dans la servitude, conservait vivant l'esprit d'une liberté haute et grave (...) les sentiments virils et l'amour des entreprises héroïques* »¹³⁸⁵. Ainsi la position d'Edmund Burke se rapproche de celle de Jeremy Bentham, quand il fait de la Révolution française un véritable repoussoir. Notre auteur considère que les droits que l'Etat doit garantir aux individus sont essentiellement, voire exclusivement des droits civils et non pas des droits naturels¹³⁸⁶.

Cependant la critique de la Révolution française et des principes qu'elle véhicule à travers notamment la Déclaration des Droits de l'Homme et

¹³⁸² Isabelle AGIER-CABANES, *Une exception si française*, note de lecture sur Edmund Burke, *Cosmopolitiques*, n° 16, 16 novembre 2007, p. 197.

¹³⁸³ Ed. BURKE, *op. cit.*, pp. 100 et s.

¹³⁸⁴ *Ibid.*, p. 118.

¹³⁸⁵ *Ibid.*, p. 96. Voir sur la pensée politique de l'auteur, Benjamin BACLE, *Edmund Burke ou la recherche du sens en politique*, Mémoire de fin d'études pour l'obtention du DEA de Science Politique, Université Lille 2, Septembre 2001, pp. 31-32.

¹³⁸⁶ Ed. BURKE, *op. cit.*, pp. 74-75. Voir sur la critique de Burke sur la Révolution française et ses principes, François BOURASSA, *Hegel et Savigny, l'impossible réconciliation*, Thèse, Université Laval, Québec, Canada, 2016, pp. 419-473.

du Citoyen de 1789¹³⁸⁷ ne fait pas de Burke un partisan de la réforme que propose le père réformateur utilitariste. Ainsi, si le publiciste irlandais partage la position de Bentham sur la Révolution française, il n'en demeure pas moins très opposé à la réalisation de la réforme utilitariste proposée par le fondateur de la doctrine utilitariste pour mettre fin à l'incertitude du droit anglais. Pour lui, le modèle issu de la Révolution française ou celui de Bentham se valent. Tous les deux présentent le même risque, une rupture radicale avec la tradition anglaise.

Les *Réflexions sur la Révolution de France* d'Edmund Burke sont loin de constituer l'unique obstacle qui se dresse face aux tentatives de mise en œuvre des idées de Bentham. Une pierre d'achoppement surgit dès le début du XIX^{ème} siècle : les guerres européennes. Ainsi, cette époque coïncide avec le début de la guerre menée par Napoléon Bonaparte contre l'Angleterre. Elle fait des idéaux de la Révolution française un repoussoir et contribue considérablement à l'échec des réformes initiées par les réformateurs libéraux anglais, spécialement la codification. Cette guerre favorise le développement d'une disposition d'esprit anti-français en Angleterre. La conséquence en est *ipso facto* un sentiment anti-codification. Dans ces conditions, la codification incarne dans l'opinion publique britannique l'image de Napoléon Bonaparte¹³⁸⁸ d'une part et une menace contre la tradition juridique anglaise d'autre part.

Le rejet des *lawyers* anglais de toutes les théories juridiques qui n'ont pas d'existence pratique est systématique. Il relève de la spécificité anglaise. Un défenseur de la tradition anglaise, Cooper, résume la pensée partagée par la plupart des *lawyers* anglais du XIX^{ème} siècle, spécialement les plus conservateurs, en ces termes : « *L'histoire de notre constitution et de nos lois présente un tableau où se perdent et se confondent tous les principes généraux, dont la vérité est connue dans les annales de la plupart des autres nations ; nous faisons une exception remarquable à tout ce que les auteurs les plus philosophiques ont écrit et nous donnons une sage et belle leçon* ».

¹³⁸⁷ Ed. BURKE, *ibid.*, p. 103. Burke considère, comme Bentham, que « *ces droits sont beaucoup plus clairs, et beaucoup plus parfaits dans leurs abstractions ; mais cette perfection abstraite est leur défaut pratique* ».

¹³⁸⁸ Emmanuelle de CHAMP, *Déontologie politique* précité, pp. 222-226.

aux siècles futurs, en leur prouvant combien en doit se méfier des idées spéculatives, toutes justes et bien fondées qu'elles puissent paraître »¹³⁸⁹.

L'opinion commune est que le fil des traditions nationales dont la *common law* est l'une des plus insignes expressions risque d'être rompu, si le modèle de codification-innovation est mis en œuvre en Angleterre¹³⁹⁰. Dans les lettres qu'il adresse à Cooper, Jonas Daniel Meyer¹³⁹¹ résume parfaitement l'état d'esprit anglais à l'égard de la tradition juridique de *common law* : « *L'Anglais, patriote par excellence, et enthousiaste de tout ce qui tient à son pays, était de tout temps fier de sa législation dont il n'apercevait et ne voulait pas apercevoir les défauts ; et depuis le Parlement de Merton, tenu en la vingtième année du règne de Henri III (1236), lorsque, comme le porte le statut, « omnes comites et barones una voc, responderunt quod nolunt leges Angliae mutari* »¹³⁹², depuis le Chancelier Fortescue, qui écrivit « *De laudibus legum Angliae* », jusqu'au célèbre Blackstone qui publia des commentaires sur les lois anglaises, tous les auteurs s'accordaient à en célébrer les louanges »¹³⁹³.

Par conséquent, à l'encontre de la codification, les *lawyers* anglais s'accordent à penser que l'esprit anglais, par son pragmatisme et son sens pratique, ne peut être porté à codifier la *common law*¹³⁹⁴. Contrairement à la

¹³⁸⁹ C.P.C. COOPER, *op. cit.*, p. 332.

¹³⁹⁰ *Ibid.*, p. 205.

¹³⁹¹ Jonas Daniel Mayer, chevalier de l'Ordre royal du Lion de Belgique, membre de l'Institut des Pays-Bas et des académies royales des sciences et des belles lettres de Bruxelles, membre honoraire de l'Académie royale des sciences et belles lettres de Batavia, correspondant de la société royale des antiquités et Belles lettres de Londres, des Académie royales des sciences et belles-lettres de Goettingue et de Turin. Dans ses réponses à Cooper, cet auteur après avoir réfuté les arguments de ce dernier et ceux de l'Ecole historique du droit, à sa tête Savigny, développe un véritable plaidoyer en faveur de la codification du droit anglais, notamment dans sa quatrième lettre.

¹³⁹² Traduction : « *Tous les comtes et barons ont répondu d'une voix qu'ils ne voulaient que les lois d'Angleterre fussent changées* ».

¹³⁹³ Jonas Daniel MAYER, *De la codification en général et de celle de l'Angleterre en particulier*, Lettres, Diederiches Frères et Longman & C^o., Amsterdam et Londres, édition de 1830, voir la préface, p. vii.

¹³⁹⁴ Henri-Levy ULLMANN, *op. cit.*, p. 65. « *Le système juridique de l'Angleterre* », *ibid.*, voir la préface, p. 15 : « *Les Anglais ont conscience de l'originalité profonde qui marque leur système juridique. Ils l'ont attesté à maintes reprises. Notre excellent collègue et ami M. le professeur Edward Jenks, Doyen de la Faculté de droit de Londres, le proclamait avec force, il y a dix ans. « Substantiellement, écrivait-il, le monde moderne n'a jamais connu que deux systèmes originaux de droit, le droit romain et le droit anglais (« a digest of English Civil Law »). Sous la plume d'un auteur anglais, « l'assertion, d'ailleurs n'est point nouvelle. Tout au contraire, elle remonte aux premières productions de la*

France ou à l'Allemagne du XIX^{ème} siècle, l'Angleterre n'a pas été affectée par les mouvements réformateurs du continent, même si « *la période des guerres napoléoniennes voit renaître l'agitation politique* »¹³⁹⁵. Depuis le Moyen-âge, la *common law* avait unifié les coutumes locales du royaume et, par la même occasion, les différents peuples qui le composent. Ainsi, depuis cette période, le peuple anglais est soumis uniformément aux mêmes lois. Bien que des survivances des coutumes ancestrales existent encore, toutefois elles restent peu nombreuses et aussi bien connues que la *common law*¹³⁹⁶. Ces dernières seraient connues non seulement par les *lawyers*, mais également du peuple anglais. C'est notamment le cas du régime des terres appelées « *copyhold* » ou « *gavelkind* » ainsi que celles qu'on appelle « *borough-english* » : « *la première mentionnée est la fameuse coutume dite de « gavelking », dans le Kent, « laquelle ordonne, entre autre chose, que non seulement le fils aîné succède à l'héritage laissé par le père, mais tous les fils pareillement », (...) « la coutume qui prévaut dans divers anciens bourgs, et appelée en conséquence « borough-english » (coutume de bourg anglais) en vertu de laquelle c'est le plus jeune fils qui hérite du patrimoine, par préférence à tous les frères aînés », (...) les coutumes des manoirs, qui liaient tous les titulaires de tenures enregistrées (copyholds) auxdits manoirs ; les juridictions inférieures, fondées sur un usage établi et immémorial, dans les cités et les places de commerce ; enfin, un grand nombre de coutumes particulières à l'intérieur de la Cité de Londres* »¹³⁹⁷.

Est-il terreau plus favorable à l'acclimatation des thèses de l'Ecole historique du droit ?

littérature juridique anglaise, et s'est trouvée fréquemment répétée, par la suite, assurant en même temps de solides fondations à la science du droit comparé anglais », ibid.

¹³⁹⁵ *Ibid.*, p. 222.

¹³⁹⁶ *Ibid.*, pp. 65-68. Voir également C.P.C. COOPER, *op. cit.*, p. 207.

¹³⁹⁷ Henri-Lévy ULLMANN, *ibid.*, pp. 66-67.

2°. Le triomphe de la doctrine de l'Ecole historique du droit

Jonas Daniel Mayer, fervent partisan de la codification de la jurisprudence anglaise¹³⁹⁸, estime que les Anglais adhèrent volontiers aux arguments de la doctrine de l'Ecole historique du droit, notamment à ceux que le jurisconsulte prussien Savigny a développés dans sa critique du Code civil français de 1804. Ce faisant, ils manifestent leur crainte séculaire d'un bouleversement législatif radical, subversif de leur droit, éversif aurait écrit Portalis¹³⁹⁹.

D'après eux, la menace résulte de deux facteurs inhérents à toute codification. Le premier consiste en l'abolition de tout le droit existant dès l'entrée en vigueur du code. Le second est le caractère imparfait de tous les codes du fait de l'impossibilité pour tout législateur de tout prévoir dans un code. Cooper insiste particulièrement sur ce point : « *Dans une nation puissante et étendue dont le commerce se trouve lié avec tous les pays du monde et dont les affaires commerciales, même en temps de paix générale, prennent toujours une nouvelle direction et donne naissance à une foule de combinaisons et de questions de droits nouvelles, comment peut-on former*

¹³⁹⁸ J. D. MAYER, De la codification en général et de celle de l'Angleterre en particulier, *Une série de Lettres adressées à Mr C. P. Cooper*, Amsterdam et Londres, Diederichs et Longman & C°, 1830, p. 158 : « *Le code civil n'est point complet pour suppléer à ses lacunes, la jurisprudence française renvoie (selon Mr. De Savigny) à six autres sources de décision, qu'il énumère dans l'ordre suivant (...). Or, quel avantage présente une loi écrite et sanctionnée, s'il faut encore recourir à tant d'autres sources de droit ? Comment sortir du dédale que présentent ces différentes connaissances ? Et n'est-ce pas virtuellement reconnaître l'insuffisance, l'impossibilité, l'inutilité d'une législation positive, que de recourir à tant de doctrine, afin de suppléer aux lacunes que présente cette législation ? Toute éloge de la certitude et de la stabilité des dispositions écrites ne doit-il pas s'évanouir devant cette seule énumération ? Et ne prouve-t-elle pas que la législation écrite, loin d'augmenter la certitude et d'aplanir la voie de connaître les droit et les obligations de chaque individu, ne sert au contraire qu'à l'embrouiller ? Qu'après la sanction donnée au code, la masse d'écrits qu'il faut consulter, de connaissances qu'il faut acquérir et bien plus grande encore qu'elle ne l'était avant ce travail si pompeusement annoncé, si longuement et si difficilement élaboré ? Qu'enfin, la peine donnée aux travaux préparatoires, à la rédaction, à la discussion, à l'introduction du code, aurait été mieux employée à travailler sur les lois anciennes, ce qui aurait encore évité une foule de questions transitoires dont la solution est difficile et qu'ils doivent leur origine à la législation nouvelle* ».

¹³⁹⁹ Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement (1^{er} pluviôse an IX), Fenet, tome I, p. 464.

*d'avance un code destiné à régler les transactions à venir ? »*¹⁴⁰⁰. Nul ne peut contester sérieusement que la complexité et la variation des actions humaines rend impossible de prévoir par des règles légiférées tous les cas *a priori* : « *la législation ne peut pas tout prévoir et que la variabilité des transactions humaines rend impossible de les régler par des lois générales* »¹⁴⁰¹.

Les conséquences d'une codification en Angleterre seraient, d'après les défenseurs de la *common law*, catastrophiques, singulièrement du point de vue de la sécurité des transactions commerciales et des libertés individuelles. En effet, si le droit est figé dans un code, que faire en cas de lacune ? Il revient dans ce cas de figure au juge d'en décider. Dès lors on peut s'interroger sur l'utilité d'une codification pour le plus grand nombre. La question est d'autant plus importante, lorsqu'on sait qu'il n'existe pas de code complet antérieur pour servir de guide et de référence. De l'aveu même des partisans de la codification, l'évolution imprévisible des besoins de la société implique deux remèdes :

- Le premier serait de procéder périodiquement à des révisions des lois. Jeremy Bentham suggérait une révision annuelle, car lui-même ne croyait pas en pratique en la possibilité d'une codification intégrale et définitive, bien qu'il ait posé en théorie le principe de permanence du code¹⁴⁰². Un paradoxe que ne manque pas de relever Cooper¹⁴⁰³ ! Cette révision périodique est nécessaire car, comme l'expose la *Revue Foelix* (1841)¹⁴⁰⁴ en commentant le *Svod* de Russie¹⁴⁰⁵, le droit doit s'inscrire dans le temps. L'idéal serait que la loi codifiée « *assise sur la base indestructible du passé, elle pourvoit*

¹⁴⁰⁰ J.D. MAYER, *op. cit.*, p. 183.

¹⁴⁰¹ C.P.C. COOPER, *op. cit.*, p. 319.

¹⁴⁰² F. OST, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *La pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 207.

¹⁴⁰³ C.P.C. COOPER, *ibid.*, p. 184 : « *Si l'on rédigeait aujourd'hui en forme de code des lois de cette nature (qui fournissent la matière aux discussions judiciaires), il faudrait y revenir demain (...) elles échappent au moment où le législateur voudrait les retenir et les fixer* ».

¹⁴⁰⁴ Code-Svod dans la *Revue Foelix*, 1841, VIII, *op. cit.*, p. 672.

¹⁴⁰⁵ Code-Svod de Russie est le code de droit russe, promulgué par l'Empereur Nicolas Ier en 1833. Voir sur ce point Alain DESRAYAUD, *Variation de la Revue Foelix sur le thème : une codification administrative d'après le Svod Zakolov*, éd. Aix-en Provence Presse Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, pp. 486-520.

aux exigences du présent, sans enchaîner, mais aussi sans devancer l'avenir »¹⁴⁰⁶. D'après cet article, ainsi que le souligne le Professeur Alain Desrayaud, « *pour être en adéquation avec les mouvements de la société, la loi latu sensu, perfectible par nature, se devait d'être progressive et, par le fait, avancer par réformes progressives et graduelles* »¹⁴⁰⁷.

- Le second remède est de faire de la jurisprudence un supplément des lois. C'est la solution que Portalis défend en France notamment, mais non Bentham. Cela étant, elle reste rejetée en Angleterre, parce qu'il paraît ne servir à rien de codifier la *common law* pour attendre d'un arrêt la solution d'un cas d'espèce qui n'est pas prévu par le code. Dans ce cas, les *lawyers* anglais considèrent qu'il est préférable de conserver les choses en l'état, un droit jurisprudentiel. Sans doute, sans le savoir, ils partagent le point de vue de Portalis. En effet, dès avant le Consulat, sous le régime du Directoire, en l'an V, ce dernier évoque, dans son discours devant le Conseil des Anciens, la nécessité de la jurisprudence comme supplément des lois¹⁴⁰⁸. Lors de la présentation du projet de code civil, il expose que cette exigence constitue pour lui une évidence, car il n'existe pas de code qui puisse contenir l'ensemble du droit et qui prévoit toutes les circonstances : « *Il serait, sans doute, désirable que toutes les matières pussent être réglées par des lois. Mais, à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou*

¹⁴⁰⁶ *Revue Foelix*, 1841, VIII, *op. cit.*, p. 506.

¹⁴⁰⁷ Alain DESRAYAUD, *Variation de la Revue Foelix sur le thème : une codification administrative d'après le Svod Zakolov* précité, pp. 486 et s.

¹⁴⁰⁸ Rapport sur la résolution du 29 prairial relative au divorce, Corps législatif, Conseil des Anciens, séance du 27 thermidor an V : « *Il faut, par exemple, nous résigner, sur la matière des contrats, à suivre les principes que la justice et le bon sens ont inspirés aux hommes qui nous ont précédés, principes qui ont été consacrés par le suffrage de toutes les nations. D'autres objets, comme cela se pratique partout, doivent être abandonnés à la coutume et à la jurisprudence, qui sont les vrais suppléments des lois ; car les rapports et les besoins d'une nation qui est à la fois militaire, commerçante, agricole, sont si multipliés et si étendus, qu'il est impossible de tous les régler par des lois précises. Le projet d'un code général ne peut donc raisonnablement fixer l'attention du corps législatif. Mais toutes les nations ont quelques lois sur les mariages, sur le gouvernement domestique, sur les successions. Cette partie essentielle du droit civil n'a été négligée nulle part* », Imprimerie Nationale, fructidor an V, p. 35.

*une maxime reçue, tiennent lieu de loi (...) »*¹⁴⁰⁹. En réalité, le supplément de loi dans l'esprit de Portalis est entendu comme une *jurisprudentia*, c'est-à-dire une œuvre des juges, éclairés par des hommes voués à l'étude du droit et consacrés au conseil et à la défense des particuliers. Pour lui, la jurisprudence est le « *séminaire de la magistrature* »¹⁴¹⁰.

Pour les détracteurs de la codification, cela ressemble plus à un aveu d'échec. La codification n'est pas en mesure de tout prévoir et, par voie de conséquence, incapable de réaliser l'objectif que lui assigne le père de la codification du droit en Angleterre. Au regard des qualités attribuées au code par les réformateurs utilitaristes, on les retrouve réunies plutôt dans la *common law* anglaise que dans un code selon Cooper¹⁴¹¹.

Dans l'esprit des *lawyers* anglais défenseurs de la tradition juridique anglaise, la *common law* peut pourvoir à tout, contrairement au code. Non seulement nombre de cas d'espèces ont déjà trouvé une solution : « *Dans une nation où depuis des siècles, les lois n'ont essuyé d'autres changements que ceux que le progrès de la société ont rendu indispensables, la plupart des questions qui ont pris naissance dans les transactions civiles du peuple ont déjà été décidées par les tribunaux ; et la simple opinion d'un jurisconsulte suffit pour convaincre les parties sur l'étendue de leurs droits* »¹⁴¹². Mais encore, par sa faculté d'adaptation et sa souplesse, le droit jurisprudentiel est le mieux armé, d'après eux, pour résoudre des problèmes nouveaux qui peuvent se poser devant les tribunaux. Pour Cooper, lorsqu'il advient par extraordinaire une question nouvelle, les mérites d'un droit jurisprudentiel comme la *common law* sont alors des plus patents. Elle l'emporte, d'après cet auteur, sur une législation codifiée par sa flexibilité : « *C'est cette flexibilité qui, si je ne me trompe, prouvera de la manière la plus convaincante l'excellence des doctrines de l'école historique, en fournissant à l'Angleterre l'occasion de se débarrasser de tout ce que la*

¹⁴⁰⁹ PORTALIS, Discours prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement, 1^{er} ventôse an IX, Fenet, tome I, p. 471.

¹⁴¹⁰ PORTALIS, *Discours prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement* précité, 1^{er} ventôse an IX, Fenet, tome I, pp. 471-472.

¹⁴¹¹ C.P.C. COOPER, *op. cit.*, pp. 188 et s.

¹⁴¹² *Ibid.*, p. 190.

féodalité lui a laissé de suranné et d'inutile, pour le remplacer par un système plus moderne et plus d'accord avec l'état actuel de la société, sans qu'il soit nécessaire de nous exposer aux inconvénients innombrables et inséparables du meilleur des projets de codification »¹⁴¹³.

L'état d'esprit général en Angleterre est que le droit issu de la jurisprudence des arrêts est plus vivant et plus efficace que le droit codifié. *« En un mot, la jurisprudence se prête à de nouveaux besoins, elle suit la marche de la civilisation. Les lois écrites n'ont pas cette souplesse, cette facilité nécessaire pour s'adapter à ces changements graduels. Etre jugé par une loi écrite, c'est être jugé par un mort qui ne se prête pas aux modifications de la vie. Etre jugé d'après une jurisprudence qui se fonde sur des arrêts, mais qui n'est pas écrite, c'est recevoir le bénéfice des perfectionnements successifs de la science et de l'expérience. Les lois écrites feront des Chinois : tout est prévu, tout est fixé ; c'est un fatalisme légal »¹⁴¹⁴. Il apparaît ainsi clairement qu'en Angleterre, ce sont les idées de Savigny¹⁴¹⁵ sur la législation qui ont triomphé et non pas celles de Bentham.*

¹⁴¹³ C.P.C. COOPER, *op. cit.*, p. 326.

¹⁴¹⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, De la codification, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 95 : C'est ainsi que Jeremy Bentham résumait la pensée de Savigny sur la question de la codification.

¹⁴¹⁵ Jean-Philippe DUNAND, Le code : une quête d'éternité ? Analyse historique du concept de code, dans *Leçon inaugurale donnée le 9 janvier 2004 à l'Université de Neuchâtel*, p. 6-7 : « le grand juriste allemand F. K. Von SAVIGNY (1779-1861) fut un adversaire acharné et écouté de la codification (...). Il parvient d'ailleurs à retarder l'adoption d'un code civil allemand qui n'interviendra qu'en 1896. La critique de Savigny prit deux formes principales. Premièrement, le célèbre juriste allemand considérait le droit comme une émanation de la communauté, l'expression organique et naturelle de la vie des peuples. Or, l'adoption d'un code par l'Etat revenait à interrompre ce processus de formation spontanée du droit. Elle impliquait en outre une difficulté insurmontable : si l'on ne modifiait pas le code, il deviendrait vite déconnecté des réalités sociales. En revanche, si on le modifiait constamment pour l'adapter à la vie du peuple qu'il régissait, il en perdrait sa structure et sa cohésion. De la seconde critique, on comprendra que SAVIGNY n'était pas opposé à toute idée de codification, mais qu'il pensait à tout le moins que le moment n'était pas encore propice en Allemagne. Selon lui, le droit s'était compliqué avec le temps et il revenait finalement aux juristes, en qualité de représentants du peuple, de le faire évoluer. Or, SAVIGNY estimait que la science juridique de son pays n'était pas encore assez mature pour procéder à l'élaboration d'un code civil ». Voir également sur la critique de la doctrine de l'Ecole historique du droit de Savigny sur la codification, l'ouvrage de J. D. MAYER, *op. cit.*, pp. 5 et s. L'auteur consacre tout son ouvrage à la critique des *Lettres* de C. P. Cooper dans ses « *Lettres sur la cour de la chancellerie d'Angleterre* » où il reprend justement dans sa critique de la codification benthamienne les arguments de Savigny, mais également tous les partisans anglais de cette école », *ibid.*, p. 5 : « A peine avais-je conçu cette idée, que j'ai vu s'élever contre l'opinion que je professe, le système de ce qu'on appelle en Allemagne « Ecole historique de la jurisprudence » ; système qui rejette l'utilité et même la possibilité de toute législation écrite et positivement sanctionnée, du moins dans l'état actuel de la science du droit en Europe. Il fallait

Le droit est le fruit d'une histoire et non le produit d'une représentation abstraite de la société fondée sur des principes *a priori*. Il est l'œuvre du temps plutôt que de l'esprit de système. Parce qu'ils voient dans le droit un fait social et non une œuvre de raison, les *lawyers* se font réfractaires aux idées du père de la doctrine positiviste du droit¹⁴¹⁶. De ce point de vue, les *Lettres sur la Chancellerie d'Angleterre et quelques autres points de jurisprudence anglaise* de Cooper résonnent comme une profession de foi : « Il me semblerait hors de raison de soutenir qu'un système de lois ainsi formé, ne serait pas mille fois compatible qu'un code avec les idées que nous concevons d'une nation libre. Il participe d'ailleurs à cette fluctuation qui accompagne toujours les choses humaines ; c'est le peuple qui l'a créé, qui également y apporte les variations susceptibles de le perfectionner et de le mieux adapter à ses besoins divers, en faisant les changements nécessités par l'augmentation du commerce et des richesses, ou par les développements de la liberté politique et de la science de la législation »¹⁴¹⁷.

Ainsi, pour les *lawyers*, la doctrine de Bentham doit être rejetée, parce que dans son fondement même, elle méconnaît la vie du droit et les forces créatrices du droit autres que le législateur. Elle doit l'être aussi, parce qu'elle repose sur une lecture totalement erronée de la réalité juridique anglaise.

combattre ce système, d'autant plus que les écrits des Cooper, des Reddies, des Humphries, les analyses du Juris, décèlent son influence, plus pernicieuse encore pour l'Angleterre, parce qu'il est basé sur une notion, que je crois entièrement fausse, du droit romain, lequel droit étant moins connu dans ce royaume, où il ne fait pas partie des études, cette conséquence a pu être adaptée et suivie sur parole »

¹⁴¹⁶ Rapp. Les réserves d'E. Dumont, Jeremy BENTHAM, par E. DUMONT précité, p. 332 : « Mr. Bentham a quelquefois perdu de vue cette vérité importante ; il considère fort souvent la société, non pas telle qu'elle est et qu'elle a toujours été, mais telle que le philosophe voudrait qu'elle fût (il est évident que Bentham conserve l'idée qu'il serait possible d'obtenir dans les lois un degré de perfection aussi absolu que celui que différents philosophes du siècle dernier ont cru facile d'introduire dans les institutions religieuses et politiques de diverses nations de l'Europe). Mais une triste expérience nous a fait connaître les suites de ses tentatives de ces écrivains spéculatifs ».

¹⁴¹⁷ C.P.C. COOPER, *op. cit.*, p. 226.

B. La glorieuse certitude des lois anglaises

Pour les *lawyers*, il ne fait aucun doute que l'offensive développée par les partisans de la codification de tout le droit anglais, y compris la *common law*, ne peut s'expliquer en réalité que par leur désir de rupture radicale avec la tradition anglaise de *common law*. Derrière le discours sur l'accessibilité et la *cognoscibility* se cache un dessein secret : substituer un système de tradition civiliste au système de *common law*. Ils sont convaincus que la rédaction des lois serait en réalité l'occasion, – le prétexte ? – pour introduire de nouveaux principes dans le droit anglais. Tenant véritablement pour synonyme rédaction et rupture, ils redoutent un bouleversement considérable de l'état du droit en Angleterre qui remettrait en cause la stabilité de la société dans sa totalité¹⁴¹⁸. Le réquisitoire de Jeremy Bentham sur l'inaccessibilité du système de *common law* est pris exclusivement « pour les besoins de la polémique »¹⁴¹⁹. Aussi bien, en pratique, ses disciples font-ils montre de raison et de prudence. L'expérience prouve que, lors des débats parlementaires, les tenants de la codification tiennent des discours bien moins péremptaires que leur maître à penser. C'est notamment le cas de Romilly et de Macaulay¹⁴²⁰. Tous s'accordent à reconnaître que le degré de civilisation atteint par la société anglaise rend impossible la codification intégrale du droit anglais¹⁴²¹ ou, tout au moins, impose d'y mettre des freins.

¹⁴¹⁸ C.P.C. COOPER, *op. cit.*, p. 314 : « Il est possible aussi que ces passages qui donnent à entendre la nécessité de créer un système nouveau s'appliquent à des pays qui, comme la Russie ou la Pologne n'ont point encore fait assez de progrès dans la civilisation et la richesse, pour s'être formée une jurisprudence nationale ».

¹⁴¹⁹ Henri-Levy ULLMANN, *op. cit.*, p. 57 : « L'exposé de Bentham présentait pourtant un défaut capital : il était fait pour les besoins de la polémique. Fougueux admirateur de la législation écrite et contempteur du système en vigueur à son époque, le philosophe n'avait pu se défendre de laisser percer, dans son explication, la substance même des critiques dont il allait la faire suivre. Les passages ci-dessus reproduit peut être considéré comme une excellente introduction à l'étude de la notion de la Common Law dans l'ensemble des sources du droit anglais contemporain ; mais pour nous initier à la notion traditionnelle, c'est d'après d'autres guides qu'il convient de nous diriger ».

¹⁴²⁰ Cf. *supra*. p. 290 et s.

¹⁴²¹ C.P.C. COOPER, *ibid.*, p. 317 : « Il est impossible de rédiger toutes les lois d'un grand pays comme l'Angleterre, riche, policé et civilisé ».

Les *lawyers* jugent fondamentalement fallacieuse l'argumentaire des utilitaristes.

En premier lieu, poursuivre le but de rendre accessible le droit à tous leur paraît être une entreprise illusoire, purement chimérique. Dans la tradition anglaise, le droit demeure une science. Les *lawyers* estiment que le droit ne peut pas être accessible au profane. Il est impossible de comprendre le droit sans avoir appris à le connaître, soit par des études dans une faculté de droit, soit par la pratique, l'un n'étant pas exclusif de l'autre, tout au contraire. Ils relèvent que « *nul ne discours sur la médecine ou sur une autre connaissance sans en avoir été instruit au préalable* »¹⁴²². Si Jeremy Bentham condamne un monopole des juristes sur la connaissance des *rules of law* et le juge contraire au principe d'accessibilité au droit, les *lawyers* conservateurs font grief au philosophe de l'utilité de manquer de clairvoyance. D'après eux, la *common law* est bien accessible au peuple. Car, bien qu'elle ne soit pas accessible au plus grand nombre des individus, elle l'est parfaitement au spécialiste, qui, jusqu'à preuve du contraire, fait partie intégrante du peuple.

« *Quand la jurisprudence d'une nation a fait assez de progrès pour qu'elle exige une étude particulière de ceux qui veulent bien la connaître, quoique les hommes de lois appartiennent à un corps distinct, ils représentent néanmoins que la masse du peuple, et les décisions des cours ne sont pas moins fondées sur les usages et les coutumes de cette masse que si elles étaient rendues par le peuple lui-même (...). Il ne faut pas oublier que ces juges et ces jurisconsultes font partie du peuple, qu'ils vivent avec lui, partagent ses intérêts et ses besoins, participent à ses sentiments et que dès lors, il est impossible que la partie des lois qui leur doit plus directement son existence ne porte pas l'empreinte nationale* »¹⁴²³.

En second lieu, il leur semble particulièrement contestable d'avancer de manière péremptoire et absolue que le droit anglais est inaccessible parce qu'il n'est pas écrit. S'il faut en croire Cooper, la *common law* serait même

¹⁴²² C.P.C. COOPER, *op. cit.*, p. 208.

¹⁴²³ *Ibid.*, p. 272.

« trop écrite »¹⁴²⁴. Ce dernier poursuit : « Quoiqu'il soit d'usage d'appeler la loi commune "non écrite", on sait ainsi que j'ai déjà dit, qu'elle se trouve presque entièrement rédigée par écrit dans nos recueils d'arrêts et dans quelques anciens livres de jurisprudence (...) j'avoue que je ne puis me défendre d'un mouvement de surprise, en voyant qu'un écrivain (en faisant référence à Bentham) versé dans la philosophie de la législation, ait pu émettre une opinion si peu conforme à ce que nous enseigne l'histoire des peuples anciens et modernes »¹⁴²⁵. Selon les *lawyers*, il est incontestable que le droit légiféré peut être taxé en Angleterre d'inaccessibilité. En revanche, s'agissant du droit jurisprudentiel, c'est par extraordinaire qu'un précédent demeure inconnu, faute de compilation dans un recueil¹⁴²⁶.

A l'appui de leur thèse, les *lawyers* mettent en avant la pierre d'achoppement du système de *common law* : la règle du précédent¹⁴²⁷. D'après eux, elle est l'antidote de l'incertitude et de l'imprévisibilité du droit jurisprudentiel et c'est à elle que « la loi commune d'Angleterre doit une richesse qui ne le cède pas même à celle du droit romain »¹⁴²⁸. S'il en est ainsi, c'est par la vertu des recueils de jurisprudence. Le peuple anglais a le privilège de vivre sous l'égide des « *reports* », c'est-à-dire des recueils de jurisprudence des cours de justice anglaises. Considérés comme des monuments juridiques dans la tradition juridique anglaise, ces *reports* sont une partie intégrante de la *common law* et constituent la source principale du droit anglais. « Les décisions des cours de justice sont les preuves de ce qui forme la loi commune »¹⁴²⁹.

¹⁴²⁴ C.P.C. COOPER, *op. cit.*, p. 272.

¹⁴²⁵ *Ibid.*

¹⁴²⁶ *Ibid.*, pp. 274-275 : « J'aurais fort bien pu observer en outre, que notre loi commune dans son état actuel est plus rapprochée du but que Mr. Bentham se propose, qu'elle a plus de certitude ; et qu'elle laisse moins à l'arbitraire du juge, que tous les codes qui pourraient la remplacer. L'expérience nous a prouvé qu'aucune législation positive ne peut prévoir ni résoudre toutes les questions. Ce n'est que par une suite de décisions judiciaires que l'on peut parvenir à tarir la source des procès. Si les parties ou leurs avoués ont besoin de recourir aux juges, c'est plutôt faute de recueils d'arrêts où ils pourraient vérifier l'état de la jurisprudence sur les questions qui les occupent, que faute de lois écrites », ».

¹⁴²⁷ Cf. *supra*, pp. 139 et s.

¹⁴²⁸ C.P.C. COOPER, *ibid.*, p. 320.

¹⁴²⁹ W. BLACKSTONE, *Commentaires sur les lois anglaises* précité, p. 109.

Certes, admet Cooper, ils ne sont pas à l'abri de toute critique, mais il estime que Bentham s'en est fait un procureur outrancier¹⁴³⁰. Les *reports* peuvent être légitimement substitués à un code ; à dire vrai, ils rendent même sans objet une codification. D'une part le plus parfait des codes anglais ne serait jamais qu'une compilation, un index des *reports*¹⁴³¹. D'autre part et surtout ils sont l'instrument (au sens matériel du terme) d'accès au droit anglais. Cooper assure que les sésames de la *common law* « sont les recueils d'arrêt (*report*) que ces messieurs considèrent comme un des plus grands inconvénients du système judiciaire d'Angleterre. C'est en parlant de ces recueils sous le rapport des matériaux qu'ils fournissent pour la composition d'un code, sur Mr. Bentham, le Nestor des partisans des codes, a déclaré qu'ils contenaient une réunion de décisions qui valent plus par leur clarté, leur variété, leur particularité et les éclaircissements qu'ils donnent, qu'aucune autre collection appartenant aux systèmes des différentes jurisprudences de l'Europe »¹⁴³².

Cette célébration des *reports* procède évidemment de la vénération quasi-religieuse dans laquelle ils sont tenus par le peuple anglais dans son ensemble, par les *lawyers* en particulier. C'est aux *reports* que la tradition anglaise attribue « les progrès qu'a fait la liberté civile des Anglais »¹⁴³³. Blackstone ne s'en était-il pas fait le thuriféraire dans ses *Commentaires sur les lois d'Angleterre*¹⁴³⁴ ?

¹⁴³⁰ C.P.C. COOPER, *op. cit.*, p. 218-226. Tout en soutenant Bentham, quand il célébrait l'excellence des *reports*, il pense toutefois que ce dernier exagère cette difficulté.

¹⁴³¹ *Ibid.*, p. 179 : « le code le plus parfait qui puisse paraître ne serait qu'un index ou une compilation, et pas une question difficile ne s'élèverait sans que l'on fût forcé de recourir aux matériaux dont on aurait formé ce nouveau corps de lois ».

¹⁴³² *Ibid.*, pp. 172-173. Voir pour plus de développements, la note n°1 : « M. Meyer dit dans ses *Institutions judiciaires*, tome II, p. 5, que nos *reports* sont plus nombreux que ceux de tout le reste de l'Europe pris ensemble. Cela pouvait être vrai à l'époque de la révolution française ; mais l'on verra par une note subséquente que la France, et même l'Allemagne, rivaliseront bientôt avec l'Angleterre, et la surpasseront par le nombre de leurs recueils d'arrêts. Je pense que M. Meyer a beaucoup exagéré les inconvénients attachés à ces sortes de recueils, ainsi que la difficulté signalée comme existant généralement dans l'étude de notre législation ».

¹⁴³³ *Ibid.*, p. 174. Voir par exemple William BLACKSTONE, *Commentaires sur les lois anglaises* précité, pp. 101-102, rapp. 113-114.

¹⁴³⁴ W. BLACKSTONE, *Commentaires sur les lois anglaises* précité, pp. 109-111, rapp. P. 104. Voir également la définition des *reports* et des *year books* ainsi que leur contribution à l'accessibilité de la *common law* dans ses *Commentaires sur les lois anglaises* précité, p. 110 : « Aussi les décisions des cours sont-elles extrêmement respectées ; elles ne sont pas seulement conservées comme des actes authentiques, dans les

A travers les *reports*, la *common law* est conçue comme un lieu de mémoire de la nation anglaise. Elle est affirmée et avouée véritablement comme une tradition au sens religieux du terme, c'est-à-dire un ensemble de règles, héritées du passé, transmises et enrichies de siècle en siècle par la parole, l'écrit et l'exemple. Il suffit de lire Blackstone pour s'en convaincre : « *Nous avons les collections régulières et suivies des rapports depuis le règne d'Edouard II inclusivement ; et de cette époque jusqu'au temps d'Henri VIII, ils étaient recueillis et rédigés par les protonotaires ou commis principaux de la cour de justice, aux frais de la couronne ; on les publiait annuellement, et delà leur dénomination de Year books, ou Annales. Il eût été bien à désirer que cette utile mesure eût été continuée jusqu'à ce jour, et convenablement rédigée* »¹⁴³⁵ et d'ajouter encore que « *Le roi Jacques Ier établit, à la sollicitation de Lord Bacon, deux rapporteurs avec de forts appointements pour ce travail : mais cette sage institution fut bientôt négligée ; et depuis le règne d'Henri VIII jusqu'au moment actuel, cette tâche a été exécutée par divers écrivains particuliers contemporains, qui, quelquefois par inexactitude ou précipitation, quelquefois aussi par erreur ou incapacité, ont publié des exposés très imparfaits, très irréfléchis, peut-être même contradictoires, d'une seule et même décision* »¹⁴³⁶.

Grâce à ces *reports*, la *common law* est vue comme une création continue de *rules of law* procédant et répondant aux besoins du peuple : « *Parmi les plus précieux des anciens rapports, il faut compter ceux qui ont été publiés par Lord chef de justice Coke, homme infiniment instruit dans les matières de sa profession. Quoiqu'il n'ait pas évité la pédanterie, ils sont tellement estimés, qu'ils sont généralement cités sans qu'on joigne à la*

archives des différentes cours ; mais encore elles sont offertes au public dans les nombreux volumes de rapports qui meublent les bibliothèques des gens de loi. Ces rapports sont les relations des divers cas (avec le sommaire abrégé des procédures, qui sont conservées en entier dans les registres des greffes), les arguments des deux parties, et les motifs du jugement donnés par la cour, recueillis dans de courtes notes par des personnes présentes à la décision. Et ces rapports servent d'index, comme aussi d'explication, pour les actes du greffe, où les juges font toujours faire des recherches dans des affaires importantes et délicates »

¹⁴³⁵ *Ibid.*, pp. 109-110.

¹⁴³⁶ *Ibid.*, pp. 110.

citation le nom de l'auteur »¹⁴³⁷. Ainsi publié, cet ensemble de doctrines et de pratiques constitue un système nécessairement connu du peuple¹⁴³⁸.

Dans ces conditions, pour Cooper, la conclusion s'impose d'elle-même d'autant que les faits semblent lui donner raison : *« Le lecteur sera peut être surpris de m'entendre parler de la "certitude des lois anglaises", en dépit du proverbe vulgaire qui leur attribue le défaut contraire : je crois cependant qu'au moyen de l'expérience il ne me serait point difficile de prouver ce que j'ai avancé, en comparant le nombre des procès dans ce pays et chez quelques nations étrangères ; mais, comme pour le moment, je ne possède point assez de détails pour donner à ce sujet des renseignements satisfaisants, je m'en tiendrai à la citation suivante. Dernièrement on a eu occasion de s'assurer que pendant l'espace de 33 ans, un de nos célèbres jurisconsultes a donné son avis sur environ quarante mille contestations et l'on a connu que sur cent de ces affaires, pas plus de trois n'ont été portées devant les tribunaux, les parties ayant été satisfaites, soit par les raisons qui leur avaient été données, soit par les précédents qui leur avaient été cités. En reconnaissant combien le nombre de procès est diminué par la lenteur et les dépenses énormes qu'ils entraînent, je dirai pourtant que je ne crois pas qu'il y ait une jurisprudence étrangère qui puisse rendre un jurisconsulte capable de décider par lui-même et définitivement une aussi grande quantité de contestations »*¹⁴³⁹.

La messe était-elle dite ? Le discours des *lawyers* révèle tout un état d'esprit et, par de-là, un système de penser le droit et l'ordre politique (au sens le plus large). Le fait est que le législateur anglais avait en partage les mêmes représentations.

¹⁴³⁷ W. BLACKSTONE, *Commentaires sur les lois anglaises* précité, pp. 109-110.

¹⁴³⁸ *Ibid.*, pp. 111 : « Outre ces rapporteurs, nous avons encore d'autres auteurs auxquels ceux qui s'occupent de la loi commune paient le tribut de leur vénération et de leur respect. Tels sont Glanvils et Bracton, Britton et Fleta, Hengham et Littleton, Statham, Brooke, Fitzherbert et Staunforde, et quelques autres d'anciennes dates. Leurs traités sont cités, comme des autorités : ils font preuve que des cas ont eu lieu autrefois, dans lesquels tels et tels points ont été déterminés ; et ces déterminations sont devenues aujourd'hui des bases, des principes établis ».

¹⁴³⁹ C.P.C. COOPER, *op. cit.*, pp. 319-320.

§2. Les faux-semblants des corps de lois sui generis

« *La consolidation était calculée afin de détourner l'attention du Parlement de l'urgence, dont avait conscience l'opinion publique, de codifier le droit pénal* »¹⁴⁴⁰.

Andrew Amos (1791-1860), réformateur du parti *whig* et membre de la Commission royale 1833-1845, chargée de la rédaction du projet de code pénal de 1843, résume le point de vue du parti *whig* sur les *Consolidation Acts*. Le choix du parlement anglais pour la méthode de consolidation des *statute laws* pour mettre fin à leur incertitude est plutôt stratégique. Pour cet auteur, cette option ne traduit nullement le rejet de la méthode de codification, mais plutôt une conséquence directe de la mauvaise presse qu'avait cet instrument de réforme dans l'opinion publique.

En réalité, le choix de la méthode de consolidation est motivé plus par le rejet de la codification-innovation que par la prétendue supériorité de cette méthode de réforme. C'est ce qui explique, selon Andrew Amos, l'échec des projets de codification du droit anglais de la première moitié du XIX^{ème} siècle, notamment le projet de code criminel élaboré par la Commission royale 1833-1845¹⁴⁴¹. Cependant, durant la deuxième moitié du XIX^{ème} siècle, avec le retour des conservateurs du parti *tory* au pouvoir, tout laisse à penser que la question de l'utilité de la codification pour la réforme du droit anglais sera irrémédiablement tranchée par le parlement anglais. Renforcés par leur victoire aux législatives, les conservateurs, partisans du maintien de la tradition de *common law*, disposent des moyens nécessaires pour faire opposition à tout projet de codification du droit anglais présenté par les libéraux du parti *whig*. Dans les faits, cela ne semble pas être le cas. Le débat reprend de nouveau entre opposants et partisans de la codification, notamment avec l'adoption des *Consolidation Acts* de 1861. Les observateurs de la scène politique anglaise de cette période estiment que l'adoption des *Consolidation Acts* de 1861 n'est en réalité qu'une manœuvre

¹⁴⁴⁰ A. AMOS, *Ruins of Times*, Londres, V. and R. Stevens, 1856, p. 3.

¹⁴⁴¹ *Ibid.*, pp. 3 et s.

déguisée pour codifier le droit anglais, ainsi que le note encore Andrew Amos¹⁴⁴². Sous couleur de consolidations thématiques voient le jour des textes législatifs comparables à des codes ou, pour s'exprimer différemment et plus précisément des consolidations qui ressemblent fortement à des codifications sur le mode civiliste (A). L'heure est passablement aux faux-semblants. Car, au même moment, insiste Gwenaël Guyon¹⁴⁴³, le parlement anglais adopte l'*Indian Penal Code (IPC)* qui est sans conteste une codification benthamienne. La consolidation ne règne plus alors sans partage (B).

A. Les *Consolidation Acts* de 1861 : des codifications thématiques

« *Aucune réforme juridique, effectuée depuis la mort de Bentham, qui n'ait pu se soustraire à son influence* »¹⁴⁴⁴.

C'est par ces propos, tirés des *Lectures on the Early History of Institution* en date du 1875 que le jurisconsulte anglais Sir Henry Maine (1822-1888) résume l'influence considérable qu'a eue Jeremy Bentham sur les réformes du droit anglais du XIX^{ème} siècle, y compris sur les *Consolidations Acts*. C'est ce que tend à confirmer Martin Wiener : « *Le mouvement de rationalisation et d'uniformisation a triomphé dans les Criminal Law Consolidation Acts 1861* »¹⁴⁴⁵.

Par ce constat, Martin Wiener souligne l'influence déterminante des idées benthamiennes sur les lois de consolidation du droit pénal anglais du XIX^{ème} siècle, car le père de la codification utilitariste lui-même n'est pas hostile à une codification partielle du droit anglais ainsi que le rappelle son

¹⁴⁴² A. AMOS, *op. cit.*, pp. 4 et s.

¹⁴⁴³ G. GUYON, *op. cit.*, pp. 97 et s.

¹⁴⁴⁴ H. MAINE, *Lectures on the Early History of Institutions*, Londres, Henry Holt and Company, 1875, p. 397.

¹⁴⁴⁵ M.J. WIENER, *Reconstructing the Criminal culture, Culture, Law and Policy, 1830-1914*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, p. 277.

biographe Etienne Dumont. En effet, se référant aux lois de consolidation des *statute laws* criminels de 1826, proposées au Parlement sous le gouvernement du Premier ministre conservateur Robert Peel, Etienne Dumont souligne avec insistance combien elles ont constitué un tournant. Il déclare : « *J'ai donné ensuite un extrait d'un grand discours de M. Peel, lorsqu'en 1826, il présenta son bill au parlement pour la consolidation des différents statuts. Je ne dis pas que les réformes proposées par ce ministre soient proportionnées par rapport aux besoins de la législation britannique, mais il y avait bien de l'injustice à les représenter comme insignifiantes, à lui reprocher d'avoir fait usage d'un balai de plus pour nettoyer les étables d'Augias : il est à présumer qu'il avait fait tout ce qu'il pouvait faire d'après les dispositions du parlement et qu'un réformateur plus tranchant aurait échoué dans son entreprise* »¹⁴⁴⁶.

Etienne Dumont ne se trompe pas, lorsqu'il écrit par ailleurs que « *Bentham n'est pas contre un plan de codification partiel en Angleterre, au lieu d'un plan général de la loi commune, comme la simplification de la procédure civile* »¹⁴⁴⁷.

Robert Peel, sans être un utilitariste, encore moins un benthamiste, comme l'a écrit Elie Halévy, –il est du parti conservateur *tory*–, est l'auteur des plus grandes réformes benthamiennes dans le sens où elles répondent parfaitement au standard utilitariste de législation. C'est par exemple le cas de la réforme de la peine capitale. Le réformateur anglais la combat avec la plus grande énergie durant toute sa vie : « *(Robert Peel), membre d'un cabinet tory, mais réformateur du parti auquel il appartient, c'est lui qui fait adopter par le Parlement quatre statutes supprimant, dans plus de cent cas spécifiés par la loi, la peine capitale* »¹⁴⁴⁸.

Bien qu'il s'agisse de consolidations en la forme et non des codifications, tout porte à considérer que les lois de consolidation adoptées tout au long du XIX^{ème} siècle sont incontestablement sous influence des

¹⁴⁴⁶ Commentaire d'Etienne Dumont sur le Traité de la codification du philosophe de l'utilité, Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, De la codification, in *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 90.

¹⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 104.

¹⁴⁴⁸ Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 245.

propositions de réforme de Jeremy Bentham. C'est ce que tendent à démontrer les *Consolidation Acts* de 1861 (*Accessories and Abettors Act, Criminal Statutes Repeal Act, Larceny Act, Malicious Damage Act, Forgery Act, Coinage Offences Act et Offences against the Person Act*). Ces sept lois consacrées dans les *Consolidation Acts* de 1861 sont, comme le fait remarquer à juste titre Elie Halévy, profondément inspirées par les idées benthamiennes. Cela ne peut pas être autrement, lorsqu'on sait que durant la période où ces lois sont initiées –des décennies avant leur adoption par le Parlement–, plusieurs échanges ont eu lieu entre Robert Peel et Jeremy Bentham. D'après cet auteur, une correspondance s'est effectivement développée entre le Premier ministre Peel et le philosophe de l'utilité au début des années 1820, lorsque le premier a entrepris la réforme du droit pénal anglais¹⁴⁴⁹.

Il est établi que les *Consolidation Acts 1861* comme l'*IPC*¹⁴⁵⁰, est rédigé à partir des projets de codification antérieurs¹⁴⁵¹ entrepris en Angleterre durant la première moitié du XIX^{ème} siècle, notamment les projets d'initiative privée, comme ceux de John Thomas Barber Beaumont¹⁴⁵² et Anthony Hammond¹⁴⁵³. Partant de ce constat, on peut dire, au sujet de ces lois de consolidation, bien qu'elles ne soient pas des codifications à proprement parler¹⁴⁵⁴, qu'elles apportent une réponse concrète et efficiente aux critiques dont on accable le droit anglais dans sa branche de droit légiféré (*statute law*) au XIX^{ème} siècle. Elles forment un tout accessible¹⁴⁵⁵. La préoccupation du législateur d'assurer l'accessibilité des citoyens aux *Consolidation Acts* trouve notamment sa traduction dans un système de renvoi des justiciables et des juges à la table des *statute laws* que cet acte a introduits. Ainsi, chaque loi de consolidation contient une

¹⁴⁴⁹ Elie HALEVY, tome III, *Le radicalisme philosophique* précité, p. 245 : « *Cependant, Robert Peel, se trouve vers cette époque, à plusieurs reprises, en correspondance avec Bentham ; lorsqu'il a entrepris en 1823 la réforme du droit criminel anglais, (...)* ».

¹⁴⁵⁰ Cf. *supra*, pp. 350-353.

¹⁴⁵¹ G. GUYON, *op. cit.*, p. 317.

¹⁴⁵² Cf. *supra*, p. 297.

¹⁴⁵³ Cf. *supra*, p. 297. Voir sur l'œuvre codificatrice d'Anthony Hammond G. GUYON, *ibid.*, p. 139.

¹⁴⁵⁴ G. GUYON, *ibid.*, p. 322.

¹⁴⁵⁵ Elie HALEVY, *Le radicalisme philosophique* précité, tome III, p. 245.

table des matières dans laquelle toutes les *statute laws* qu'elles portent sont référencées afin de faciliter leur accès. Pour Elie Halévy, à travers la volonté affichée de rendre le droit plus accessible, il est évident qu'en l'occurrence, le principe d'accessibilité a été mobilisé pour servir la cause de la codification et de la loi, c'est-à-dire celle de la réforme radicale du droit¹⁴⁵⁶.

Si l'influence benthamienne sur les lois de consolidation du droit pénal anglais du début du XIX^{ème} siècle peut être parfois discutable, cela n'est plus le cas pour les réformes adoptées par le parlement anglais ultérieurement, notamment celles portant sur la réforme de l'organisation judiciaire et de la procédure¹⁴⁵⁷. En l'espèce, elle y apparaît beaucoup plus flagrante¹⁴⁵⁸. On s'aperçoit que toutes les réformes, ou presque, adoptées par le Parlement d'Angleterre durant le XIX^{ème} siècle, qu'elles soient d'initiative *tory* ou *whig*, notamment avec Brougham (le fils spirituel de Bentham), l'ont été sous l'influence des idées du philosophe de l'utilité¹⁴⁵⁹. C'est ce que laisse entendre Brougham lui-même lorsqu'il déclare dans son discours général à la Chancellerie britannique dès 1832 que « *le siècle de la réforme judiciaire est le siècle de Bentham* »¹⁴⁶⁰. Il en est ainsi des réformes législatives de 1843, 1851 et de 1898 concernant un volet de la procédure judiciaire anglaise : le droit de la preuve, toutes d'inspiration benthamienne. Ces réformes ont mis fin au régime d'exclusion dans le droit de la procédure judiciaire anglais¹⁴⁶¹. Elles constituent, selon Lord Combell¹⁴⁶², « *l'équivalent d'une révolution juridique* »¹⁴⁶³ en ce qu'elles permettent de rompre radicalement avec le système de preuve applicable en Angleterre jusqu'au début du XIX^{ème} siècle. Le temps passant, ce système de preuve

¹⁴⁵⁶ Elie HALEVY, *Le radicalisme philosophique* précité, tome III, pp. 207 et s.

¹⁴⁵⁷ D. BARANGER, *Bentham et la codification* précité, p. 34. Cf. *supra*, pp. 297-298.

¹⁴⁵⁸ BROUGHAM, *Speeches*, 1838, vol. II, p. 287 : « *Introduction au discours du 7 février 1828. En février-mars 1830, organisation, sous le patronage de Bentham, d'une Law Reform Association (Mss, Univ. Coll. n° 85) – William Ewart fait au Parlement une campagne active pour l'application du programme réformateur de Bentham en matière judiciaire* », (cité par Elie HALEVY dans sa conclusion sur *Le radicalisme philosophique*, note n° 72, p. 352, *ibid.*, p. 352). D. BARANGER, *Bentham et la codification* précité, pp. 34 et s.

¹⁴⁵⁹ Elie HALEVY, *ibid.*, pp. 245-246.

¹⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 245.

¹⁴⁶¹ Sur ce point, Cf. *supra*, p. 62 et s.

¹⁴⁶² Lord Combell, *Life*, éd. Hardcastle, II, p. 292-238 (cité par H. L. A. HART, *La demystification du droit*, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 104).

¹⁴⁶³ H.L.A. HART, *ibid.*, pp. 104-105.

avait fini par être vu comme “deshonorant” les juridictions anglaises en déclarant irrecevable le témoignage des parties dans leur propre procès. Plusieurs autres réformes adoptées par le Parlement anglais durant la deuxième moitié du XIX^{ème} siècle sous l’impulsion du réformateur conservateur anglais James Fitzjames Stephen (1829-1894) notamment et tendant à la systématisation et à l’harmonisation du droit anglais apparaissent également comme des codifications partielles¹⁴⁶⁴. C’est le cas de l’*Indian Evidence Act 1872* portant sur la réforme de l’organisation judiciaire et le droit de la preuve anglais, une loi préparée par un Stephen guidé par l’utilitariste Henry Taylor.

Par delà le droit judiciaire, Stephen est encore à l’origine d’autres codifications partielles. Sous sa conduite ont été rédigées et adoptées par le parlement d’Angleterre différentes lois, particulièrement quelques unes d’entre elles : une portant réforme du mariage (*Indian Marriage Act 1872*), une autre sur le droit de prescription (*Limitation of Suits Act 1872*) ou encore celle réformant le droit des contrats (*Indian Contract Act 1872*)¹⁴⁶⁵.

Il est remarquable qu’au fil des décennies, ces textes législatifs, tout en demeurant des compilations de *statute laws* intègrent progressivement dans leur dispositif des règles empruntées à la *common law*. C’est pourquoi dans sa thèse *Le problème de la codification en Angleterre (Aix-en-Provence, 1962)*, Jean Vadon est conduit à faire observer que « *les législations anglaises de la fin du XIX^{ème} siècle, telles que le Sale Good Act 1893 et le Partnership Act 1892, [...] codifient de manière volontairement restrictive une branche du droit, en fondant l’intégralité des règles de common law et de statute laws qui y sont relatives dans une nouvelle législation systématique, ordonnée et applicable sur l’ensemble du territoire national* »¹⁴⁶⁶.

Le fait est que dès 1861, sous l’égide de Stephan, une fois de plus, le parlement adopte un texte –précurseur ? – qui s’écarte considérablement du

¹⁴⁶⁴ G. GUYON, *op. cit.*, p. 424.

¹⁴⁶⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶⁶ Voir la note de bas de page n° 1741, in G. GUYON, *ibid.*, p. 424.

modèle des compilations inspirées des vues de Bacon. L'*Indian Penal Code* se fonde dans le moule benthamien en Angleterre durant le XIX^{ème} siècle.

B. *Indian Penal Code* 1862 : une codification benthamienne

Le 1^{er} janvier 1862, le Parlement d'Angleterre adopte l'*Indian Penal Code* (le code pénal indien). Ironie de l'Histoire, les Anglais de métropole attendent alors toujours la codification de leur droit. Effectivement, en dépit de l'adoption de ce code, le droit anglais reste, dans sa grande majorité, non codifié et, par voie de conséquence, conforme à la tradition juridique de *common law*. Dès lors la codification du droit criminel applicable aux Indes britanniques adoptée par le Parlement anglais reste une exception à la règle. Le législateur anglais demeure fidèle à la tradition juridique de *common law*, jalousement défendue par les *lawyers*.

La Commission 1833-1845 pour la réforme du droit pénal anglais applicable en Inde, a été nommée par le Parlement anglais en 1833 pour l'objectif suivant : « *Parfaire l'unité juridique, imposer la légalité, combattre et contenir le crime par la peine, assurer le progrès de la sécurité juridique, participer à la protection de l'ordre public, améliorer la protection des intérêts particuliers et collectifs, et adoucir la sévérité du droit pénal anglo-indien, telles sont les motivations des indian commissioners d'origine britannique qui sont nommés par le Parlement de Westminster pour codifier le droit pénal appliqué en Inde* »¹⁴⁶⁷.

Pour les observateurs de l'évolution du droit anglais depuis le début du XIX^{ème} siècle estiment que l'adoption de l'IPC (*Indian Penal Code*) par le législateur anglais ne semble s'expliquer que par le contexte particulier de la colonie des Indes britanniques. La nécessité de codifier le droit pénal

¹⁴⁶⁷ Michel MORIN, Portalis c. Bentham ? Les objectifs assignés à la codification du droit civil et du droit pénal en France, en Angleterre et au Canada, Mémoire du concours Perspectives juridique, Commission du droit du Canada, WWW. cdc. gc.ca, 2000, p. 160-165. Voir également G. GUYON, *op. cit.*, p. 273.

anglais en Inde s'explique, comme le souligne David Annoussamy (juge honoraire en Inde et l'un des rares juristes francophones « à s'être intéressé à l'histoire du code pénal indien »¹⁴⁶⁸) par le désir du gouvernement anglais de faciliter l'administration de ce territoire par la Compagnie privée des Indes¹⁴⁶⁹. Elle éprouve alors d'énormes difficultés pour faire régner l'ordre sur ce vaste territoire à l'échelle d'un continent dont les traditions et les coutumes sont totalement inconnues des Anglais. « *La codification dans l'Inde est née de la nécessité pour l'administration anglaise de mettre sous forme de textes de lois le droit judiciaire de l'Angleterre pour faciliter l'implantation* »¹⁴⁷⁰. Le même auteur explique que les difficultés rencontrées pour appliquer la *common law* en Inde sont essentiellement dues à la double ignorance des représentants de la Compagnie des Indes du droit anglais d'une part et du droit local d'autre part¹⁴⁷¹. Officiellement il s'agit d'une tentative du gouvernement anglais pour moderniser le droit pénal indien, mais, en réalité, l'*IPC* traduit la volonté des Anglais de mettre fin à l'insécurité due au chaos qui règne dans ce pays à cause de l'inefficacité du droit anglais dans un pays où la tradition juridique est complètement différente¹⁴⁷². Dans ces conditions, le code prend l'allure d'un remède

¹⁴⁶⁸ G. GUYON, *op. cit.*, p. 274.

¹⁴⁶⁹ La Compagnie britannique des Indes orientales (d'abord anglaise, puis britannique sous le nom de *British East India Company*, BEIC) a été créée le 31 décembre 1600 par une charte royale de la reine Élisabeth I^{re} d'Angleterre lui conférant pour 20 ans le monopole du commerce dans l'océan Indien. Il s'agit de la première des compagnies européennes fondées au XVII^e siècle dans l'objectif la conquête de l'Inde pour dominer les flux commerciaux avec l'Asie, elle trouve sa place face à la compagnie néerlandaise des Indes orientales, la célèbre VOC, et prend l'avantage sur la Compagnie française des Indes orientales qu'elle conduit à la ruine en conquérant toutes ses possessions en Inde, tout en survivant à une grave crise financière. Elle marque profondément la création du futur Empire britannique. Elle devient l'entreprise commerciale la plus puissante de son époque et acquiert des fonctions militaires et administratives régaliennes dans l'administration de l'immense territoire indien. Heurtée de plein fouet par l'évolution économique et politique du XIX^e siècle, elle décline progressivement, puis disparaît en 1858 après la révolte des Cipayes.

¹⁴⁷⁰ D. ANNOUSSAMY, *La codification dans l'Inde moderne* précité, p. 616.

¹⁴⁷¹ D. ANNOUSSAMY, *La justice en Inde*, copyright @ 2012 IHEJ- Institut des Hautes Etudes sur la Justice, publié sur www.ihej.org, le 30 novembre 2012, p. 17 : « *Quand les Anglais ont pris les rênes du gouvernement, ils ne pouvaient pas promulguer leurs lois pour la simple raison qu'elles n'étaient pas codifiées. Le droit anglais était presque ignoré des administrateurs anglais qui avaient la responsabilité de rendre la justice dans l'Inde* ».

¹⁴⁷² D. ANNOUSSAMY, *La justice en Inde*, copyright @ 2012 IHEJ- Institut des Hautes Etudes sur la Justice précité, p. 17-18 : « *D'après la tradition indienne, le juge avait une grande latitude dans l'application de la loi. Le peuple tamoul a jalousement gardé oral sa loi, simple et bien connue de la population. Même ailleurs la loi n'était qu'un*

miracle, comme le soutiennent les réformateurs radicaux anglais¹⁴⁷³. Mais, pour les historiens de la scène politico-juridique anglaise, cette tentative de codifier le droit anglais applicable aux Indes Orientales ne fait que traduire en filigrane le souhait des Anglais de moderniser leur propre système juridique. Gunter Weiss note : « *qu'il est très difficile de dire avec certitude s'il s'agissait d'une stratégie consciente de la part de l'Angleterre, mais il est certain que la Couronne voulait expérimenter la codification à l'étranger avant de l'initier chez elle* »¹⁴⁷⁴.

Le chaos juridique dans lequel se trouve la colonie anglaise de l'Inde depuis le XVIII^{ème} siècle trouve sa cause dans l'absence d'unité entre le système juridique autochtone et celui introduit par les Anglais. Ainsi, l'introduction du droit anglais en Inde n'a fait qu'accentuer la complexité du droit déjà existant du fait de la diversité de coutumes, des langues et des religions dans ce pays qu'on peut aisément qualifier de continent par l'immensité de sa superficie et la diversité des populations qui le composent. Afin de faciliter l'administration de ce gigantesque territoire, à partir du début du XIX^{ème} siècle, l'Angleterre le divise en plusieurs provinces autonomes ; chacune d'entre elles est dotée d'un gouvernement local appelé « *Presidency* » (présidence) et bénéficie d'un système juridique autonome¹⁴⁷⁵. A titre d'exemple, à Bombay s'applique le droit hindou, à savoir le « *code de Manou* »¹⁴⁷⁶, mis par écrit dans des ouvrages considérés

cadre fourni au juge, il devait d'abord s'assurer de l'existence d'une coutume en la matière. La loi pouvait même être écartée si dans les circonstances de l'affaire elle devait conduire à une injustice criante. Les codes anciens de l'Inde ne sont pas des codes de lois positives, ce sont des codes pédagogiques. On se doit de s'efforcer de s'en rapprocher le plus possible, on n'a pas l'obligation de s'y conformer ».

¹⁴⁷³ G. GUYON, *op. cit.*, p. 274 : « *Sous cet angle, l'Inde apparaît comme un laboratoire et la codification que l'on veut lui imposer est, au-delà d'un instrument de contrôle, un coup d'essai qui doit poser les jalons du coup de maître à venir : l'adoption d'un code pénal en Angleterre* ».

¹⁴⁷⁴ G. WEISS, *op. cit.*, p. 484. ; G. GUYON, *ibid.*, p. 274 : « *Autrement dit, l'expérience de Macaulay en Inde était destinée à servir les efforts de Brougham en Angleterre. La codification du droit pénal indien, hérité de sources issues du common law, est ainsi le plus bel exemple d'expérimentation législative métropolitaine* ».

¹⁴⁷⁵ Voir sur l'histoire du droit indien D. ANNOUSSAMY, *La justice en Inde* précité, p. 1 et s. G. GUYON, *ibid.*, p. 275 : « *A Bombay s'applique principalement le droit hindou, (...), tandis qu'au Bengale et à Madras prédominent les droits musulman et islamique (contenus dans divers commentaires du Coran)* ».

¹⁴⁷⁶ D. ANNOUSSAMY, *ibid.*, p. 1 : « *les « Lois de Manou » ou « Code de Manou » sont un ensemble de prescription juridiques et de préceptes régissant la conduite civile et religieuse de l'homme, écrit autour du 12^{ème} siècle avant J. C. par Manou, grand sage de l'Inde védique et premier législateur de l'humanité* ».

par les populations locales comme étant d'origine divine ainsi que l'explique Maurice Eugen Lang dans son « *Codification in the British Empire and America* »¹⁴⁷⁷. « Dans toutes les provinces, déjà très peuplées, cohabitent plusieurs cultures, et les droits locaux –le plus souvent relatifs au mariage, aux successions et de manière plus générale à la famille– correspondent à la religion professée par les différents peuples. En revanche, en matière pénale, le droit musulman est très largement appliqué »¹⁴⁷⁸.

Le *Charter Act 1813*, acte par lequel le Parlement anglais met fin au monopole commercial de la *Compagnie des Indes* orientales, sur la possession des territoires *britanniques* en *Inde*, dans les limites de la charte de la société¹⁴⁷⁹, légitime la souveraineté du Royaume Uni sur l'Inde et supprime le monopole du commerce de la compagnie privée, la Compagnie des Indes Orientales. D'autres dispositions organisent les institutions et le mode de gouvernement de ce territoire. Jusqu'en 1858, l'Inde est gouvernée par une dyarchie : deux institutions distinctes, disposant de deux organes de législation également distincts : le « *Board of Control* » et la « *Court of Director* ». Le premier organe est nommé par le gouvernement et le second par la Compagnie des Indes orientales.

Ce système est sévèrement critiqué en Angleterre jusqu'au Parlement de Westminster. Dans ce contexte, R. J. R. Campbell, un magistrat britannique, fait part de son indignation. Dans une lettre adressée au Parlement anglais en 1858, après son passage en Inde au lendemain de la

¹⁴⁷⁷ M. LANG, *Codification in the British Empire and America*, Amsterdam, H. J. Paris, 1924, p. 74.

¹⁴⁷⁸ G. GUYON, *op. cit.*, p. 275.

¹⁴⁷⁹ L' *East India Company Act 1813*, également connue sous le nom de *Charter Act 1813*, est une loi du Parlement du Royaume-Uni qui renouvelle la charte de la Compagnie des Indes Orientales et maintient son autorité en Inde, mais supprime le monopole commercial de celle-ci, à l'exception du commerce de thé et d'opium et du commerce avec la Chine. Cette Charte de la société affirme expressément la souveraineté de la Couronne sur l'Inde britannique tout en renforçant par la même occasion le pouvoir des gouvernements provinciaux et des tribunaux indiens sur les sujets britanniques européens. Elle a été précédemment renouvelée par le *Charter Act de 1793*, puis par le *Charter Act de 1833*.

révolte des Cipayes (1857)¹⁴⁸⁰, il dénonce le système de la double gouvernance du territoire indien et ses conséquences désastreuses quant aux coûts excessivement et injustement onéreux du système : « *It requires no great experience of India to prove that the present system of double government is costly cumbous, inefficient and irresponsible, and therefore that it ought to be abolished in favour of system more in accordance with common sense, with economy and with British constitutional principles* »¹⁴⁸¹. Ainsi, tout au long de la première moitié du XIX^{ème} siècle le droit applicable en Inde britannique, appelé également droit « *anglo-indien* », est composé du droit local : droit musulman et droit hindou et du droit anglais. S'y ajoutent des éléments du droit légiféré anglais (avec les amendements introduits par les lois de consolidation de Robert Peel en 1828), des emprunts à la *common law*, sans oublier les décisions prises par la compagnie privée gouvernant ce territoire, souvent introduites de manière hasardeuse et sans grande cohérence. Gwenaël Guyon parle de « *patchwork* »¹⁴⁸² pour qualifier ce droit indien de cette époque.

¹⁴⁸⁰ « En mars 1857, un siècle après la bataille de Plassey qui avait ouvert à l'Angleterre la voie de la colonisation en Inde, la révolte des cipayes – les soldats indigènes servant dans l'armée britannique – éclate, lorsque la garnison de Meerut se soulève contre les officiers anglais qui imposent aux troupes de multiples brimades. Très vite, la rébellion s'étend et gagne les casernes de nombreuses villes dont Delhi, puis une partie de la population indienne de la vallée du Gange soutenue par des princes locaux. Pour la première fois, le Royaume-Uni voit ainsi contestée la domination sans partage qu'il exerce sur le fleuron de ses colonies. Bien que réprimée de manière particulièrement violente, la révolte n'est définitivement vaincue qu'en 1859. Elle bouleverse durablement la politique britannique dans l'Empire des Indes : l'East India Company, qui gère la colonie depuis la fin du XVIII^e siècle, est supprimée en 1858 et le pays est désormais administré directement par la Couronne britannique qui y nomme un vice-roi, tandis que les princes locaux recouvrent une partie de leur prestige » (<https://www.universalis.fr/encyclopedie/revolte-des-cipayes-en-bref/>).

¹⁴⁸¹ R. J. R. CAMPBELL, *India, Its government, Misgovernment and Future, Considered in An Address to the Lords and Commons of Great Britain*, Londres, Effingham, 1858, p. 45.

¹⁴⁸² Voir sur la situation du droit en Inde au début du XIX^{ème} siècle, E. KOLSKY, *Codification and the Rule of Colonial Difference : Criminal Procedure in British India*, *Law and History Review*, 2005, vol. 23, p. 632. (Cité par G. GUYON, *op. cit.*, p. 275). Voir notamment la note de bas de page n°1054, p. 276 : invité par la Chambre des Communes à décrire la situation en Inde, Charles Grant, juge à la Cour Suprême de Calcuta décrit la diversité, le volume et l'incohérence du droit pénal anglo-indien en ces termes. Il cite : « *On trouve des acts du Parlement anglais spécifiquement adressés à l'Inde, et d'autre dont il est difficile de savoir s'ils s'appliquent dans leur intégralité en Inde, ou partiellement, ou pas du tout. On trouve le common law anglais et la constitution, dont l'application est plus complexe et obscure ici qu'à Londres ; du droit et des usages musulmans ; du droit hindou, des usages et des écritures, des chartes et lettres patentes de la Couronne, des règlements du Gouvernement, certains règlements de la Cour Suprême ; certaines ces sources s'appliquent sur tout le territoire, d'autres sont limitées aux*

Dès lors, le droit anglo-indien est complètement inaccessible et incompréhensible et regardé par les spécialistes de cette époque comme la source principale du chaos qui règne dans ce pays. Tel est le point de vue de Stephen en 1872, membre de l'*Imperial Legislative Council*, thuriféraire, il est vrai, de l'*Indian Penal Code*¹⁴⁸³. D'après cet auteur, le droit pénal anglais applicable au territoire indien se caractérise notamment par sa pluralité, sa diversité et sa variété, un droit complètement inaccessible aux populations locales.

*« L'état du droit que je vous décris combinait tous les défauts. Il était exagérément volumineux, et tortueux. Il laissait à l'écart une bonne partie des questions de la plus haute importance, tandis qu'il réglait les autres de manière vague et incertaine »*¹⁴⁸⁴.

Par ses caractéristiques, ce droit s'avère également inaccessible même aux Anglais. Cependant le caractère fragmentaire du droit anglo-indien n'est pas la seule cause de l'incertitude du droit applicable dans ce pays. On retrouve également la qualité médiocre des juridictions mises en place, souvent assez primitives et peuplées de juges sans grande formation : *« Or, il est notoire que la forme fragmentaire du common law n'est pas sans peser problème, même aux Anglais. Que dire, dès lors, de la jungle inextricable de règles éparses et variées, parfois contradictoires et le plus souvent inaccessibles, que forme le droit anglo-indien ? D'autant que les juridictions dans les colonies se trouvent encore à un stade de développement très rudimentaire »*¹⁴⁸⁵.

Pour les réformateurs anglais du parti *whig*, la question de l'accessibilité au droit ne se pose nulle part ailleurs avec autant d'acuité que dans la colonie anglaise de l'Inde. Pendant des décennies, il n'y a jamais eu de volonté politique de remédier à ce problème, mises à part quelques

territoires de certaines présidences ou à une ville. Il existe des commissions gouvernementales, et des ordres circulaires édictés par le Nizamut Aduwlut et par le Dewanny Aduwlut, des traités de la Couronne, des traités du gouvernement indien, sans oublier les inférences du « droit public » français et des autres droit d'Europe ». (HC Deb, 13 June 1833, vol. 18, cc. 698-785).

¹⁴⁸³ Michel MORIN, *op. cit.*, p. 162.

¹⁴⁸⁴ J. F. STEPHEN, Codification in India and in England, *The Law Magazine*, 1872, vol. 1, p 964.

¹⁴⁸⁵ G. GUYON, *op. cit.*, p. 276.

tentatives privées portées principalement par des utilitaristes, mais très insuffisantes.

Bien que les *lawyers* dans leur majorité refusent la codification complète du droit comme le remède à l'inaccessibilité du droit anglais, ils ne s'opposent pas à l'adoption de l'*Indian Penal Code (IPC)*. Alors que l'adoption de ce code est intervenue à un moment où la question de la codification du droit anglais semble être définitivement tranchée dans le sens de la consolidation par le vote des *Consolidation Acts* de 1861, l'*IPC* est réalisé suivant le modèle benthamien dans le but explicite de mettre fin à la confusion et l'incertitude du droit applicable en Inde britannique. Par ses caractéristiques l'*IPC* se veut avant toute chose un code accessible non seulement par son plan (1^o) mais également par sa forme (2^o).

1^o. L'accessibilité par le plan

Mise en place en même temps que la Commission de 1833-1845, l'*Indian Law Commission* dont l'objectif était la réalisation du code pénal de l'Inde (l'*IPC*) est nommée dans la foulée de la création du *Legal Concil*. A la tête de cette Commission est nommé Macaulay, historien et homme de lettres, membre du parti radical *whig*¹⁴⁸⁶. Tout au long de sa carrière, il s'est montré particulièrement actif dans le débat idéologique qui a opposé les radicaux et les conservateurs sur la question de la codification¹⁴⁸⁷.

Comme Brougham dans la Commission de 1833-1845, continuateur de Romilly, Macaulay voit dans la rupture avec le système en vigueur un

¹⁴⁸⁶ Cf. *supra*, pp. 288 et s.

¹⁴⁸⁷ G. GUYON, *op. cit.*, p. 285 : « la pensée politique de Macaulay se développe dans le contexte de la crise politique du début du XIX^{ème} siècle, où la vie politique semble se résumer à une violente lutte idéologique entre ce qu'il considère comme deux courants extrêmes. D'une part le conservatisme exacerbé de la classe aristocratique au pouvoir, qu'il craint de voir évoluer vers une tyrannie, et d'autre part, la montée en puissance des idées radicales subversives, susceptibles de mener à l'anarchie ».

mal nécessaire¹⁴⁸⁸. Malgré ses controverses avec les fondateurs de l'idéologie utilitariste, Bentham et Mill, il reste néanmoins politiquement fidèle à leurs enseignements. En témoigne son discours célèbre devant la Chambre des Communes, le 10 juillet 1833. En effet, lors de son intervention « à l'occasion de la nomination de la Commission de codification anglais »¹⁴⁸⁹, il dresse un tableau noir du droit anglais appliqué dans la colonie britannique de l'Inde. Quelques temps plus tard, les juges anglais en poste en Inde ont de la sorte l'occasion de présenter leurs doléances aux députés de Westminster.

*« Ce qui est administré en Inde n'est pas de droit, mais une sorte d'équité rude et capricieuse. J'ai interrogé un juge de retour des Indes sur la manière dont nos cours rendent une décision sur une question juridique de la plus haute importance. (...) Il me répondit qu'il s'agissait le plus d'une simple loterie. (...) le tout est une question de chance, tout dépend de la personnalité et du tempérament individuel du juge »*¹⁴⁹⁰.

On remarque que, bien qu'il ne soit pas un utilitariste convaincu, Macaulay adopte, dans son discours la méthode analytique benthamienne qui consiste, comme on le sait à déconstruire avant de reconstruire par la suite. Ainsi, après avoir mis l'accent sur les inconvénients du système juridique instauré en Inde, Macaulay vante les mérites de la codification. A ce titre, on peut remarquer que, dans son intervention, il reprend les arguments utilisés particulièrement par James Mill : *« Je pense qu'aucun autre pays n'a jamais autant eu besoin d'un code des lois que l'Inde, et je crois aussi qu'il n'y a jamais eu d'autre pays dans lequel ce désir puisse être si facilement assouvi. Je dis qu'il existe de nombreux points d'analogie entre l'état de ce pays après la chute de l'Empire monghol et l'état de l'Europe des suites de l'effondrement de l'Empire romain. (...) Comme en Europe à cette époque, et comme en Inde aujourd'hui, on trouve plusieurs systèmes de droit différents très largement les uns des autres, mais coexistants et égaux. La population indigène bénéficiait déjà de ses propres*

¹⁴⁸⁸ G. GUYON, *op. cit.*, pp. 286-287.

¹⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 289.

¹⁴⁹⁰ HC Deb, 10 July 1833, vol. 19, pp. 479-550.

lois. Puis, chaque race de conquérant a apporté avec elle son propre système : le musulman son Coran et ses innombrables commentateurs, l'Anglais son statute book et ses registres de jurisprudence. Comme il était établi en Italie, à une seule et même période, le droit romain, le droit ripuaire, le droit bavarois, le droit lombard et la loi salique, nous avons à notre tour notre empire du droit hindou, mahométan, anglais ; se mélangeant perpétuellement les uns aux autres et se perturbant sans cesse ; variant en fonction des personnes ou du lieu »¹⁴⁹¹.

Le code *Thomas Babington Macaulay*, comme on a l'habitude de le nommer, l'*IPC*, traduit clairement l'influence utilitariste sur son auteur. Par sa structure, la ressemblance est flagrante avec celle du projet de code pénal anglais, élaboré par la Commission de 1833-1845 et soumis à la lecture du Parlement anglais en 1843 par Brougham¹⁴⁹².

Le plan projet de code pénal anglais présenté par la Commission 1833-1845

- I- Déclarations préliminaires (Preliminary declarations and enactments)*
- II- Trahison et autres crimes contre l'Etat (Treason and other crimes against the state)*
- III- Infractions contre la Religion et l'Eglise (Offences against Religion and the Established Church)*
- IV- Infraction contre le pouvoir exécutif en général (Offences against the Executive Power generally)*
- V- Infraction contre l'administration de la justice (Offences against the Administration of Justice)*
- VI- Infraction contre la paix publique (Offences against the Public Peace)*
- VII- Infraction contre la monnaie (Offences relating to the coin, and bullion and Gold and silver plate)*
- VIII- Infractions contre la propriété publique, les recettes et les fonds (Offences relating to Public Property, Revenue, and Funds)*
- IX- Infraction contre le droit du mariage (Offences against the law of Marriage)*
- X- Infractions relatives aux registres publics (Offences relating to Public Records and Registers)*

¹⁴⁹¹ HC Deb, 10 July 1833, vol. 19 précité, p. 479-550.

¹⁴⁹² G. GUYON, *op. cit.*, p. 329.

- XI- Infraction contre la morale publique et la décence (*Offences against Public Morals and Decency*)
- XII- Infraction contre la santé publique, le confort et la convenance (*Offences against Public Health, Comfort, and Convenience*)
- XIII- Nuisances communes (*Common Nuisances*)
- XIV- Infractions relatives aux échanges, au commerce et à la communication publique (*Offences relating to Trade, Commerce and Public Communication*)
- XV- Homicide et autres infractions contre les personnes (*Homicide and other offences against the Person*)
- XVI- Diffamation (*Libel*)
- XVII- Infraction contre l'habitation (*Offences against the Habitation*)
- XVIII- Appropriations frauduleuses (*Fraudulent appropriations*)
- XIX- Piraterie et infractions relatives au Commerce d'esclaves (*Piracy and offences connected with the Slave Trade*)
- XX- Atteintes malicieuses à la propriété (*Malicious injuries to property*)
- XXI- Contrefaçon et autres infractions (*Forgery and other offences connected therewith*)
- XXII- Conspiration, tentative et récidive (*Conspiracies, Attempts and Repetitions of offences*)
- XXIII- Définition des termes et explications (*Definition of terms and explanations*)
- XXIV- Chapitre des peines (*Chapter of penalties*) »¹⁴⁹³.

Le plan de l'Indian Penal Code¹⁴⁹⁴

- I- Déclarations préliminaires (*general explanations*)
- II- Des peines (*of punishments*)
- III- Des exceptions générales (*general exceptions*)

¹⁴⁹⁴ La Commission de 1833-1845 présente son premier projet de code pénal après dix années de travail préparatoire, en 1843, devant la Chambre des Communes. Elle a élaboré six rapports avant de présenter son projet de code (ANONYME, *Reform of the Criminal Law, Edinburgh Review*, 1837, vol. 65, p. 214 : « *l'objet de la Commission à été fréquemment incompris, il a été dit que les commissionners avaient été nommés pour élaborer un nouveau code du droit pénal, alors qu'ils se sont dirigés vers la rédaction d'un simple digeste* ». Le premier rapport porte sur le « *vol* », le deuxième sur « *la peine capitale et droit au conseil* », le troisième sur la « *rationalisation de la procédure applicable aux délinquants mineurs* », le quatrième sur le « *digeste des infractions contre les personnes* », les cinquième et sixième rapports portent sur le « *vol avec effraction, la contrefaçon et l'ensemble des infractions contre le pouvoir exécutif* ». Ce code est organisé de la manière suivante : il contient 1243 articles, vingt quatre chapitres, répartis en trois parties (crimes et délits contre l'Etat, contre les personnes et contre la propriété), un code calqué, dans son organisation, sur le modèle français de code pénal.

- IV- Des infractions contre l'Etat (*Of offences against the state*)
- V- Des infractions contre l'Armée et la Marine (*Of offences relating to the army and navy*)
- VI- Des infractions contre la tranquillité publique (*Of offences against the Public tranquility*)
- VII- Des abus des pouvoirs de la fonction publique (*Of abuses of the powers of public servants*)
- VIII- Des outrages à l'autorité des fonctionnaires (*Of contempts of the lawful authority of public servants*)
- IX- Des infractions contre la justice (*Of offences against public justice*)
- X- Des infractions contre le revenu public (*Of offences relating to the revenue*)
- XI- Des infractions relatives à la monnaie (*Of offences relating to coin*)
- XII- Des infractions contre les poids et mesures (*Of offences against weights and measures*)
- XIII- Des infractions contre la santé publique, la sécurité et la morale (*Of offences affecting to public health, safety and convenience*)
- XIV- Des infractions relatives à la religion et aux castes (*Of offences relating to religion and caste*)
- XV- De l'entrée illégale et de la résidence dans les territoires de la Compagnie des Indes Orientales (*Of illegal entance into and residence in the territories of the East India Company*)
- XVI- Des infractions relatives à la presse (*Of offences relating to the Press*)
- XVII- Des infractions contre le corps humain (*Of offences affecting the human body*)
- XVIII- Des infractions contre la propriété (*Of offences against the property*)
- XIX- Des infractions relatives aux documents (*Of offences relating to documents*)
- XX- Des infractions relatives aux certificats de propriété (*Of offences relating to property-marks*)
- XXI- De la poursuite illégale des droits (*Of the illegal pursuit of legal rights*)
- XXII- De la rupture criminelle des contrats de service (*Of the criminal brreach of contracts of service*)
- XXIII- Des infractions relatives au mariage (*Of offences relating to marriage*)
- XXIV- De la diffamation (*Of defamation*)
- XXV- De l'intimidation, insulte et désagrément (*Of criminal intimidation, insult and annoyance*)

Comme on peut le constater, les rédacteurs de l'*Indian Penal Code* n'ont fait que transposer le plan déjà élaboré par la Commission de 1833-1845 dans leur projet de code pénal indien. Dès lors, si le projet de code pénal de 1843 symbolise le triomphe de la méthode utilitariste de réforme

du droit pour l'historiographie anglaise du milieu du XIX^{ème} siècle, il doit en aller de même pour l'*IPC*.

Cette victoire de la méthode benthamienne est à relativiser. Ainsi, si l'influence de la méthode utilitariste sur ces projets ne souffre pas de discussion, –Henry Peter Brougham comme *Thomas Babington* Macaulay sont des disciples de Jeremy Bentham–, il n'en demeure pas moins que, d'après les membres des commissions chargées de l'élaboration des projets de code pénal, leur modèle de référence reste largement le Code pénal français de 1810¹⁴⁹⁵. Pourtant Macaulay estime nécessaire d'affirmer avoir choisi le modèle élaboré par Brougham. Ce n'est pour lui qu'un expédient. Il s'agit d'éviter de se heurter à l'image défavorable du modèle français parmi les parlementaires anglais. Dans les faits, il est incontestable que les projets ont puisé à la même source inavouable. L'exception anglaise impose de plonger dans le brouillard l'origine française.

Globalement *l'Indian Penal Code* reprenait le dispositif du texte de 1843¹⁴⁹⁶ à l'exception de quelques points notables¹⁴⁹⁷ :

- Le nombre de chapitres est presque le même, il y a un chapitre de plus que dans le projet de 1843 ;
- L'*IPC* est plus court : 488 articles et 70 pages. L'objectif des codificateurs est de rendre le droit pénal le plus accessible et le plus intelligible possible pour la population indigène ;
- On a introduit pour la première fois en Angleterre la technique de la numérotation continue des articles : de 1 à 488, une ressource supplémentaire utilisée pour la simplification et la clarté du droit¹⁴⁹⁸.

¹⁴⁹⁵ Voir également Donnedieu de VABRES, *Traité élémentaire de Droit criminel et de législation pénale comparée*, Librairie du Recueil SIREY, Paris, 1937, pp. 34-35 et pp. 37-38. D'après cet auteur, l'influence de l'esprit utilitariste sur le Code Criminel français de 1810 est indéniable au regard notamment de la rigueur de ses peines. Il donne en exemple les articles 103 et 104 du même code.

¹⁴⁹⁶ Cf. *supra*, p. 361.

¹⁴⁹⁷ Voir sur ces points, G. GUYON, *op. cit.*, pp. 329-331.

¹⁴⁹⁸ Bien avant l'*IPC*, cette technique est utilisée dans le Code civil français de 1804. Les codificateurs de 1804 ont estimé que la numérotation continue des articles du code participe à son accessibilité. Elle a été suggérée dans les observations des tribunaux d'appel de Limoges et de Rennes (Fenet, tome IV, p. 4 et Fenet, tome V, pp. 319-320) et proposée par le Conseil d'Etat lors de la séance du 28 Brumaire an X (Fenet, tome I, p. lxxiii). Pour

Cette similitude entre les deux projets de code, celui de Brougham et celui de Macaulay, est essentiellement due à l'appartenance de leurs deux auteurs au mouvement réformateur radical du droit anglais ainsi que le souligne Gwenael Guyon : « (...) *Issus du même parti et partageant les mêmes convictions, qui s'employaient de surcroît au même moment et avec le même acharnement à la codification du droit pénal anglais, l'un en métropole et l'autre dans l'Empire. (...) Macaulay et Brougham avaient été tous deux formés à la pratique judiciaire à la Lincoln's Inn, et attirés au même moment de leur carrière vers la philosophie et la science du gouvernement par les écrits subversifs de Bentham ; ils avaient tous deux été préparés, voire aguerris, à l'affrontement politique au sein du cercle très fermé d'Holland House*¹⁴⁹⁹. *Mais les deux hommes nourrissaient un conflit qui les opposa durant toute leur carrière – qui n'était d'ailleurs pas sans rappeler celui qui opposait deux siècles plus tôt Edward Coke et Francis Bacon* »¹⁵⁰⁰.

En réalité, le choix de cette structure formelle du code n'a rien d'innovant dans la mesure où les deux projets ne font que respecter la tradition formelle du droit en Angleterre. On retrouve la même division par chapitres dans tous les traités de droit pénal de cette période. C'est une nouvelle preuve, s'il en fallait encore une, de l'attachement des *lawyers* anglais au modèle d'organisation traditionnelle du droit pénal anglais au XIX^{ème} siècle¹⁵⁰¹.

eux, l'avantage de la numérotation continue des articles du code réside dans sa faculté de rendre plus commode l'usage du code donc elle contribue à son accessibilité. A ce propos, lors de la présentation des motifs devant le Corps législatif (28 ventôse an XII), Portalis déclare « *Elle (la numérotation) ménage le temps et elle abrège la peine de ceux qui étudient et qui appliquent les lois* » (Fenet, tome I, p. xcii).

¹⁴⁹⁹ Voir sur ce point la Revue britannique, Revue internationale, De la Grande Bretagne et de l'Amérique, Amédée Pichot, Paris, 1866, pp. 257 et s.

¹⁵⁰⁰ G. GUYON, *op. cit.*, p. 330.

¹⁵⁰¹ *Ibid.*, p. 331.

2°. L'accessibilité par la forme

« Je crois qu'aucun pays n'a jamais eu tant besoin d'un code de loi que l'Inde »¹⁵⁰².

C'est avec ces mots que Thomas Babington Macaulay commence son discours devant la Chambre des Communes le 10 juillet 1833 pour présenter son *Draft Code* (projet de code pénal) pour les Indes britanniques. Pour le réformateur anglais, toutes les conditions étaient réunies pour codifier le droit pénal anglais applicable en Inde. En réalité, par ces mots, l'auteur de l'*IPC* ne fait que traduire le consensus qui existe dans la classe politique anglaise au sujet de la nécessité de codifier le droit pénal applicable en Inde pour remédier à son inaccessibilité. Au début de la décennie 1830, la seule question qui reste en suspens dans l'esprit des réformateurs anglais, *tories* et *whigs* confondus, est de savoir suivant quelle méthode Macaulay doit rédiger l'*IPC*.

Si, pour Brougham, la question de la méthode à adopter pour la réforme du droit pénal anglais se posait avec acuité à cause de l'opposition du parti majoritaire *tory*, pour Macaulay, c'est plutôt l'inverse. En effet, ce dernier jouit d'une totale liberté sur le fond, mais surtout sur la forme du droit que doit contenir son code. Ainsi, par son code, Macaulay participe d'une certaine manière à l'officialisation et à la consécration de la méthode utilitariste en matière de codification du droit en Angleterre. « *En témoignent les techniques employées pour la rédaction de l'IPC* »¹⁵⁰³. Macaulay n'hésite pas à emprunter directement et d'une manière explicite des formules chères au père de l'utilitarisme anglais. Ouvertement il s'inspire des recommandations prodiguées dans le *Pannomion* sur le langage et la technique de rédaction à utiliser dans la rédaction d'un corps complet de législation. Plus particulièrement, il insiste dans son discours sur

¹⁵⁰² Extrait du Discours prononcé par T. B. MACAULAY devant la Chambre des Communes le 10 juillet 1833, in P. P. (1838) *Indian Penal Code prepared by the Indian Law Commissioners, and published by Command of the Governor-General*, p. 7. (P. P : il s'agit des archives publiées du Colonial Office).

¹⁵⁰³ G. GUYON, *op. cit.*, p. 331.

l'accessibilité du code. En ce sens, il met en avant la nécessité que le code pénal soit rédigé dans une langue simple, claire et compréhensible. Il suggère encore de débarrasser le droit des termes techniques et autres mystifications qui sont, comme pour le père de la philosophie utilitariste, la cause de tous les maux engendrés par le droit anglais en général et le droit indien en particulier.

« Il y a deux choses qu'un législateur doit toujours garder à l'esprit lorsqu'il formule une loi : la première est qu'il doit être aussi précis qu'il le peut ; la seconde qu'il doit être le plus facilement compréhensible »¹⁵⁰⁴.

Par sa structure, l'IPC est la copie quasi conforme du *Pannomion*. Selon Sanford Kadish, Macaulay « est presque parvenu à produire le *Pannomion* complet et sophistiqué »¹⁵⁰⁵. Pour l'historien anglais Keith Smith, le code pénal indien est « remarquable stylistiquement, structurellement et substantiellement »¹⁵⁰⁶. Ce sont précisément les qualités que Bentham exige d'un corps complet de législation. De surcroît, l'*Indian Penal Code* apparaît comme le remède idéal pour mettre fin à l'incertitude du droit en Inde par l'unification et la systématisation des deux sources du droit qu'il réalise (la législation et les décisions jurisprudentielles en matière pénale applicables en Inde).

« Le code est un tout, à la fois un statute book des législations et une collection des cas d'espèces », écrit Thomas Babington Macaulay¹⁵⁰⁷.

L'IPC réalise l'objectif assigné au législateur utilitariste, celui de substituer aux règles de droit pénal disparates et confuses existantes des règles exclusivement légiférées, claires, concises et compréhensives.

¹⁵⁰⁴ P.P. (1838) Indian Penal Code prepared by the Indian Law Commissioners, and published by Command of the Governor-General, p. 7. Voir également sur ce point G. GUYON, *ibid*, p. 331 : « Chaque article du code pénal indien est rédigé en anglais, suivant une méthode bien particulière qui emprunte à l'un ou l'autre des codes utilitaristes antérieurs. En premier lieu, le codificateur expose la règle générale, de manière explicite, claire et brève, suivant la volonté de Bentham de « parler le langage du peuple et de débarrasser le droit de sa technicité ».

¹⁵⁰⁵ S. H. KADISH, *Codifiers of the Criminal Law, Wechsler's Predecessors* précité, p. 40.

¹⁵⁰⁶ *Ibid*.

¹⁵⁰⁷ P.P. (1838) Indian Penal Code prepared by the Indian Law Commissioners, and published by Command of the Governor-General précité, p. 7.

Contrairement aux projets de codification présentés devant le Parlement anglais par les réformateurs *whigs* Romilly, Brougham et Mill, Macaulay ne dissimule pas sa source d'inspiration : Jeremy Bentham. Dans son plaidoyer en faveur de la codification du droit en Inde, Macaulay n'hésite pas à lui faire référence en employant le même vocabulaire que le père de la doctrine utilitariste anglaise pour désigner le code, « *un corps complet de législation* ». Il lui emprunte également ses formules, par exemple celle utilisée dans le *Traité sur la Législation Civile et Pénale* : « *Tout ce qui n'est pas dans le corps de lois ne sera pas loi* »¹⁵⁰⁸. Ensuite Macaulay ose également reprendre dans son programme de codification pénale indien les propositions faites par Jeremy Bentham pour la promotion des valeurs utilitaristes que doit véhiculer son corps complet de législation pénale, telles que la célérité et la baisse des coûts engendrés par une action en justice. « *Il devra participer à l'établissement de la vérité, au prix le moins élevé de temps et d'argent* »¹⁵⁰⁹. Parmi les autres qualités du code, il évoque la clarté et la concision des dispositions du code « *son langage doit être clair, sans équivoque et concis* »¹⁵¹⁰, ou encore de la légalité des délits et des peines « *chaque acte criminel doit être défini séparément* »¹⁵¹¹. En la matière, Macaulay se plaît à se délivrer un *satisfecit* en commentant son code : « *Nous pensons que ce code a résolu tous nos problèmes ; qu'il est parvenu à réaliser, en ce qui concerne la branche pénale de notre droit, ce que l'on croyait impossible, c'est-à-dire doter de définitions adéquates chaque infraction, exprimées dans un langage général : définitions suffisamment précises, pour ne laisser aucun doute quant au fait que la précision puisse être atteinte* »¹⁵¹². L'influence benthamienne sur le code de Thomas Babington Macaulay est indéniable de l'aveu même de son auteur, quand il confesse : « *Nous nous sommes trouvés face à la nécessité de*

¹⁵⁰⁸ GUYON, *op. cit.*, p. 292.

¹⁵⁰⁹ T. BABINGTON MACAULAY, Minutes 4 June 1835, in *Thomas Babington Macaulay, The Complete Works of Lord Macaulay*, Londres, Spootiswood, 1866, vol. 8, p. 436.

¹⁵¹⁰ *Ibid.*

¹⁵¹¹ *Ibid.*, p. 436 et s.

¹⁵¹² ANONYME, Penal Code for India, *The Westminster Review*, 1838, vol. 29, p. 394.

sacrifier l'élégance et la perspicacité au grand bénéfice de la précision »¹⁵¹³.

Là ne s'arrêtent pas les emprunts, puisque Macaulay prévoit un commentaire justificatif de tous les termes techniques et complexes contenus dans son code. Il s'agit de l'une des particularités du *Pannomion* de Bentham de prévoir une justification des raisons des lois contenues dans son code. En effet, dans la doctrine juridique benthamienne, le code doit avoir, en plus des autres qualités, des vertus pédagogiques, pour rendre le droit le plus accessible et le plus compréhensible possible aux individus. C'est en suivant ce principe que Macaulay illustre les applications concrètes de cette règle. Suivant fidèlement la méthode benthamienne là encore, il donne l'exemple de trois individus fictifs¹⁵¹⁴ : « *A* » (*l'auteur*), « *B* » (*le complice*), et « *Z* » (*la victime*) ». Il s'agit là encore d'une première dans l'histoire du droit anglais selon William Gordon : « *Macaulay est le premier législateur britannique à employer cette technique* »¹⁵¹⁵. Keith Smith¹⁵¹⁶ estime quant à lui que c'est « *sur cette question de l'illustration de la règle applicable que l'IPC se distingue du projet de code pénal de 1843* »¹⁵¹⁷.

Le succès de cette technique d'illustration des règles applicables contenues dans le code Macaulay semble incontestable du fait qu'elles répondent parfaitement aux attentes à la fois des juges anglais de l'Inde, mais aussi des populations autochtones¹⁵¹⁸. C'est ce que soutient Macaulay

¹⁵¹³ P.P. (1838) Indian Penal Code prepared by the Indian Law Commissioners, and published by Command of the Governor-General précité, p. 7.

¹⁵¹⁴ G. GUYON, *op. cit.*, pp. 332-333 : « *Or, la doctrine juridique anglaise du XXème siècle s'accorde à reconnaître le caractère inédit et novateur de cette méthode en droit anglais* ».

¹⁵¹⁵ W. GORDON, *Legal History in the Making*, Londres, Hambledon Press, 1991, p. 155.

¹⁵¹⁶ K. SMITH, *Macaulay's « Utilitarianism » Indian Penal Code* précité, p. 155. Voir le commentaire de G. GUYON, *ibid.*, p. 332 : « *Keith Smith pour sa part qu'elle ne provient pas des réflexions de Jeremy Bentham, mais plutôt des travaux d'Edward Livingston qui l'avait selon lui appliquée pour la première fois dans le projet de code pénal de Louisiane de 1826* ».

¹⁵¹⁷ G. GUYON, *ibid.*, p. 333.

¹⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 333 : « *Il faut rappeler que le Parlement anglais avait entendu les plaintes récurrentes des magistrats en Inde qui regrettaient le manque d'accès aux case-law anglais. En définitive, Macaulay a suppléé aux besoins des juges en regroupant dans un code unique tous les éléments que le bon fonctionnement de la justice traditionnelle anglaise requiert : des règles générales claires et accessibles, leurs exceptions et surtout des cas d'espèces auxquels tout juge anglais était profondément attaché. (...) que ces*

dans la préface de ce code pénal, tout en précisant, là aussi, comme Bentham, qu'elles n'ont pas la valeur de loi, mais seulement de compléments : « *Les illustrations ont le même objectif que les exemples en grammaire, et comme les exemples de grammaire, et comme dans toutes les sciences, elles ne sont pas supposées se substituer aux règles qu'elles sont censées illustrer* »¹⁵¹⁹. Conformément aux enseignements de Jeremy Bentham, les illustrations accompagnant le code pénal doivent servir de guide pour le juge, lorsqu'il sera appelé à trancher un cas. Il devra procéder par analogie, par déduction logique conformément aux prescriptions du père de l'utilitarisme anglais. Comme pour le *rationale*, le but est de mettre tout en œuvre pour rendre le droit plus accessible et plus certain et ainsi remédier et de lutter plus efficacement contre l'arbitraire des juges.

Sur un point néanmoins, Macaulay joue la prudence. Il se garde bien de reprendre l'idée qu'il avait développée en 1833. Plus benthamien que Brougham et John Stuart Mill, dans son programme de codification du droit pénal anglo-indien, Macaulay avait prévu à l'origine, de confier la mission de rédiger ce code à une personne ou un petit nombre de personnes, ce qu'aucun de ses devanciers utilitaristes n'avaient jamais osé faire. Mieux encore, il avait évoqué l'exemple de l'empereur des Français : « *le travail de codifier un vaste et artificiel système de jurisprudence est beaucoup plus aisément et infiniment mieux assumé par quelques esprits que par plusieurs – par un Napoléon que par une chambre de députés et une chambre des pairs–* »¹⁵²⁰.

Au final, le Parlement adopte le projet de Thomas Babington Macaulay pour l'essentiel en l'état.

« *D'un point de vue formel, le langage, le style et l'esprit du code Macaulay sont très largement maintenus en l'état. Le Conseil législatif*¹⁵²¹

illustrations avaient été très favorablement accueillies par le peuple indien (...) ». Voir également S. H. KADISH, *op. cit.*, p. 1113.

¹⁵¹⁹ P.P. (1838) *Indian Penal Code* précité, p. 8.

¹⁵²⁰ HC Deb, 10 July 1833, vol 19 précite, pp. 479-550.

¹⁵²¹ Il s'agit du régime colonial mis en œuvre dans les colonies britanniques des indes de 1858 jusqu'à 1947. Celui-ci transférait la compétence des Compagnies privées qui dirigeaient les colonies à la Couronne anglaise.

*est également convaincu de l'efficacité des illustrations, qu'il décide de conserver.»*¹⁵²².

L'entrée en vigueur de l'*IPC* peut être interprétée, notamment par les partisans de l'école utilitariste, comme une véritable consécration dans le droit positif de l'un des principes majeurs de la théorie benthamienne de législation : l'accessibilité du droit en vue de la réalisation du plus grand bonheur du plus grand nombre. L'*IPC*, adopté en 1860 et entré en vigueur sur tout le territoire indien deux ans plus tard, est le premier code selon le modèle utilitariste adopté en Angleterre. Jusqu'à nos jours, il est le seul à avoir été adopté par le législateur anglais explicitement pour remédier à l'inaccessibilité du droit anglais. Il remplit si bien les canons établis par Bentham, spécialement les qualités formelles de simplicité et de clarté, qu'il est apparu parfaitement accessible même aux étrangers¹⁵²³. Et, à dire vrai, c'est à travers l'*Indian Penal Code* que paradoxalement le reste du monde, notamment les pays de tradition civiliste, ont pu prendre connaissance du droit pénal anglais au XIX^{ème} siècle.

Par son contenu, le code pénal indien englobe « *toutes les règles de droit pénal appliquées en Inde* », de source législative ou jurisprudentielle¹⁵²⁴. Ainsi Macaulay réussit là où ses prédécesseurs ont failli. Il s'est affranchi de la tradition anglaise de réforme du droit en l'amendant conformément à la méthode utilitariste de codification. Cela constitue une véritable révolution. C'est d'autant plus remarquable qu'au même moment Brougham, chargé de réformer le droit pénal de la métropole, n'a pas pu faire aboutir son projet malgré sa persévérance et sa pugnacité¹⁵²⁵. Pourtant, dans son projet de code pénal anglais, présenté devant les députés de Westminster en 1843, Brougham n'avait pas osé amender le langage ni le style de rédaction des lois de la tradition anglaise afin d'obtenir le vote des députés conservateurs majoritaires au parlement. C'est la différence majeure entre les deux projets et leurs auteurs. Sans

¹⁵²² G. GUYON, *op. cit.*, p. 349.

¹⁵²³ P.P. (1838) *Indian Penal Code* précité, pp. 333-334.

¹⁵²⁴ *Ibid.*, p. 331.

¹⁵²⁵ *Ibid.*, p. 332 : « (...) le pragmatique Brougham s'emploie à préserver tant bien que mal son projet de code de la critique des common lawyers traditionnels en maintenant la forme du langage traditionnel du droit anglais, (...) ».

doute, le discours de présentation de Macaulay fut-il des plus habiles – opportuniste selon Gwenaël Guyon—. Evitant toute référence aux aspects philosophiques et idéologiques de la théorie benthamienne de la législation, il insista sur la nécessité d'introduire en Inde dans l'intérêt de l'Angleterre un instrument de contrôle et d'administration tout en apportant aux Indiens la sécurité juridique et la modernité¹⁵²⁶. Il ne manqua pas non plus d'assurer les *honorable members of Parliament* que « le système de droit pénal que nous proposons n'est en rien l'imitation d'un quelconque système de droit existant ; et aucun système en vigueur ne nous a fourni les bases du nôtre »¹⁵²⁷.

Il n'est pas contestable que l'*IPC* reste fidèle à la tradition juridique anglaise dans le fond de son dispositif. Son auteur a choisi essentiellement le modèle national de *common law*, tout en s'inspirant en quelques endroits d'autres modèles, tels le code pénal français de 1810¹⁵²⁸ et le code de la Louisiane de 1821¹⁵²⁹. En vérité, il comporte très peu d'innovations sur le fond, mises à part les adaptations du droit anglais aux circonstances particulières de l'Inde¹⁵³⁰. S'il est vraisemblable que Macaulay était aussi animé par la préoccupation de ne pas heurter les députés les plus conservateurs, il n'en est pas moins certain que ce sont le style de rédaction, les qualités formelles de l'*IPC* inspirées de la doctrine de Jeremy Bentham, qui constituent son originalité.

¹⁵²⁶ G. GUYON, *op. cit.*, p. 294.

¹⁵²⁷ ANONYME, Penal Code for India, *The Westminster Review*, 1838, vol. 29, p. 394.

¹⁵²⁸ Sur les influences sur le droit substantiel du code Macaulay, voir G. GUYON, *ibid.*, p. 334-349. A travers le Code pénal de 1810, œuvre d'utilitaristes (F. GERRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, Paris, 1913, vol. 12, pp. 165-166, note 6 et plus récemment F. TULKENS, Les principes du code pénal de Bentham, in *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 649), il est possible de discerner une influence de Bentham réelle sur le fond, bien qu'indirecte. Rapp. le rapport de Target au Conseil d'Etat cité par Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XXIX, Paris, 1832, p. 8 : « c'est la nécessité de la peine qui la rend légitime. Qu'un coupable souffre ce n'est pas là le but de la peine, mais que des crimes soient prévenus voilà ce qui est d'une grande importance ... La gravité des crimes se mesure donc, non pas tant sur la perversité qu'ils annoncent que sur les dangers qu'ils entraînent. L'efficacité de la peine se mesure moins sur la rigueur que sur la crainte qu'elle inspire ».

¹⁵²⁹ F. TULKENS, *ibid.*, p. 652 : « C'est assurément dans le monde anglo-américain et dans les pays de *common law* que l'influence de Bentham est la plus prégnante, notamment, au niveau de deux codifications importantes (...), le code pénal de Louisiane réalisé en 1821 par Levingstone ».

¹⁵³⁰ G. GUYON, *op. cit.*, p. 346.

Conclusion de la partie II

Au final, si l'influence de l'œuvre du philosophe de l'utilité sur la science sociale en général et la science du droit en particulier¹⁵³¹ est incontestable de nos jours, cela n'a pas été le cas à la fin du XVIIIème siècle et au début du XIXème siècle, notamment dans son pays natal, l'Angleterre. En effet, à cette époque, que l'on peut qualifier de tournant dans l'histoire du droit, le modèle de législation anglais que notre auteur conteste avec vigueur et avec lequel il exige une rupture totale, est donné souvent en exemple dans nombre de pays européens. Ce prestige dont bénéficie le droit anglais à l'étranger était renforcé et défendu par d'éminents jurisconsultes parmi lesquels le maître Blackstone. Cependant, tout en étant un modèle de référence à l'étranger, cela ne le met pas à l'abri de la critique à l'intérieur du pays. Son incertitude et son imprévisibilité sont relevés par ses plus grands défenseurs. Ce fut notamment le cas avec Bentham, le plus critique et le plus radical de tous les réformateurs du droit anglais de son temps. Ses idées de réformes, notamment son corps complet de législation, –considéré dans la théorie de législation de notre auteur comme l'unique moyen pour remédier à l'inaccessibilité du droit anglais–, ont dominé le débat public en Angleterre même après sa mort. Mais le débat sur Bentham et son *Pannomion* ne se limite pas à des controverses doctrinales entre juristes, il s'introduit dans le débat politique, plus précisément à la Chambre des Communes, tout au long du XIXème siècle, voire jusqu'à nos jours.

Malgré le succès des idées du père de la philosophie utilitariste en Angleterre, dès les années 1820, en faveur de la réforme de la législation anglaise pour la rendre accessible et compréhensible pour le plus grand nombre, il n'en demeure pas moins qu'en réalité, cela se révèle à première

¹⁵³¹ Sa réforme embrasse tous les domaines du droit : civil, pénal et constitutionnel. Voir sur ce point Elie HALEVY, *Le radicalisme philosophique*, in *La formation du radicalisme philosophique* précité, tome III, pp. 77 et s. Voir également Denis BARANGER, *Bentham et la codification* précité, pp. 24-29.

vue un échec retentissant dans la mesure où l'instrument par lequel il entend mettre en œuvre sa réforme de la législation : le *Pannomion*, n'a jamais vu le jour ni en Angleterre ni dans les pays dans lesquels il bénéficie d'une excellente réputation¹⁵³². Cela demeure surprenant d'autant plus que l'opportunité et les moyens de le faire n'ont pas manqué durant cette période. Ainsi, ni les initiatives des *whigs* du début du XIX^e siècle, ni celle des *tories* de la deuxième moitié du siècle ne parviennent à sa réalisation. Cet échec est attribué par l'historiographie anglaise à l'attachement viscéral des citoyens anglais à leur tradition d'une part et au caractère radical de la réforme utilitariste que Jeremy Bentham entendait réaliser d'autre part¹⁵³³. Ce n'est pas tout. Les Anglais pensent que, contrairement aux autres pays qui ont élaboré des codes, les raisons qui les ont poussés à le faire ne sont pas réunies en pratique pour ce qui est de l'Angleterre. Le besoin d'une codification pour porter le droit à la connaissance du public n'est pas ressenti en Angleterre comme dans les autres pays¹⁵³⁴. Pour Cooper, malgré la qualité indiscutable des écrits de Bentham sur la nécessité de la cognoscibilité de la législation, il reste persuadé que cela n'est pas utile à son pays. « *Ses écrits, pour ainsi dire, comme une mine, où chaque peuple et surtout chaque peuple naissant, peut puiser les matériaux dont il a besoin pour ensuite les façonner et les adapter à sa position et à son caractère. Mais c'est cette généralité qu'on remarque dans les écrits de M. Bentham qui fait qu'une nation telle que l'Angleterre, dont le caractère et la situation ressemblent si peu aux autres nations du globe, ne peut en faire usage* »¹⁵³⁵. Cependant l'échec de la codification, comme on vient de le voir, ne signifie pas pour autant celui de Bentham. Si l'échec de la mise en œuvre en pratique de la codification-innovation n'a pas besoin d'être démontré, force est de constater que cela n'est pas le cas de ses propositions et autres recommandations sur l'exigence d'accessibilité au droit.

¹⁵³² Emmanuelle de CHAMPS, *La déontologie politique* précité, pp. 264 et s.

¹⁵³³ Steve PINCUS, La Révolution anglaise de 1688 : économie politique et transformation radicale, in *Révolution et nouveaux régimes*, op. cit., pp. 8 et s.

¹⁵³⁴ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 336.

¹⁵³⁵ C.P.C. COOPER, op. cit. pp. 348.

L'influence des écrits de notre auteur sur les *Consolidation Acts* de 1861 demeure indiscutable et illustre parfaitement ce constat. Ainsi, même si le choix de la méthode de réforme n'est pas celui voulu par le philosophe de l'utilité, cela n'a pas empêché les partisans de la méthode traditionnelle de s'appuyer sur les travaux de notre auteur pour l'élaboration des lois de consolidation. Ainsi que le souligne Emmanuelle de Champs, l'influence des idées benthamiennes, notamment à la fin de la vie de notre auteur, puis sur les réformes entreprises en Angleterre tout au long du XIX^{ème} siècle, est incontestable¹⁵³⁶. Le *Reform Bill de 1832* en est la parfaite illustration¹⁵³⁷. C'est aussi le cas de l'*Indian Penal Code (IPC)*. Assurément, avec ces qualités formelles, l'*IPC* peut être considéré, par rapport aux *Consolidation Acts* de 1861, comme un véritable code moderne, clair et parfaitement accessible, même aux étrangers¹⁵³⁸. Force est de constater que si la préférence des *lawyers* s'est portée indéniablement sur la doctrine de l'Ecole historique¹⁵³⁹, il n'en reste pas moins que ces derniers ne rejettent pas entièrement *dans les faits* les propositions de réforme du droit du fondateur de la doctrine utilitariste anglais. Une chose est la réaction au discours utilitariste radical (dans tous les sens du terme), une autre les réalisations législatives.

Les échecs des projets de codification entrepris tout au long du XIX^{ème} siècle ne signifient pas que la doctrine de Bentham est demeurée lettre morte. De toute évidence, le Parlement anglais est resté réfractaire à la codification-innovation pour des raisons politiques. Elle a été tenue pour synonyme de rupture radicale. Au reste, Burke et Savigny ont voué aux gémonies, dans une égale réprobation, codification et révolution. Mais les idées de Bentham ont exercé une certaine influence, quand il s'est agi de répondre aux nécessités et besoins nouveaux nés de la Révolution industrielle et du gouvernement de l'Empire britannique. La consolidation ne permettant pas une véritable « amélioration progressive du droit » selon

¹⁵³⁶ Emmanuelle de CHAMPS, *La déontologie politique* précité, p. 258.

¹⁵³⁷ *Ibid.*, pp. 250-255. Voir également sur l'influence des idées benthamiennes sur la réforme constitutionnelle du *Reform Act de 1832*. Elie HALEVY, Le radicalisme philosophique, in *La formation du radicalisme philosophique* précité, tome III, p. 3.

¹⁵³⁸ *Cf. infra*, p. 379.

¹⁵³⁹ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, pp. 346 et s.

l'expression de Cooper et ne constituant le plus souvent qu'un pis aller pour surmonter l'incertitude du droit, une place a dû être faite à la codification dans le double objectif d'adaptation de la législation de l'accessibilité, mais sans que pour autant ne soit remise en cause la suprématie du droit jurisprudentiel.

Conclusion générale

« *La haine de Bentham contre la common law est légendaire ; son obsession codificatrice l'est autant* »¹⁵⁴⁰.

De la sorte G. Tusseau souligne que l'aversion du réformateur anglais pour la *common law* explique en grande partie la passion obsessionnelle qu'il voue à la codification. Il en fait le remède miracle à tous les maux dont souffre la première source du droit en Angleterre, la *common law*. Il rappelle : « *Toute sa vie, Bentham a rédigé des projets de codes, dans tous les domaines du droit –civil, pénal, constitutionnel, processuel, international– et touchant toutes ramifications de ces droits* »¹⁵⁴¹. Son obsession est telle qu'il consacre inlassablement une partie non négligeable de son temps, dès la fin du XVIIIème siècle, à tenter de convaincre les dirigeants du monde entier de codifier. Ces tentatives prennent la forme de propositions de lois « *en bonne et due forme* »¹⁵⁴². Cette idée fixe lui a valu le surnom d' « *animal codificateur* »¹⁵⁴³. Dans un premier temps, Bentham s'attaque en effet à la principale source du droit anglais, la *common law*. Il justifie ses violentes critiques par son incertitude et son imprévisibilité. C'est au nom du principe de sécurité juridique que le réformateur anglais fait de la cohérence du système juridique une condition *sine qua non* de la *cognoscibilité* du droit. Mais si cette exigence d'accessibilité trouve un écho favorable dès son époque du fait qu'elle exprime le sentiment commun, force est de constater que le réformateur anglais est celui qui entend la placer au centre de toute la réflexion juridique.

C'est ainsi que sans en être le pionnier, il reste néanmoins le seul théoricien de la codification à considérer qu'un plan cohérent et simple est une condition de l'accessibilité au droit et par-delà, d'une systématisation du droit. C'est une conséquence directe de l'application du principe de

¹⁵⁴⁰ G. TUSSEAU, *Jeremy Bentham, La guerre des mots* précité, p. 122. Voir également sur tous ces points, Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, Vue générale d'un corps complet de législation, in *Traité de législation civile et pénale* précité, tome I, pp. 281-342. Voir également Denis BARANGER, *Bentham et la codification* précité, pp. 17-37.

¹⁵⁴¹ G. TUSSEAU, *Jeremy Bentham, La guerre des mots* précité, p. 122.

¹⁵⁴² *Ibid.*, p. 123.

¹⁵⁴³ L. STEPHEN, *The English Utilitarians (1900)*, London, New York, Continuum International Publ, Group, 2005, vol. I, p. 247.

l'utilité¹⁵⁴⁴. Dans sa critique de la *common law*, Bentham relève que le plus illustre défenseur de la tradition juridique anglaise, son maître Blackstone, a lui-même admis qu'elle ne peut guère servir de guide aux citoyens. Selon notre auteur, Blackstone n'a pas tiré toutes les conséquences des inconvénients d'un droit jurisprudentiel, pourtant assez largement dénoncés par ses contemporains¹⁵⁴⁵. Ce n'est certainement pas en faisant du droit naturel l'origine –la source– de la *common law* que Blackstone a pu lui donner toute la certitude désirable. Plus généralement, dans la mesure où toutes les codifications de son temps sont fondées sur le droit naturel¹⁵⁴⁶, sa censure les embrasse toutes. Sans exception aucune, il les juge insuffisantes pour répondre à l'exigence d'accessibilité au droit¹⁵⁴⁷. Ses critiques de l'inaccessibilité du droit existant, fondées sur le droit naturel, le conduisent à construire une théorie du droit exclusivement positiviste.

Mais son réquisitoire contre le droit anglais ne porte pas seulement sur ses sources, elle s'étend également, surtout dans un premier temps, au droit processuel dans ces deux branches (l'organisation judiciaire et la procédure judiciaire). Le droit anglais est avant tout un droit procédurier propre à engendrer en surabondance des conflits de compétence, des incidents de procédure, des questions de recevabilité des actions et un dédale de règles de preuve. *Remedies precede rights*. Tous ces inconvénients constituent, la cause majeure de l'inaccessibilité du droit en Angleterre. Pour Bentham, il faut inverser les termes : commencer par définir les droits pour ensuite établir un régime procédural de mise en œuvre. Comme il considère que cette première étape vers une systématisation du droit ne pourrait pas se faire autrement que par un *statute law*, le droit anglais deviendrait un droit écrit. Pour lui, droit écrit signifie, voire est synonyme d'accessibilité du droit aux citoyens¹⁵⁴⁸ qui, à ses yeux, seule légitime la force obligatoire de

¹⁵⁴⁴ P. GERARD, Droit et pouvoir dans la pensée de J. Bentham, in *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* précité, p. 93.

¹⁵⁴⁵ Hugo HARDY, *op. cit.*, p. 4.

¹⁵⁴⁶ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome I, Vue générale d'un corps complet de législation, in *Traité de législation civile et pénale* précité, p. 314.

¹⁵⁴⁷ R. CABRILLAC, *Les codifications* précité, p. 131.

¹⁵⁴⁸ Jeremy BENTHAM, *Œuvres*, tome III, *De l'organisation judiciaire et de la codification* précité, p. 325.

la loi¹⁵⁴⁹. Mieux encore, non seulement la rédaction de la règle de droit (au sens de la tradition civiliste) permet la codification, mais encore elle l'induit comme par un effet mécanique.

Aujourd'hui, pour un grand nombre de commentateurs, les réformes adoptées tout au long du XIX^{ème} siècle en Angleterre tendent remédier à « *la glorieuse incertitude de la common law* ». Elles convergent de fait vers un but : réduire les entraves à l'accessibilité au droit¹⁵⁵⁰ sur le plan tant matériel que formel. Sur le plan formel, même si aucune codification ne peut être adoptée, les réformes radicales de la procédure anglaise, notamment celles concernant l'organisation judiciaire intervenues durant les décennies 1830-1850, et surtout les *Judicature Acts* des années 1873-1875¹⁵⁵¹, réussissent à améliorer l'accessibilité de la justice en Angleterre. En effet, par les *Judicature Acts*, toutes les cours de justice anglaises deviennent compétentes pour statuer en matière de *common law* et d'*equity* et mettent ainsi fin à la dualité de juridictions remontant à la fin du Moyen-âge¹⁵⁵². Si ces réformes procédurales ne constituent en aucune façon une réponse aux projets de *Panommion*, elles répondent néanmoins d'autres recommandations de Jeremy Bentham portées dans un premier temps par les réformateurs radicaux et, par la suite, par les conservateurs au Parlement, notamment durant la décennie 1870. En faisant les procédures moins coûteuses et moins complexes, elles rendent le droit plus accessible aux individus. Sur le plan matériel, les réformes entreprises durant ce siècle, tout en n'étant que des compilations (consolidations) et non pas des codifications, ont permis de débarrasser le droit anglais de toutes les règles archaïques et désuètes qui le gangrénaient en les ordonnant et en les systématisant grâce au mouvement de réforme sous l'impulsion des réformateurs du parti radical (le parti *whig*) d'inspiration utilitariste, tels que Romilly, Brougham, Mackintosh, J. Mill, J.S Mill, Macaulay, Austin et autres.

¹⁵⁴⁹ Jacques VANDERLINDEN, *Le concept de code dans l'Europe occidentale* précité, p. 223. Voir également M. EL SHAKANKIRI, *op. cit.*, p. 33.

¹⁵⁵⁰ René DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains* précité, p. 240-241.

¹⁵⁵¹ *Ibid.*, p. 241.

¹⁵⁵² *Ibid.*

En réalité, l'influence de Bentham sur ces réformes est toute relative, car l'instrument par lequel il entend remédier à l'inaccessibilité du droit anglais, le *Pannomion*, ne voit jamais le jour. C'est le cas des *Consolidation Acts* (1861) et de l'*Indian Penal Code* (1862).

S'agissant de l'*IPC*, il paraît certain que sa destination est autant externe qu'interne, coloniale que métropolitaine. Assurément, en droit, il est adopté et entre en vigueur dès 1862 pour régir tout le territoire de la colonie des Indes britanniques. Mais, à l'origine, pour ses auteurs, il est de fait une « œuvre de propagande benthamienne » : c'est un message adressé à la classe politique et judiciaire anglaise destiné à l'éclairer sur l'utilité et la faisabilité de la codification en Angleterre¹⁵⁵³. Les systèmes de droits anglais et indiens étant supposés présenter les mêmes défauts, le même remède doit pouvoir s'appliquer aux deux. Mêmes maux, même médecine. Quelles qu'aient été les intentions des législateurs, le champ d'application de l'*IPC* est contenu dans son nom.

Au final, le plus grand projet de Bentham n'est pas réalisé. Ce constat d'échec de la codification en Angleterre semble devoir être interprété comme le résultat de l'incompatibilité du système de *common law* avec le système du droit codifié. C'est ce que Bentham a lui-même anticipé, bien que de son vivant, un nombre considérable des projets de code pénal soient élaborés, qu'ils soient d'initiative publique ou privée¹⁵⁵⁴ –tels les deux projets rédigés par les deux *lawyers* anglais Beaumont et Hammond–. Lui-même ne s'attend pas à un changement radical. Force est de constater que le véritable obstacle à la réforme benthamienne reste l'opposition des *lawyers* anglais.

Ce, est seulement bien longtemps après la disparition de Bentham que le législateur anglais opère un véritable tournant en faveur la codification. Pour remédier à l'incertitude du droit anglais. Le débat sur la codification devient moins passionné et moins clivant de fait de l'impérieuse nécessité de pallier l'incertitude du droit anglais. Deux lois relatives à la vente des

¹⁵⁵³ René DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains* précité, p. 282.

¹⁵⁵⁴ Voir sur les initiatives privées de la codification en Angleterre, G. GUYON, *Les partisans de la codification du droit pénal en Angleterre* précité, pp. 144-175.

biens de 1893 et de 1979 sont des plus symptomatiques. Dans celle-là, « *Act for codifying the Law relating to the Sale of Goods* », pour la première fois dans une loi votée par le parlement anglais, le mot codification est employé ; dans celle-ci, « *Act to consolidate the Law relating to the Sale of Goods* », le mot consolidation est utilisé dans le sens de codification. Cependant il ne s'agit ni de loin ni de près d'une codification de rupture¹⁵⁵⁵.

En vérité, l'importance des réformes entreprises depuis le XIX^{ème} siècle n'a jamais fait perdre au droit anglais son aspect traditionnel¹⁵⁵⁶. Le droit anglais demeure essentiellement un droit jurisprudentiel. D'après Thibault Guilluy, c'est ce qui semble se confirmer aujourd'hui par le *Brexit*¹⁵⁵⁷. En effet, l'intégration du droit communautaire, –exclusivement légiféré–, s'est trouvée confrontée à un double obstacle en Angleterre : la suprématie de la norme législative, c'est-à-dire la loi, et la tradition juridique essentiellement jurisprudentielle. D'une part le Parlement anglais est un « *corps législatif suprême* », souverain, comme le souligne Albert V. Dicey¹⁵⁵⁸. C'est l'un des principes fondamentaux du droit constitutionnel anglais. En conséquence, la loi en droit anglais est placée au sommet de la hiérarchie des normes¹⁵⁵⁹. Ainsi, malgré la conclusion du Traité d'adhésion du Royaume Uni aux Communautés européennes (*Treaty of Accession*) en date du 22 janvier 1972¹⁵⁶⁰, le droit de l'Union n'entraîne en vigueur qu'après sa transposition dans le droit interne par le législateur¹⁵⁶¹. D'autre part, pour les *lawyers* anglais, l'intégration du droit communautaire faisait peser un

¹⁵⁵⁵ D. TALLON, *op. cit.*, p. 39: « Dans les deux cas, c'est une opération à droit constant qui prend le droit tel qu'il est, sans volonté de réforme ».

¹⁵⁵⁶ René DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains* précité, p. 241.

¹⁵⁵⁷ Thibault GUILLUY, « Les juges britanniques face au Brexit : Une revanche posthume du droit de l'Union européenne ? », *Jus Politicum*, n° 18 [<http://juspoliticum.com/article/Les-juges-britanniques-face-au-Brexit-Une-revanche-posthume-du-droit-de-l-Union-europeenne-1188.html>]

¹⁵⁵⁸ A. V. DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1915), 8^{ème} édition. Ré-impression, Indianapolis, Liberty Fund, 1982, p. 25: « *The doctrine of the legislative supremacy of Parliament in the very keystone of the law of the constitution* ».

¹⁵⁵⁹ Thibault GUILLUY, *op. cit.*, p. 314: « La loi dispose, en droit britannique, d'une valeur juridique incontestée – et incontestable devant les juges, puisque cette dernière ne peut être soumise au Judicial review- et prévaut à ce titre sur toutes les autres normes juridiques »

¹⁵⁶⁰ *European Communities Act* (1972), c. 68.

¹⁵⁶¹ Contrairement à la France, l'intervention du législateur anglais est nécessaire pour opérer la transposition du droit de l'UE dans le droit interne conformément au principe de souveraineté du Parlement.

risque certain sur la tradition juridique de *common law*. Il faudrait alors voir dans le *Brexit* le palladium du droit d'Albion.

Bibliographie

I. SOURCES

A. Œuvres de Bentham

BENTHAM (J.), *Papers Relative to Codification and Public Instruction*, Londres, R. Hunter, 1817.

BENTHAM (J.), par E. DUMONT, *Traité de législation civile et pénale, troisième édition*, Paris, 1828, (réédition et traduction Malik Bozzo-Rey, Anne Brunon-Ernst et Emmanuelle de Champs, éd. Dalloz, 2010).

BENTHAM (J.), par E. DUMONT, *De l'organisation judiciaire et de la codification*, Paris, 1828, nouvelle édition par Adamant Media Croperation, éd. Elibron Classics, 2007.

BENTHAM (J.), par E. Dumont, *De l'organisation judiciaire*, réimpression de l'édition Bruxelles de 1830, Scientia Verlag, Aalen, 1969.

BENTHAM (J.), *The works of Jeremy Bentham*, éd. J. Bowring, Edinburgh, (1838-1843), Réédition de Bristol, Thoemmes Press, 1995.

BENTHAM (J.), *Œuvres, Traité des preuves judiciaires*, réimpression de l'édition Bruxelles de 1839, Scientia Verlag, Aalen, 1969.

BENTHAM (J.), *Œuvres, De l'organisation judiciaire et de la codification*, Bruxelles, 1840, (réédité par Scientia Verlag, Aalen 1969).

BENTHAM (J.), *Œuvres, De l'organisation judiciaire et de la codification*, Bruxelles, 1840, (réédité par Scientia Verlag, Aalen 1969).

BENTHAM (J.), *The Works of Jeremy Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, (éd. Bowring), Edinburgh, 1843, (réédité par J. Burns & H. L. A. Hart eds. 1970).

BENTHAM (J.), *Théorie des fictions, Le discours psychologique*, (textes anglais et français, traduction, introduction et notes par Gérard Michaut), Editions de l'Association freudienne internationale, par NB-Dcrh en AdobeGaramond, Paris, 1996.

BENTHAM (J.), *Fragment sur le gouvernement. Manuel de sophismes politiques*, traduction de Jean-Pierre CLERO, EJA, Paris, 1996.

BENTHAM (J.), *Garanties contre l'abus du pouvoir*, édité par Marie-Laure LEROY, éditions Rue d'Ulm/Presses de l'Ecole Normale Supérieure, Paris, 2001.

BENTHAM (J.), *La déontologie politique ou la pensée constitutionnelle de Jeremy Bentham*, édité et commenté par Emmanuelle DE CHAMPS, Librairie DROZ-Genève-Paris, 2008.

BENTHAM (J.), par E. DUMONT, *De l'organisation judiciaire et de la codification*, UCL, traduction du Centre de Bentham, M. BOZZO-REY, A. BRUNON-ERNST, E. DE CHAMPS, J-P CLERO, C. LAVAL, M.L. LEROY, G. TOUSSEAU, Paris, Librairie philosophique J. VRIN, 2011.

BENTHAM (J.), *Introduction aux principes de morale et de législation*, traduction du Centre de Bentham, ouvrage publié par le soutien du Centre de Bentham, Librairie Philosophique J. VRIN, 2011.

BENTHAM (J.), *Introduction aux principes de morale et de législation de 1789*, Traduction du Centre de Bentham, VRIN, Paris, 2011.

BENTHAM (J.), *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Londres, Athlone Press, 1970, réédité par Bentham Committee, UCL, traduction du Centre de Bentham, BOZZO-REY (M.), BRUNON-ERNST (A.), de Champs (E.), CLERO (J-P), LAVAL (C.), LEROY (M-L.), TOUSSEAU (G.), Paris, Librairie Philosophique, J. VRIN, 2011.

B. Sources anglaises

1°. Sources parlementaires

a) Archives des débats parlementaires (Hansard) :

HC Deb, 19 February 1810, vol. 15, pp. 366-374.

HC Deb, 07 February 1828, vol. 18, pp. 127-258

HC Deb, 11 February, 1830, vol. 22, pp. 334-3663.

HC Deb, 18 February, 1830, vol. 22, pp. 650-678.

HC Deb, 8 July 1830, vol. 25, p. 1114.

HC Deb, 16 April 1833, vol. 17, pp. 156-178.

HC Deb, 13 June 1833, vol. 18, pp. 698-785.

HC Deb, 10 July 1833, vol. 19, pp. 479-550.

HC Deb, 22 March 1838, vol. 41, pp. 1134-1166.

HL Deb, 12 May 1848, vol. 98, pp. 877-925.

HC Deb, 03 April 1851, vol. 15, pp. 969-1006.

HC Deb, 22 May 1857, vol. 145, pp. 714-717.

HL Deb, 12 January 1863, vol. 171, pp. 775-795.

HL Deb, 12 June 1877, vol. 234, pp. 1663-1715.

HL Deb, 21 February 1865, vol. 177, p. 1203.

b) Parliament Papers (Travaux préparatoires)

P.P. (1821), A Bill (as amended on the report) for Mitigation the Severity of Punishment in Certain Cases of Forgery and the Crimes Connected Therewith ; And also for the More Effectually Detecting the Forgery of Bank of England Notes and Bills.

P.P. (1833), (Archives imprimées du *Colonial Office*), A Bill for Effecting an Arrangement With the Indian Company, and for Better Government of Her Majesty's Indian Territories.

P.P. (1838), Indian Penal Code prepared by the Indian Law Commissioners, and published by Command of the Governor-General.

P.P. (1843), Royal Commentary on Criminal Law, Seventh Report.

P.P. (1857), Bill intituled Act to consolidate and amend Statute Law of England and Ireland relating to Accessories.

P.P. (1857), Bill intituled Act to consolidate and amend Statute Law of England and Ireland to Malicious Injuries.

2. Articles

ANONYME, Bentham, Brougham and Law reform, *Westminster Review*, 1828, vol. 11, pp. 447-471.

ANONYME, Bentham on Codification, *Edimburgh Review*, 1817, vol. 29, pp. 217-237.

ANONYME, Codification Controversies, *Law Magazine*, 1830, vol. 1.

ANONYME, Criminal Code, *The Jurist*, 1827, vol. 1, pp. 1-22.

ANONYME, Indian Law Commission, *The Asiatic Journal Monthly Register for British and Foreign India, China and Australasia*, 1835, vol. 17, pp. 240-259.

ANONYME, « *Prussian Literature* », *The Literary Gazette and the Journal of the Belles Lettres, Arts Sciences etc.*, 1835, vol. 19.

ANONYME, Reform of the Criminal Law, *Edinburgh Review*, 1837, vol. 12.

ANONYME, Reform of the Criminal Law, *Edinburgh Review*, 1837, vol. 65, pp. 490-497.

ANONYME, A Penal Code for Indian, *Westminster Review*, 1838, vol. 31, pp. 393-404.

ANONYME, A Penal Code Prepared by the Indian Law Commission, *The Westminster Review*, 1838, vol. 29, pp. 406-408.

ANONYME, Law Reform and Codification, *The American Law Register*, 1863, vol. 12.

ANONYME, An Enemy of Codification, *The Law Times*, 1870, vol. 49.

ANONYME, Henry Brougham and some of his Contemporaries, *Temple bar*, 1872, vol. 34.

MACDONOUGH (A. R.), Henry Brougham, *Harper's New Monthly Magazine*, 1871, vol. 44, pp. 86-96.

ROMILLY (S.), Observations on the Criminal law, *Edinburgh Review*, 1812, vol. 19, pp. 389-415.

STEPHEN (J-F.), Codification in India and in England, *The Law Magazine*, 1872, vol. 18, pp. 644-672.

C. Sources anglaises autres

AUSTIN (J.), *Lectures on Jurisprudences*, ed. Campbell, Londres, 1869.

BABINGTON MACAULAY (T.), Minutes 4 June 1835, in Thomas Babington Macaulay, *The Complete Works of Lord Macaulay*, Spootiswood, Londres, 1866.

BEAUMONT (T-B.), An Essay on Criminal Jurisprudence with the Draft of a New Penal Code, in *The Pamphleteer*, 3 vol., 1821-1822.

CAMBELL (R. J. R.), India, Its gouvernement, Misgouvernement and Future, Considered in *An Adress to the Lords and Commons of Great Britain*, Effingham, Londres, 1858.

HAMMOND (A.), *A letter to the Members of the Differents Circuits*, Londres, Mills, 1826.

HAMMOND (A.), On the Reduction to Writing of the Criminal Law of Englend, Londres, Butterworth, 1829.

MILL (J.), *The History of India*, Londres, Baldwin, 1818, vol. 3.

PHILIPPS (C.), *Vocation Thoughts on the Punishment of Death*, Londres, W. & F. G. Cash, 1857.

RUDDIE (J.), *A letter to the Lord Chancellor of Great Britain on the Expediency of the Proposal to Dorm a Civil Code for England*, Londres, Clarke, 1828.

STEPHEN (L.), *The Life of Sir James Fitzjames Stephen*, Londres, G. P. Putnam's sons, 1895.

STEPHEN (J-F.), A Penal Code, *The Fortnightly Review*, 1877.

UNIACKE (C.), *A letter to Horace Twiss, Being An Answer to His Inquiry Into the Means of Consolidating*, Londres, Clarke Publishers, 1826.

D. Sources en français

BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, J. F. Bastien, Paris, 1773.

DIDEROT (D.)

- *Observations sur l'Instruction de l'Impératrice de Russie aux députés pour la confection des lois* (1774), édité par M. Rivière, 1921.

- *Observations sur le Nakaz* dans Œuvres de Diderot par Laurent BERSINI, tome III, Politique, Robert Laffont, Paris, 1995,

- Article Encyclopédie de *l'Encyclopédie* de Diderot, in Œuvres complètes de Denis Diderot, tome II, édité par A. Belin, Paris, 1818, pp. 353-416.

FENET (P-A.), Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Paris, Au dépôt, 15 vol, 1827.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), Gallimard, Paris, 1995, 3 vol.

II. Travaux de référence

A. Travaux en français

1°. Monographies

BOURASSA (F.), *Hegel et Savigny, l'impossible réconciliation*, Thèse, Université Laval, Québec, 2016.

CABRILLAC (R.), *Les codifications*, PUF, Paris, 2002.

CARTUYVELS (Y.), *D'où vient le code pénal ? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIIIe siècle*, Presses de l'Université de Montréal / Presses de l'Université d'Ottawa / De Boeck Université, Montréal-Ottawa-Paris-Bruxelles, 1996.

CHAUVET (C.), *Jérémy Bentham : vie, œuvres et concepts*, Ellipses, Paris, 2010

CHEVALLIER (J-J.), *Histoire de la pensée politique*, éd. Payot, nouvelle édition, Paris, 2006.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2000.

CUNIBERTI (G.), *Grands Systèmes de Droits Contemporains, Introduction au droit comparé*, L.G.D.J, 3^{ème} édition, Issy-les-Moulineaux, 2015.

DAVID (R.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 8^{ème} édition, Paris, 1982.

DAVID (R.) et JAUFFRET-SPINOSI (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, Droit Privé, Dalloz, 11e édition, Paris, 2002.

DAVID (R.) et **BLANC-JOUVAN (G.)**, *Le droit anglais*, *Revue Internationale de droit comparé*, 7^e éd., coll. « Que sais-je ? », Paris, 1998.

DE CHAMPS (E.), *La déontologie politique ou la pensée constitutionnelle de Jeremy Bentham*, Librairie Droz, Genève-Paris, 2008.

DUNAND (J-P.) et **PICHONNAZ (P.)**, *Lexique du droit romain*, Genève-Bruxelles, Schulthess, Bruylant, 2006.

EL SHAKANKIRI (M.A.E.H.), *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, L.G.D.J, Paris, 1970.

ESMEIN (A.), *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, L.G.D.J. - Editions Panthéon-Assas, Paris, 2010

GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, vol. 12, Paris, Sirey, 1913.

GERKENS (J.-F.), *Droit privé comparé*, Bruxelles, Éditions Larcier, coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 2007.

GRIFFIN-COLLARD (E.), *Egalité et justice dans l'utilitarisme, Bentham, J.S. Mill*, Vol. II, H. Sidgwick, Bruxelles, 1974.

GUYON (G.), *Les partisans de la codification en Angleterre (XIX^e s.)*, Thèse Droit, Rennes 1, 2012.

HALEVY (E.), *La jeunesse de Bentham 1776-1789*, in *La formation du radicalisme philosophique*, tome I, 1^{ère} édition, Collection « Les auteurs classiques », 1901 et nouvelle édition, PUF, Collection Philosophie morale, Paris, 1995.

HALEVY (E.), *L'évolution de la doctrine utilitaire de 1789 à 1815 (1901)*, in *La formation du radicalisme philosophique*, tome II, 1^{ère} édition, Collection « Les auteurs classiques » et nouvelle édition, PUF, Collection Philosophie morale, Paris, 1995.

HALEVY (E.), Le radicalisme philosophique, in *La formation du radicalisme philosophique*, tome III, 1ère édition, Collection « Les auteurs classiques » 1904 et nouvelle édition, PUF, Collection Philosophie morale, Paris, 1995.

HALPERIN (J.-L.), CAYLA (O.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, Paris, 2008.

JESTAZ (Ph.), Les sources du droit, Dalloz, Paris, 2005.

LASSERRE-KIESOW (V.), *La technique législative. Etude sur les codes civils français et allemand*, Thèse droit Paris II, 2000 publiée par L.G.D.J., Paris, 2002.

LAURENT (A.) et VALENTIN (V.), *Les penseurs libéraux*, Bibliothèque classique de la liberté, Les Belles Lettres, Paris, 2012.

LECA (A.), *La genèse du Droit*, Université Aix-en-Provence Libr., Aix-en-Provence, 1998.

MACKAAY (E.) et ROUSSEAU (S.), « *L'analyse économique du droit et la compétition des droits* », *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2008.

MAUZI (R.), *L'idée du bonheur au XVIIIe siècle*, éd. Armand Colin, Paris, 1969.

NADAUD (S.), *Codifier le droit civil européen*, Larcier Europe, Bruxelles, 2008.

OST (F.), GERARD (P.), VAN DE KERCHOVE (M.), *L'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Publications des Facultés de Saint-Louis, Bruxelles, 1987.

PERRIN (F.), *L'intérêt général et le libéralisme politique, Entre droits et intérêts particuliers (XVIIIe-XIXe siècles)*, Fondation Varenne, Collection des thèses, n°65, Paris, 2012.

SCHOFIELD (P.), *Jeremy Bentham et la tradition utilitariste de la théorie du droit*, traduction Guillaume Tusseau, Editions Economica, 2001.

TUSSEAU (G.), *Jeremy Bentham, La guerre des mots*, collection Les sens du droit, Dalloz, 2011.

ULLMANN (H-L.), Le système juridique de l'Angleterre, in *Eléments d'Introduction générale à l'étude des sciences juridiques- I. La définition du droit*, Edition Panthéon Assas, Paris, 1917, réimprimé en 1925 par Librairie du Sirey, Paris, réédité par Louis Vogel. Droit comparé, L.G.D.J, 1999.

VANDERLINDEN (J.), *Le concept de code dans l'Europe Occidentale du XIIIe au XIXe siècle*, Essai de définitions, Etude Historique et d'Ethnologie Juridique, Editions de l'Institut de Sociologie, Université Libre de Bruxelles, 1967.

VITROUX (P.), *Histoire des idées en Grande-Bretagne*, Armand Colin, Paris, 196Mon9.

2°. Articles

ANNOUSSAMY (D.), « *La justice en Inde* », www.ihej.org, 30 novembre 2012, pp. 1-36.

ANNOUSAMY (D.), La codification dans l'Inde moderne, *Revue juridique et politique, indépendance et coopération*, Organe de l'Institut international de droit d'expression française, vol. 3, 1986, pp. 48-76.

ANNOUSSAMY (D.), *La justice en Inde*, copyright @ 2012, Institut des Hautes Etudes sur la Justice, publié sur www.ihej.org, le 30 novembre 2012, pp. 1-36.

BACOT (G.), Débats et polémiques autour de l'*Esprit des lois*, « *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques* », elearning.unifr.ch, n° 35, 2004, pp. 3-39.

BARANGER (D.), Bentham Jeremy in P. Raynaud, S. Rials, *Dictionnaire de la philosophie politique*, 3ème éd, PUF, coll. Quadridge, Paris, 2003.

BARANGER (D.), Bentham et la codification in *La codification*, Revue Droits, vol. 27, éd. PUF, 1998, pp. 17-37.

BARRAUD (B.), La légistique in *La recherche juridique* (les branches de la recherche juridique), L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016. <https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-01367740>, pp. 213 et s.

BENSIMON (F.), L'écho de la Révolution française dans la Grande-Bretagne du XIXe siècle (1815-1870), *Annales historiques de la Révolution française* (en ligne), 342, octobre-décembre 2005, mis en ligne le 27 avril 2006, URL : <http://ahrf.revues.org/1942>; DOI : 10.4000/ahrf.1942.

BOZZO-REY (M.), **BRUNO-ERNST (A.)** et **DE CHAMPS (E.)**, « La traduction de l'Introduction to the Principles of Morals and Legislation par le Centre Bentham », *Revue d'études benthamiennes* (en ligne), n°1, 2006. URL : <http://journals.openedition.org/etudes-benthamiennes/169> ; DOI : 10.4000/etudes-benthamiennes.169.

BOZZO-REY (M.), « Le droit comme système de contrôle social », *Revue d'études benthamiennes* (en ligne), n°8, Centre Bentham, Paris, 2011, URL : <http://journals.openedition.org/etudes-benthamiennes/295> ; DOI : 10.4000/etudes-benthamiennes.295.

BOZZO-REY (M.), Bentham-Olivecrona ; une question de langage, in *Etudes Juridiques : Bentham juriste, l'utilitarisme juridique en question*, sous la direction de Malik BOZZO-REY & Guillaume TOUSSEAU, n° 36, Economica, Paris, 2009, pp. 25-43.

BRAIBANT (G.), Utilité et difficultés de la codification in *La codification*, Revue Droits, RFAP, tome I, n°24, 1996, pp. 61-63.

CAPET (A.), Le passage à l'acte : Chadwich, la Loi sur les pauvres de 1834 et « l'utilitarisme appliqué » in *Bentham Juriste*, n°36, éd. Economica, Rouen, 2009, 289-306.

CLERO (J-P.), « Le changement de traitement des sophismes politiques de Bentham à Stuart Mill », *Revue d'études benthamiennes* (en ligne le 01 février 2008, URL : <http://journals.openedition.org/etudes-benthamiennes/181> ; DOI : 10.4000/etudes-benthamiennes.181.

CORNU (G.), « L'élaboration du code de procédure civile », in *Revue d'histoire des facultés de droit*, Paris, 1995, p. 241-255

DE CHAMPS (E.), « Loi et progrès dans le Code Constitutionnel de Jeremy Bentham », *Les Cahiers du C.R.E.A.A.C.T.I.F*, 2000, pp. 14-30.

DE CHAMPS (E.), *La postérité des idées de Jeremy Bentham : la notion d'influence à l'épreuve*, URL : http://www.cromohs.unifi.it/11_2006/dechamps_bentham.html .

DE CHAMPS (E.), *La postérité des idées de Jeremy Bentham : La notion d'influence à l'épreuve*, Cromohs, 11 (2006) : 1-17, URL : http://www.cromohs.unifi.it-11_2006/dechamps_bentham.html.

DE SOUSA E BRITO (J.), *La méthodologie juridique de Bentham in L'Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, éd. des Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1987, pp. 279-300.

DE MONTALIVET (P.), « La "judiciarisation" de la légistique. À propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. », dans R. DRAGO (dir.), *La confection de la loi*, Paris, Presses universitaires de France, 2005, p. 99-103.

DESRAYAUD (A.), *Variations de la Revue Foelix sur le thème : une codification administrative d'après le Svod Zakolov*, in *Revue française d'histoire du droit*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, pp. 486-520.

DESRAYAUD (A.), « *Le sentiment patriotique dans le discours des législateurs de 1801* », *Napoleonica La Revue*, n°9, Paris, 2010, pp. 32-90.

DESRAYAUD (A.), « De la sûreté à la citoyenneté : L'accessibilité du Code civil de 1804 », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Dalloz, Paris, n°4, Octobre/Décembre 2012, pp. 677-695.

DUPRAT (J-P.), « Genèse et développement de la légistique » in *Confection de la loi*, Rapport d'étape, sous la présidence de Rolan Drago, Académie des sciences Morales et politiques, Paris, 2003, pp. 11-50.

DUPRAT (G-P.), Genèse et développement de la légistique in *Rapport d'étape sur « la confection de la loi »*, Académie des sciences morales et politiques, Mars 2003, pp. 544-547.

DUPRAT (J-P.), Genèse et développement de la légistique formelle in *La confection de la loi*, sous la direction de Roland Drago, Cahiers des sciences morales et politiques, PUF, 2005, pp. 9-94.

DUMONT (H.), J. Bentham, premier théoricien de la démocratie libérale ? Réflexions sur le principe de majorité, in *l'Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, éd. Des Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1987, pp. 489-548.

DUNAUD (J-P.), *Le code : une quête d'éternité ? Analyse historique du concept de code*, Leçon inaugurale donnée le 9 janvier 2004 à l'Université de Neuchâtel, Université, de Neuchâtel, 2004. (https://www.unine.ch/files/live/sites/unine/files/Universite/Evenements/documents%20archives/li03-04_dunand.pdf).

FERRAND (J.), « Les foudres du Pénal », *Revue de l'Institut Rhône-alpin de science criminelle*, L'irascible, éd. L'Harmattan, n°2, 2011, p. 7-14.

FERRER-BELTRAN (J.), La preuve est libre, ou presque : une théorie quasi-benthamienne de la preuve, in *Bentham juriste, L'utilitarisme juridique en question*, sous la direction de Malik BOZZO-RAY & Guillaume TUSSEAU, Economica. 2010, pp. 329-347.

FRISON-ROCHE (M-A.), « Loi et Décret : Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *Chronique Doctrine*, n°23, Dalloz, 2000, 361-368.

GAUDEMET (J.), Codes, collections, compilations : les leçons de l'histoire, De Grégorius à Jean Chapuis, *Revue Droits*, tome I, n°24, PUF, 1996, pp. 3-23.

GAZALA (J.), « Jeremy Bentham et le droit international », *Revue générale de droit international public*, n°2, 2005, pp. 8-25.

GERARD (P.), Droit et pouvoir dans la pensée de J. Bentham, in *Travaux et recherche sur l'actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987, pp. 119-162.

GIRARD (P.), Bentham et l'esprit du Common Law, Introduction, in *Revue de l'institut du Rhône-Alpin des sciences criminelles*, Les foudres du pénal, Editions L'irascible, N°2, L'Harmattan, Lyon, 2011, pp. 49-100.

GRAVESON (R-H.), « Les méthodes de réforme du droit », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 19, n°2, avril-juin 1967, pp. 353-361.

GRENON (A.), « Codes et codifications : Dialogue avec la *Common Law* ? », *Le cahier de droit*, vol. 46, n° 1-2, 2005, pp. 53-75.

GRIFFIN-COLLART (E.), Utilité, justice et égalité chez Bentham, La notion de justice, in *Egalité et justice dans l'utilitarisme*, Travaux du Centre de Philosophie du Droit de l'Université Libre de Bruxelles, vol. III, Henri Bush, Bruxelles, 1974.

GUILLUY (T.), « Les juges britanniques face au Brexit : Une revanche posthume du droit de l'Union européenne ? », *Jus Politicum*, n° 18 [<http://juspoliticum.com/article/Les-juges-britanniques-face-au-Brexit-Une-revanche-posthume-du-droit-de-l-Union-europeenne-1188.html>]

HAGBE (D.), La démystification et sa place dans la théorie du droit benthamienne, in *La philosophie de Jeremy Bentham*, <http://www.canalblog.com/cf/fe/tb/ibid=7416801bid=20152208>, en date du 22/05/2012.

HALPERIN (J-L), « Harold J. BERMAN, droit et Révolution. *L'impact des réformes protestantes sur la tradition juridique occidentale*, trad. Fr. Alain Wijffels. Note marginale Pierre Legendre, Paris, Fayard, coll. « Les quarante piliers », 2010, 804.p », *Jus Politicum*, n° 8. <http://juspoliticum.com/article/Harold-J-Berman-Droit-et-Revolution-L-impact-des-Reformes-protestantes-sur-la-tradition-juridique-occidentale-trad-fr-Alain-Wijffels-Note-marginale-Pierre-Legendre-Paris-Fayard-coll-Les-quarante-piliers-2010-804-p-545.html>. <https://www.ucl.ac.uk/bentham-project/publications/collected-works-jeremy-bentham>.

HARDI (H.), Bentham, père du positivisme juridique ?, *Revue d'études benthamiennes* (En ligne), 11/2012, mis en ligne, le 01 octobre 2012, consulté le 14 février 2013. URL: <http://etudes-benthamiennes.revues.org/630>.

HARDY (H.), Bentham père du positivisme juridique ?, Sur les rapports théoriques et historiques entre Jeremy Bentham, le juspositivisme et le jusnaturalisme, in *Revue d'Etudes Benthamiennes* ([http:// etudes-benthamiennes.revues.org/630](http://etudes-benthamiennes.revues.org/630)), Varia, Articles, novembre 2012.

HART (H.L.A.), La démystification du droit, in *l'Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, sous la direction de P. Gérard, F. Ost, M. van de Kerchove, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1987, pp. 89-118.

JAFFRELOT (C.), « *L'invention du vote secret en Angleterre. Idéologie, intérêt et circulation des arguments* », *Politix*, vol. 6, n°22, 1993, pp. 43-68.

LAVAL (C.), « Ce que Foucault a appris de Bentham », *Revue d'études benthamiennes* (en ligne), n°8, 2001, pp. 131-172.

LAVAL (C.), « Jérémy Bentham et le gouvernement des intérêts », La découverte. *Revue du MAUSS*, vol. 1, n°27, 2006, pp. 289-309.

MARI (E.), Du souffle pestilentiel de la fiction dans le droit, à la théorie du droit comme fiction, traduction de l'espagnol par Fr. Renard et F.

Ost, in *L'Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Les Publications des Facultés universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1987, pp. 353-390.

MARSH (N.), *La réforme du droit en Grande-Bretagne : quelques développements récents* in *Revue International de Droit Comparé*, vol. 21, n°3, Paris, Juillet-septembre 1969, pp. 485-497.
http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1969_num_21_3_17452.

MATHIEU (B.), **VERPEAUX (M.)**, « *Chronique de jurisprudence constitutionnelle* », n° 32, L.P.A, vol. 1, n°133, 5 mai 2002, p. 7.

MILLARD (E.), Bentham et la science du droit, in *Bentham juriste. L'utilitarisme juridique en question*, sous la direction de Malik Bozzo-Rey & Guillaume Tusseau, Economica, Paris, 2009, pp.153-160.

MORIN (M.), Portalis c. Bentham? Les objectifs assignés à la codification du droit civil et du droit pénal en France, en Angleterre et au Canada, *Mémoire du concours Perspectives juridiques*, Commission du droit du Canada, WWW. cdc. gc.ca, Canada, 1999, pp. 141-196.

NIORT (J-F.), « Retour sur l'esprit du Code civil français », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 2007, pp. 77-105.

NORMAN (M.), « La réforme du droit en Grande Bretagne : Quelques développements récents », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 21, n°3, juillet-septembre 1969, pp. 919-937.

OST (F.), Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in *L'Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Les Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987, pp. 163-230.

PINCUS (S.), La révolution anglaise de 1688 : Economie politique et transformation radicale, *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, Editions Belin, 2011, n° 58-1, p. 7 à 52, <http://www.cairn.info/revue-d-histoire-moderne-et-contemporaine-2011-1page-7.htm>.

RIALS (S.), « Définir le droit », elearning.unifr.ch, 1990 (consulté le 13/05/2013).

RODRIGUEZ (J.), *Le pauvre et le sociologue*, La construction de la tradition sociologique anglaise 19^{ème}-20^{ème} siècles, Les Presses Universitaires de Septentrion, Nord-Pas de Calais, 2007, pp. 63-78.

SOLIMANO (S.), « L'établissement de l'ordre juridique napoléonien : le rôle de Guy Jean-Baptiste Target », *Forum Historiae Juris*, Universita Cattolica, sede di Piacenza, 5 février 2004, pp. 1-19.

SOUVIGNET (X.), « L'accès au droit, principe du droit, principe de droit », in *L'accès au droit*, Jurisdoctoria, sous le parrainage du professeur Étienne Picard, n°1, 2008, p. 23-48.

STEINER (P.), « La science de l'économie politique et les sciences sociales en France (1750-1830) », *Revue d'histoire des sciences humaines*, n°15, 2006, pp. 15-42.

STROWEL (A.), *Analyse et utilitarisme dans les pensées juridiques de Bentham et de Hart*, in *l'Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles, 1987, pp. 301-352.

TUSSEAU (G.), « Jeremy Bentham et le droit constitutionnel. Une approche de l'utilitarisme juridique », *Revue du droit international comparé*, vol. 54, n°3, Juillet-Septembre 2002, pp. 902-905.

TUSSEAU (G.), « Jeremy Bentham et les droits de l'homme : Un examen », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2002, pp. 407-431.

TUSSEAU (G.), « Positivist Jurisprudents Confronted : Jeremy Bentham and John Austin on the concept of legal power », *Revue d'études benthamiennes* [Online], 2 | 2007, on line since 01 March 2007. URL : <http://journals.openedition.org/etudes-benthamiennes/130> ; DOI : 10.4000/etudes-benthamiennes.130.

TUSSEAU (G.), « Bentham juriste : L'utilitarisme juridique en question », *Revue d'études benthamiennes* [Online], 5 | 2009, Online since

01 July 2009. URL : <http://journals.openedition.org/etudes-benthamiennes/107>.

TUSSEAU (G.), Bentham et le normativisme viennois, Impression de lecture, « *Les annales de droit* », n°36, 2011, pp. 1-5.

TUSSEAU (G.), Sur le panoptisme de Jeremy Bentham, in *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, Picard, n°19, Paris, 2004, pp. 3-38.

TULKENS, Les principes du code pénal de Bentham, in *l'Actualité juridique de Jeremy Bentham* Les Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987, pp. 615-662.

VANDERLINDEN (J.), Code et codification dans la pensée de J. Bentham, in *Revue d'histoire du droit*, vol. 32, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, Bruxelles, 1964, pp. 45-78.

B. Travaux en anglais

1°. Monographies

ALLEN (C.), *Sourcebook on Evidence*, Londres, Cavendish, 1996 ; India, The Indian Evidence Act 1872 as modified up to the 1st July 1963, New Delhi, Manager of Publication, 1963.

FORBES-MITCHELL (W.), *Reminiscences of the Great Mutiny 1857-1859*, Fairford, The Echo Library, 2006

GORDON (W.), *Legal History in the Making*, Londres, Hambledon Press, 1991.

HIBBERT (C.), *The Great Mutiny*, India, 1857, Londres, Penguin, 1980.

LANG (M.), *Codification in the British Empire and America*, Amsterdam, H. J. Paris, 1924.

TREVELYAN (G-O.), *Life and Letters of Lord Macaulay*, Londres, The Echo Library, 2006.

VAN CAENEGEM (R.), *Legal History : European Perspective*, Londres, Hambledon Press, 1991.

WIENER (M-J.), *Reconstructing the Criminal culture*, Culture, Law and Policy, 1830-1914, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

2°. Articles

AMOS (M.), The Code Napoleon and the Modern World, A public Lecture Delivered at University College, London, 1928, *Comparative Legislation and International Law*, 1929, vol. 3, pp. 222-236.

DE CHAMPS (E.), « Cyrian Blamires, French Revolution and the Creation of Benthamism », *Revue d'études benthamiennes* [En ligne], 8 | 2011, mis en ligne le 01 mai 2011, consulté le 06 mai 2012. URL : <http://journals.openedition.org/etudes-benthamiennes/334>.

DYCK (I.), **William COBBETT** in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 348-366.

RUMBLE (W. E.), John Austin in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 1316-1346.

SHAW (A. G. L.), *Bicheno (J.-E.)* in *Oxford Dictionary of Nation Biography*, Oxford, Oxford University Press, version en ligne, 2004.

GUILLOT (A.), « Jennifer Pitts, A Turn to Empire : The Rise of Imperial Liberalism in Britain and France, *Revue d'études benthamiennes*, [En ligne], 3 | 2007, mis en ligne le 01 novembre 2007, consulté le 06 mai 2011. URL : <http://journals.openedition.org/etudes-benthamiennes/162>.

KOLSKY (E.), Codification and the Rule of Colonial Difference: Criminal Procedure in British India, *Law and History Review*, 2005, vol. 23, pp. 631-683.

WROBEL (C.), « Pleasures of Benthamism, K. Blake», *Revue d'études benthamiennes* [En ligne], 11 | 2012, mis en ligne le 01 octobre 2012, consulté le 06 mai 2013. URL : <http://journals.openedition.org/etudes-benthamiennes/628>.

INDEX RERUM

ACCESSIBILITÉ AU DROIT:

05, 07, 15, 18, 23, 25, 27, 32, 45, 68, 124, 169, 175, 177, 218, 259, 269, 315, 321, 324, 347, 363, 379, 383, 384, 385.

ACCESSIBILITÉ DU DROIT:

05, 06, 08, 09, 11, 12, 13, 21, 27, 103, 134, 135, 157, 168, 174, 176, 200, 215, 290, 292, 319, 325, 329, 331, 364, 376, 384, 386.

AVOCAT:

07, 24, 50, 62, 69, 81, 85, 91, 94, 103, 104, 105, 106, 108, 109, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 121, 122, 135, 140, 200, 201, 208, 255, 297, 298.

ARBITRAIRE DES JUGES:

31, 35, 36, 76, 140, 157, 375.

BLOODY CODE:

267, 275, 276, 277, 278, 279, 282.

CLASSIFICATION (du droit en general):

97, 132, 133, 220, 222, 225, 226, 227, 228, 232, 234, 236, 237, 238, 240, 242, 243, 246.

CODE:

02, 06, 08, 10, 11, 19, 21, 25, 41, 54, 66, 67, 90, 143, 144, 145, 148, 150, 160, 161, 162, 172, 173, 177-187, 191-193, 196-198, 202, 203, 215-238, 240, 243, 244, 246-272, 274- 282, 285, 287, 289, 290, 295-310, 316, 317, 318, 319, 328, 329, 331, 332, 340, 341, 342, 343, 345, 348, 349, 352, 353, 358, 359, 360, 363-377, 379, 383, 385, 386.

CODIFICATION:

05, 07, 08, 09, 10, 11, 13, 16, 21, 23, 24, 27, 28, 128, 144, 170, 174, 175, 196, 201, 214-224, 228, 230, 239, 247, 248, 249, 252, 253, 254, 256, 257, 258, 261, 265, 266, 268-271, 273, 274, 275, 280, 281, 283, 284, 285, 286, 292, 294-334, 337, 338, 340, 341, 343, 344, 346, 349, 352, 353, 355-361, 364, 365, 370, 371, 373, 375, 376, 379, 380, 381.

CODIFIER:

217, 218, 230, 247, 271, 301, 303, 309, 311, 320, 328, 329, 338, 342, 352, 353, 358, 360, 371, 383.

CODE CIVIL DE 1804:

05, 21, 25, 162, 254, 259, 260, 274, 331.

CODE PENAL (en general):

232, 234, 235, 238, 246, 247, 257, 278, 299, 309, 332, 352, 358, 359, 360, 364, 366, 367, 368, 369, 372, 374, 376, 377, 386.

CODE SYSTÈME:

220.

COMPLÉTUDE:

96, 100, 253, 258, 316, 317, 319.

COGNOSCIBILITY:

114, 135, 143, 160, 165, 177, 346.

COMMENTAIRE JUSTIFICATIF:

145, 156, 157, 159, 151, 261, 262, 374.

COMMON LAW:

07, 18, 19, 2027, 39, 50, 51, 63, 66, 84, 85, 90, 96, 103, 107, 122, 123, 124, 125, 128-141, 143, 144, 145, 146, 149, 161, 166, 167, 175, 176, 178, 183, 184, 186-192, 199, 201, 202, 203, 207, 215, 264, 267, 270, 271, 272, 281, 285, 292, 301, 303-307, 309, 311-313, 315-317, 320, 321, 323, 326, 327, 328, 331-333, 338, 339, 341-343, 346-350, 352, 357-360, 362, 363, 376, 377, 383-386, 388.

CONSOLIDATION:

271, 281, 285, 292, 299, 305, 309, 311, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 332, 352, 353, 354, 355, 356, 362, 363, 380, 385, 386, 387.

CONSOLIDATION ACT 1861:

327, 352, 353, 355, 364, 380, 386.

CORPS COMPLET DE LÉGISLATION:

12, 143, 162, 175, 211, 223, 227, 230, 231, 232, 233, 256, 262, 263, 289, 296, 298, 302, 372, 373, 378.

DRAFT CODE:

275, 371.

FORGERY MITIGATION BILL (*FMB*):

286, 322.

MODELE NATUREL:

32, 33, 60, 72, 79, 80, 86, 91, 118, 119, 123.

MODELE FRANCAIS:

283, 284, 298, 335, 367, 367.

ORGANISATION JUDICIAIRE:

28, 29, 30, 32, 34, 36, 39, 42, 43, 47, 48, 49, 51, 52, 53, 57, 58, 60, 61, 62, 63, 65, 66, 67, 74, 89, 103, 108, 117, 122, 123, 304, 355, 357, 384, 385.

PANNOMION:

12, 19, 145, 215, 217, 220, 228, 232, 253, 256, 257, 261, 262, 270, 271, 272, 289, 296, 301, 302, 317, 318, 325, 371, 372, 374, 378, 379, 386.

PLURALITE DES JUGES:

31-46.

PRECEDENT:

05, 129, 137, 138, 139, 140, 141, 143, 178, 189, 193, 202, 223, 238, 267, 276, 302, 318, 330, 348, 351. Voir ***RÈGLE DU PÉCÉDENT:*** 128, 137, 138, 139, 140, 141, 189, 348.

PREUVE:

19, 45, 48, 50, 55, 70, 81, 82, 87-101, 107, 112, 113, 115, 123, 202, 266, 347, 348, 356, 357, 370, 384. Voir ***DROIT DE LA PREUVE:*** 89, 91, 92, 94, 96, 101, 112, 356, 357.

PREUVE TESTIMONIALE:

99, 100.

PROCEDURE JUDICIAIRE:

29, 33, 45, 68, 70, 71, 73, 75, 80, 84, 88, 89, 91, 94, 101, 103, 105, 108, 111, 114, 115, 117, 118, 119, 122, 356, 384.

PROCEDURE NATURELLE:

70, 76, 77, 80, 86, 116.

PROCÉDURE TECHNIQUE:

74, 77, 79, 80, 86, 91, 104, 118, 120.

TRIBUNAL DOMESTIQUE:

60, 79, 89, 94, 123.

RADICALISME:

20, 26, 272, 274, 275, 293. Voir également ***PENSÉE RADICALE:*** 11, 21, 22, 30, 47, 54, 63, 86, 91, 109, 109, 117, 128, 133, 166, 173, 174, 177, 178, 187, 192, 219, 226, 253, 267, 269, 271, 273, 274, 286, 288, 293, 313, 323, 330, 337, 346, 356, 364, 380, 385.

RATIONALE:

145, 156, 157, 158, 159, 160, 253, 261, 262, 263, 266, 375.

RÉVOLUTION INDUSTRIELLE:

04, 20, 267, 273, 274, 275, 286, 287, 288, 290, 291, 292, 305, 330, 380.

RULE OF LAW:

129, 133, 134, 141, 143, 165, 183, 202.

RUPTURE:

12, 17, 21, 32, 42, 63, 86, 109, 128, 138, 166, 170, 171, 176, 177, 178, 192, 219, 247, 264, 272, 278, 285, 287, 288, 291, 292, 301, 302, 304, 305, 307, 314, 315, 327, 337, 346, 364, 368, 378, 380, 387.

RUPTURE RADICALE:

21, 86, 109, 166, 192, 337, 346, 380.

SÉCURITÉ JURIDIQUE:

06, 07, 12, 28, 54, 124, 129, 132, 140, 141, 159, 166, 171, 172, 177, 178, 189, 191, 192, 218, 224, 358, 377, 383.

STATUTE LAW:

123, 125, 130, 131, 132, 136, 138, 140, 141, 143, 144, 145, 160, 161, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 175, 178, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 199, 201, 203, 204, 206, 207, 208, 209, 211, 212, 213, 224, 275, 276, 285, 292, 303, 309, 311, 317, 321, 323, 325, 326, 328, 354, 355, 356, 357, 384.

SÛRETÉ:

12, 37, 58, 80, 82, 87, 103, 105, 139, 177, 178, 183, 184, 185, 187, 291, 294.

SYSTEMATISATION DU DROIT:

28, 29, 136, 220, 227, 228, 322, 382.

TORY:

25, 270, 272, 281, 282, 285, 292, 294, 297, 299, 322, 352, 353, 354, 356, 370.

TRADITION ANGLAISE:

66, 193, 289, 292, 312, 314, 337, 346, 347, 349, 375.

UTILITARISME:

06, 20, 23, 159, 198, 330, 370, 374.

UTILITARISTE:

06, 15, 19, 20, 23, 28-34, 36-37, 42-43, 45, 48, 52, 54, 58, 61, 63, 66, 71-73, 75, 78-79, 82-83, 90, 92-93, 95, 98-100, 106-107, 110, 112, 114-115, 119, 123, 129-130, 132, 135-136, 138, 143, 145, 149, 152, 157, 159-160, 170-171, 180, 185, 188, 197, 199-200, 202-203, 208-210, 218, 220, 222-223, 227, 231, 235-236, 239, 242, 250, 252-253, 258, 260, 267, 270-272, 274-275, 283-284, 286-287, 289, 291-293, 295-296, 298-300, 302-303, 305, 307, 309-311, 313, 317, 319, 323-325, 327, 333, 337, 343, 347, 353-354, 356, 363-365, 368, 370-372, 374-375, 377-379, 383. Voir **PRINCIPE DE L'UTILITÉ**: 20-21, 23, 31, 37, 46, 72, 80, 128, 130-131, 137, 155, 158, 161, 183, 189, 200-201, 203, 224, 232, 262-263, 290, 296, 384.

WHIG:

25, 26, 271, 274, 276, 283, 284, 287, 289, 293, 294, 295, 296, 303, 304, 311, 332, 336, 337, 354, 358, 364, 365, 372, 373, 380, 385.

NDEX NOMINUM

AMOS (A.):

301, 352, 353

AUSTIN (J.):

14, 301, 385.

BACON (F.):

116, 166, 186, 187, 191, 196, 218, 302, 303, 304, 305, 307, 320, 324, 328, 329, 350, 358, 370.

BECCARIA:

02, 14, 16, 38, 263, 281.

BEAUMONT (J.T.B.):

299, 355, 386.

BICHENO (J.E.):

296, 306, 310, 311, 312.

BLACKSTONE (W.):

03, 13, 20, 25, 71, 95, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 132, 133, 137, 138, 139, 145, 146, 147, 148, 155, 178, 183, 186, 187, 188, 193, 194, 199, 255, 238, 276, 304, 306, 307, 311, 338, 348, 349, 350, 351, 378, 384.

BOWRING (J.):

02, 04, 09, 10, 15, 41, 104.

BROUGHAM (H-P):

356, 360, 364, 366, 369, 369, 370, 371, 373, 375, 376, 385.

BURKE (E.):

333, 334, 335, 336, 337, 380.

CATHERINE II:

161, 259.

COKE (E.):

187, 188, 304, 350, 370.

COOPER (C. P. C.):

01, 129, 166, 191, 291, 294, 296, 302, 303, 305, 306, 307, 308, 313, 314, 316, 317, 318, 319, 331, 333, 337, 338, 340, 341, 343, 344, 345, 347, 349, 351, 379, 381.

DIDEROT (D.):

06, 56, 162, 221, 259, 260.

DUMONT (E.):

4, 9, 10, 32, 33, 43, 48, 56, 70, 74, 75, 79, 80, 88, 89, 122, 154, 176, 177, 194, 221, 257, 324, 325, 326, 345, 354.

MACAULAY (T-B.):

290, 291, 346, 360, 364, 365, 366, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 385.

MILL (J.S.):

13, 25, 168, 279, 306, 373, 375, 385.

MILL (J.):

127, 365, 373, 385.

MONTESQUIEU:

02, 06, 33, 43, 44, 45, 71, 72, 122, 142, 147, 148, 149, 154, 161, 164, 172, 177.

NAPOLEON Ier:

261, 293, 295, 297, 302, 331, 332, 335, 337, 339, 375.

PEEL (R.):

280, 291, 307, 325, 327, 332, 354, 355, 362.

PORTALIS (J-E. M.):

162, 172, 191, 223, 254, 285, 317, 319, 340, 342, 343, 358, 370.

ROMILLY (S.):

04, 280, 281, 282, 284, 285, 298, 299, 346, 364, 373, 385.

ROUSSEAU (J-J.):

06, 11, 149, 172, 185, 191, 260, 312.

SAVIGNY (K.):

306, 307, 308, 336, 338, 340, 344, 380.

STEPHEN (J.F.):

357, 363, 383.

UNIAKKE (C.):

296, 297, 298, 299.

TABLES DES MATIERES

INTRODUCTION GENERALE	0
PARTIE I : UNE CRITIQUE RADICALE PAR ESPRIT DE SYSTÈME.....	22
CHAPITRE I : LA GLORIEUSE INCERTITUDE DE LA JUSTICE ANGLAISE	25
<i>Section 1. La critique de l'organisation judiciaire anglaise.....</i>	<i>29</i>
§1. La pluralité des juges.....	
A. Une source d'abus	34
1°. Le risque d'arbitraire	34
2°. Le risque de corruption	37
B. La précellence du juge unique	40
§2. La spécialisation des juridictions.....	
A. Une justice éloignée des justiciables.....	48
1°. L'obstacle des règles de compétence	49
2°. L'exclusion de justiciables par le taux de compétence	58
B. Le contre-modèle du tribunal domestique	60
1°. La compétence universelle du tribunal.....	61
2°. La proximité géographique du tribunal	64
<i>Section 2. La critique de la procédure anglaise.....</i>	<i>67</i>
§1. Une procédure inaccessible au plus grand nombre	
A. Le caractère formaliste de la procédure.....	71
1°. Le réquisitoire contre le modèle technique de procédure.....	72
a) Le recours à des formalités complexes	72
b) Le recours au jury en matière civile.....	74
2°. Le modèle naturel de procédure en contrepoin.....	79
B. Des modes de preuve judiciaire à élargir.....	88
1°. L'audition des parties	91
2°. La preuve par tous moyens.....	95
§2. Une procédure pour le bonheur du très petit nombre des <i>lawyers</i>	
A. Au bonheur des juges.....	103
B. Au bonheur des avocats.....	113
Conclusion	
CHAPITRE II : LA GLORIEUSE INCERTITUDE DU DROIT ANGLAIS	124
<i>Section 1. L'incertitude de la loi commune.....</i>	<i>125</i>
§1. L'incertitude d'un droit jurisprudentiel	
§2. La fausse certitude issue du précédent	
<i>Section 2. L'incertitude du statute law.....</i>	<i>141</i>
§1. Le <i>statute law</i> disqualifié pour manque de rationalité.....	
A. Une loi élaborée sans méthode de raisonnement	145

B. Une loi dépourvue de <i>rationale</i>	156
§2. Le <i>statute law</i> disqualifié pour manque d'intelligibilité.....	
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	166
 PARITIE II : LA CODIFICATION ENTRE RUPTURE ET ADAPTATION DU DROIT	
ANGLAIS.....	170
CHAPITRE I : LA REVOLUTION RADICALE DU DROIT ANGLAIS	174
Section 1. <i>L'avènement de la loi</i>	176
§1. La refondation du droit.....	
A. La redéfinition du premier but : la promotion de la sûreté	179
1°. La sûreté, garantie nécessaire de la propriété des individus.....	179
2°. La sûreté, condition première de la maximisation du bonheur public..	182
B. Une substitution de moyen : la promotion du <i>statute law</i>	186
1°. Un grand renoncement : la disqualification des « fausses lois »	187
2°. Un <i>aggiornamento</i> : l'instauration de « vraies lois »	192
a) Une conception positiviste du droit.....	192
b) « L'omnicompétence » du pouvoir législatif	195
§2. Un nouvel art de rédiger les lois	
A. Un droit écrit	200
B. Un droit simple	204
1°. L'exigence de clarté de la loi	205
2°. L'exigence de la brièveté des dispositions de la loi	211
Section 2. <i>L'avènement du droit codifié</i>	215
§1. Le code, fruit de la science du droit	
A. Un code système	220
B. De nouvelles classifications	226
1°. Une nouvelle division des matières.....	227
2°. Une nouvelle logique d'ordonnancement	231
a) Le modèle théorique utilitariste.....	233
b) Un modèle pratique : le code pénal	238
§2. La codification, un nouvel art de légiférer.....	
A. Une procédure législative nouvelle.....	248
B. Un dispositif législatif nouveau.....	253
1°. La complétude	253
2°. Le <i>rationale</i>	261
Conclusion du chapitre.....	
CHAPITRE II. LA RESISTANCE CONSERVATRICE DES <i>LAWYERS</i>	267
Section 1. <i>La tradition : l'amélioration progressive du droit</i>	272
§1. Refonder le droit anglais par une codification : une voie sans issue	
A. Un radicalisme ... modéré.....	275
1°. Une exigence de l'opinion publique : la réforme du <i>Bloody Code</i>	276
2°. L'échec des initiatives de codification du droit criminel de Romilly	280

B.	L'exception anglaise.....	286
1°.	Un avatar du roman national anglais.....	288
2°.	Une doctrine dissidente inconnue du peuple anglais.....	293
§2.	La réaction conservatrice : changer dans la continuité	
A.	Un code fondé sur l'expérience juridique des siècles.....	300
1°.	Un code incompatible avec la tradition juridique de <i>common law</i>	304
a)	Le rejet juridique de la codification-innovation.....	305
b)	Le rejet idéologique de la codification benthamienne : l'exemple de James Ebenerzer Bicheno.....	310
2°.	L'impossible codification-innovation en pratique	313
B.	Une consolidation en adéquation avec la tradition juridique de <i>common law</i>	320
1°.	Une méthode de réforme propre aux <i>statute laws</i>	321
2°.	La consolidation au service de l'accessibilité au droit	324
	Section 2. Les dérobades : ne pas codifier ou codifier « à l'anglaise »	328
§1.	Les faux-fuyants des <i>lawyers</i>	
A.	L'anathème contre les « idées françaises »	331
1°.	Le rejet de la tradition civiliste de la législation	333
2°.	Le triomphe de la doctrine de l'Ecole historique du droit.....	340
B.	La glorieuse certitude des lois anglaises.....	346
§2.	Les faux-semblants des corps de lois sui generis	
A.	Les <i>Consolidation Acts</i> de 1861 : des codifications thématiques	353
B.	<i>Indian Penal Code</i> 1862 : une codification benthamienne	358
1°.	L'accessibilité par le plan	364
2°.	L'accessibilité par la forme	371
	CONCLUSION DE LA PARTIE II.....	378
	CONCLUSION GENERALE	382
	BIBLIOGRAPHIE	389
I.	SOURCES	
A.	Œuvres de Bentham.....	390
B.	Sources anglaises.....	392
1°.	Sources parlementaires.....	392
a)	Archives des débats parlementaires (Hansard) :	392
b)	Parliament Papers (Travaux préparatoires)	393
2.	Articles.....	393
C.	Sources anglaises autres	395
D.	Sources en français	396
II.	Travaux de référence	
A.	Travaux en français	397
1°.	Monographies.....	397
2°.	Articles	400

B. Travaux en anglais	408
1°. Monographies.....	408
2°. Articles	409
INDEX RERUM.....	411
NDEX NOMINUM	416

Aujourd'hui, pour un grand nombre des spécialistes du droit anglais, les réformes adoptées tout au long du XIXème siècle en Angleterre tendent remédier à « *la glorieuse incertitude de la common law* ». Elles convergent de fait vers un but : réduire les entraves à l'accessibilité au droit sur le plan tant matériel que formel. Mais si cette exigence d'accessibilité trouve un écho favorable dès son époque du fait qu'elle exprime le sentiment commun, force est de constater que le réformateur anglais, Jeremy Bentham est celui qui entend la placer au centre de toute la réflexion juridique. Pour lui, c'est une conséquence directe de l'application du principe de l'utilité en matière de législation. C'est ce que tend à démontrer toute sa théorie sur la codification du droit. Mais l'influence de Bentham sur ces réformes reste à relativiser, car le plus grand projet par lequel il envisageait de concrétiser la réforme du droit anglais pour le rendre accessible, -le *Pannomion*- n'a jamais vu le jour. Au final, le constat d'échec de la codification en Angleterre semble devoir être interprété comme le résultat de l'incompatibilité du système de *common law* avec le système du droit codifié.

"Today, for a large number of English law specialists, the reforms adopted throughout the nineteenth century in England tend to remedy "*the glorious uncertainty of the common law*." They converge in fact towards a goal: to reduce the obstacles to the accessibility to the law on the material as well as the formal level. But if this requirement of accessibility finds a favourable echo from its time because it expresses the common feeling, it is clear that the English reformer, Jeremy Bentham is the one who intends to place it at the center of all legal thinking. For him it is a direct consequence of the application of the principle of utility in legislation. This is what his entire theory on the codification of law tends to demonstrate. But the influence of Bentham on these reforms remains to relativize, because the largest project by which he envisaged to concretize the reform of the English law to make it accessible, -the *Pannomion*- never saw the light of the day. The final finding of the failure of codification in England seems to be interpreted as the result of the incompatibility of the *common law* system with the system of codified law".