

Olivier Wright
Dimanche 25 mai 2014
olivierwright@gmail.com

La conception utilitariste du droit et des droits :
ses caractéristiques, ses mérites, ses difficultés

Une discussion dans le champ de la justice criminelle et du droit pénal

L'utilitarisme est une des doctrines éthiques les plus importantes de l'histoire de la philosophie ; elle est l'exemple classique d'un courant plus grand, le conséquentialisme, qui, avec le courant déontologique, sont souvent présentés comme les deux grandes familles de pensée concurrentes couvrant l'ensemble de l'espace du raisonnement moral possible. La présence de l'utilitarisme est particulièrement importante dans les pays anglo-saxons, du fait principalement qu'elle soit apparue en Angleterre à la fin du XVIII^{ème} siècle sous la plume de penseurs anglais, en particulier Jeremy Bentham (1748-1832) et John Stuart Mill (1806-1873).

L'utilitarisme est donc une doctrine qui place la valeur morale d'une action dans les conséquences qui en résulteront, et non pas tant dans une règle de principe fondée sur la raison ou la vertu, comme l'exige l'éthique déontologique. Le propre de l'utilitarisme est d'évaluer les conséquences en termes d'utilité pour les individus ; cette « utilité » peut renvoyer à plusieurs choses (le plaisir, le pouvoir, l'argent, etc.), mais de manière générale, l'utilité dans l'utilitarisme renvoie au bien-être individuel. Ainsi, dans sa version classique « standard » posée par Bentham, l'utilitarisme vise à rechercher le « plus grand bonheur pour le plus grand nombre ». En d'autres termes, chaque action doit répondre positivement à la question suivante : cette action contribue-t-elle à augmenter l'utilité du plus grand nombre ? Partant de là, l'utilitarisme comprend en son sein un grand nombre de courants qu'il serait impossible d'énumérer et de décrire exhaustivement ici, mais deux approches majeures doivent à ce stade d'être distinguées car elles seront déterminantes plus loin : d'une part, l'utilitarisme de l'acte (*act utilitarianism*), qui ne pose la question que pour un acte donné pris isolément en ne considérant les conséquences que pour les personnes affectées directement, et l'utilitarisme de règle (*rule utilitarianism*), qui pose la question pour un acte donné élevé au rang de règle appliquée par tous, et dont les conséquences sont donc potentiellement subies par l'ensemble de la communauté.

L'emprise de l'utilitarisme sur les sociétés anglo-saxonnes a propagé ce courant de pensée à travers l'empire Britannique, et jusqu'à ce jour, l'esprit de l'utilitarisme est fortement présent

dans toutes les sphères de la vie publique : il guide fortement l'élaboration des politiques publiques ; il est une partie intégrante de tous les cursus universitaires liés aux sciences humaines et sociales ; il nourrit en grande partie le « pragmatisme » habituellement reconnu aux anglo-saxon. Avec sa quantification des conséquences et sa conception de l'individu comme étant pleinement rationnel, l'utilitarisme a accompagné le développement des sciences économiques. Ainsi, en s'appliquant à tous les aspects de la vie individuelle et collective, les critères utilitaristes sont présents à des échelles plus ou moins importantes de l'élaboration des politiques publiques à travers le monde.

En tant que doctrine éthique, l'utilitarisme offre une conception du Droit, des droits, et du rapport existant entre les deux. Plutôt que d'explorer ici de manière générale la conception utilitariste du Droit et des droits, je vais rétrécir le champ de vision et porter une attention plus spécifique au rapport que l'utilitarisme entretient avec le droit pénal, c'est-à-dire le droit de l'infraction, de la punition, de la justice criminelle. Ainsi, je pourrais analyser en détail les caractéristiques, les mérites et les difficultés de la conception utilitariste dans un champ particulier du droit, et en discuter les conséquences pour la conception *des* droits. Par ailleurs, afin de mieux mettre en lumière ces différentes particularités de la conception utilitariste, je la confronterai continuellement à l'approche déontologique, avec laquelle elle est souvent diamétralement opposée ; cela permettra de saisir clairement de quelle manière une conception particulière de la morale influe concrètement sur la conception du système juridique.

I – Les caractéristiques de l'éthique utilitariste dans le champ du droit pénal

A l'origine, Bentham et Mill avaient pour principal objectif de réaliser des réformes juridiques et sociales. La motivation principale les ayant poussés à développer « l'utilitarisme classique » n'est autre que leur désir de faire modifier des lois et pratiques sociales qu'ils considéraient comme inutiles ou d'une certaine manière corrompues. Pour cela, ils avaient besoin d'une théorie normative pouvant servir de fondements à leurs critiques et à leurs propositions : qu'est ce qui fait qu'une action ou un politique est moralement bonne ou correcte ? Ainsi, la conception utilitariste du droit s'est beaucoup construite à rebours de ce que Bentham et Mill considéraient comme des maux de leur société ; lorsque Bentham trouvait qu'une loi était mauvaise, il cherchait ainsi à expliquer pourquoi il considérait qu'elle était mauvaise. Et pour lui, ce qui rend une loi mauvaise est son manque d'utilité, c'est-à-dire sa propension à créer du malheur sans aucun gain de bonheur compensatoire. En clair, si une loi *n'apporte* aucun bien, si elle *ne sert* à rien, elle *n'est* pas bien.

Ainsi, la conception utilitariste *du* Droit (au sens du *law*) opère une véritable révolution dans la conception *des* droits (au sens des *rights*). En effet, depuis le droit romain, les droits subjectifs étaient associés à la notion de volonté (« j'ai un droit car j'ai la volonté qu'il en soit ainsi »), tandis qu'avec l'utilitarisme, ils sont liés à la notion d'intérêt (« j'ai un droit car j'y ai un intérêt »). C'est ainsi que Ihering peut affirmer qu'« un droit est un intérêt juridiquement protégé »¹.

Si l'on s'intéresse au cas particulier du droit pénal, c'est-à-dire le droit qui s'occupe de sanctionner les infractions à la loi, Bentham s'est attaché à définir comment la société, par le droit, devait traiter les délinquants, selon les critères utilitaristes. Son principe de départ est simple: toute punition est, en soi, intrinsèquement mauvaise car elle porte préjudice au bonheur humain (à celui qui la subit). En effet, quelle que soit la punition (amande, enfermement, violence physique, exécution), elle constitue un mal pour le bien-être. Dans le cadre de l'utilitarisme, donc, la punition ne peut être justifiée que si elle permet d'éviter un malheur plus important. La conséquence logique de cette considération est la suivante : si les conséquences bénéfiques de la punition ne sont pas plus importantes que le malheur infligé par la punition, alors la punition n'a pas raison d'être. Dès ses premiers écrits sur l'utilitarisme, Bentham affirme que l'objectif du droit pénal est « d'augmenter le bonheur total de la communauté » et « d'exclure autant que possible tout ce qui tend à retirer à ce bonheur : en d'autres termes, à exclure les comportements délictueux »². Pour l'utilitarisme, donc, la finalité d'un système de justice criminelle, et donc du droit pénal, est simplement de préserver et d'augmenter le bien-être de la communauté par la prévention des crimes.

A l'inverse, le courant déontologique (en termes de justice criminelle, on parle d'approche *rétributive*) repose sur l'idée que chaque individu est libre moralement de faire ses choix, donc responsable de ses actes, et que par conséquent il *mérite* sa punition, quelles que soient les conséquences positives ou négatives de cette punition pour lui ou pour les autres. La punition constitue un impératif catégorique s'opposant directement à la conception utilitariste, indiquant que toute situation d'impunité est intrinsèquement immorale. Selon Kant, « la punition juridique ne peut jamais servir seulement de moyen pour promouvoir un quelconque autre bénéfice pour le criminel lui-même ou pour la société, [...car] un homme doit d'abord être reconnu comme étant

¹ R. von Ihering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. O. de Meulenaere, Paris, 1886, p.329

² Jeremy Bentham, *An introduction to the principles of morals and legislation*, Chap. XVIII – 1, e-book at: <http://www.econlib.org/library/Bentham/bnthPML13.html> (traduction de la citation - Olivier Wright).

méritant de sa punition avant qu'une possible utilité à sa punition ne puisse être considérée. »³

On voit ainsi que selon le raisonnement éthique dans lequel on se place, les conséquences pour le droit sont très importantes, menant à des conceptions radicalement opposées. Le tableau suivant montre schématiquement où reposent les différences essentielles, ce qui permet de mettre en exergue les particularismes de la conception utilitariste :

<u>L'utilitarisme (Bentham)...</u>	<u>Le rétributivisme (Kant)...</u>
...repose sur l'idée que ce qui compte, c'est la capacité individuelle de connaître le bonheur...	...repose sur l'idée que ce qui compte, c'est la capacité individuelle d'avoir une autonomie morale...
... et que puisque la finalité est de maximiser l'utilité...	...et que puisque la finalité est de respecter les individus comme des fins en soi...
...les délinquants ne doivent être punis que dans la mesure où cette punition évite/empêche un malheur plus important.	...les délinquants doivent être punis autant qu'ils le méritent, même si aucun avantage n'en est tiré pour personne.
L'Etat n'a aucune obligation morale inhérente de punir.	L'Etat a une obligation morale inhérente de punir.
La punition est un moyen en vue d'une fin, qui est la prévention des crimes.	La punition est une fin en soi : la justice, comme obligation morale.
Les considérations d'utilité politique/sociale <i>précèdent</i> la moralité → c'est <i>parce que</i> tel comportement est positif/négatif en termes d'utilité qu'il est moral/immoral.	La moralité <i>précède</i> les considérations d'utilité sociale/politique → c'est <i>parce que</i> tel comportement est moral/immoral que la Société doit (ré)agir d'une certaine façon.

³ Emmanuel Kant, cité dans Michael Tonry (ed.), *Why punish? How much?*, Oxford University Press (2011), p.32 (traduction de la citation – Olivier Wright)

Vu comme « outil de prévention des crimes » dans la conception utilitariste du droit, le droit pénal doit ainsi remplir les trois missions suivantes : la dissuasion (empêcher au crime de se produire), l'incapacitation (empêcher le crime de continuer) et la réhabilitation (empêcher au crime de se répéter). Ainsi, une punition peut se justifier si la menace qu'elle présente est suffisante pour dissuader un criminel en puissance d'agir, si elle permet d'empêcher physiquement un criminel d'agir (par l'emprisonnement), ou si d'une façon ou d'une autre elle permet de modifier les dispositions des délinquants pour qu'ils ne récidivent pas et puissent devenir des citoyens respectueux des lois. Si la punition n'a aucune utilité relativement à une de ces trois missions, elle ne peut pas être justifiée dans la conception utilitariste du droit.

II – Les mérites de l'éthique utilitariste dans le champ du droit pénal

Il semble, au premier abord, difficile de contredire l'attachement de l'utilitarisme aux conséquences. Après tout, qu'est ce qui pourrait donc bien compter d'autre que ce qui arrive aux êtres conscients ? Un premier mérite de la conception utilitariste est qu'elle est fondamentalement enracinée dans l'expérience des êtres conscientes (et donc, au premier chef, des humains). C'est une conception qui interdit d'absolutiser un quelconque droit. Il n'y a pas de droits sacrés, aucun droit indiscutable. Tout dépend de la manière dont ces droits servent ou non, ou cessent de servir, les intérêts des individus mais surtout l'intérêt de la société (le plus grand nombre). Ainsi une telle conception du droit interdit toute dissociation entre le phénoménal et le normatif ; le droit n'est qu'un reflet de l'expérience.

A ce titre, l'étude de l'approche utilitariste du droit offre une analyse intéressante du rapport entre moralité et légalité, et en l'occurrence, la conception utilitariste semble expliquer assez fidèlement le passage de la moralité à la loi. En effet, nos intuitions morales, qui sont le fruit de notre activité cérébrale, se construisent nécessairement par rapport à notre expérience dans le monde. Ce n'est donc pas une coïncidence si nos intuitions morales les plus fortes concernent des faits de la réalité qui sont essentiels pour le bien être individuel et collectif (tels que le meurtre ou le viol sont mal) et se retrouvent assez universellement dans les systèmes juridiques de la plupart des sociétés (le meurtre ou le viol sont illégaux), tandis que nos répulsions morales plus faibles correspondent à des comportements plus tolérables de ce point de vue (mentir, par exemple) et ne se traduisent pas par une pareille répression du point de vue de l'appareil légal (tel qu'il est illégal de mentir).

La morale utilitariste n'est que le reflet de notre expérience, et par conséquent, si cette expérience évolue, la morale évolue aussi. C'est là le second mérite de la conception utilitariste du droit. Imaginons un instant que l'on procède à une mutation génétique de l'espèce humaine pour que nos membres puissent repousser en quelques heures et sans douleur particulière ; dès lors, l'acte de couper intentionnellement la main ou le bras d'une autre personne ne serait pas rattachée à une forte valeur morale négative, et le droit dès lors devrait en conséquence s'adapter à l'expérience. Dans ce contexte, le type de punition qui existe aujourd'hui pour un tel acte ne serait plus justifié au regard de l'utilitarisme car son coût en utilité serait disproportionné par rapport au malheur causé par l'acte. Le droit utilitariste n'est ni monolithique ni figé ; puisque les effets d'une loi peuvent changer, sa valeur morale peut être amenée à changer aussi. Nancy Rosenblum, professeure d'éthique politique à Harvard, évoque que selon Bentham, une bonne loi ne l'est pas forcément pour toujours, affirmant que « le travail de création législative doit être vu comme un processus qui répond à une diversité de désirs changeants et qui a besoin d'ajustement. »⁴

Ces considérations font de l'utilitarisme un précurseur du positivisme juridique, et explique en partie la critique virulente que Bentham portait pour tout discours sur les droits naturels, et en particulier les droits de l'homme. Bien qu'aujourd'hui, dans les sociétés occidentales, nous rechignons presque instinctivement face à toute critique des droits de l'homme, cela serait ignorer le fond de la critique positiviste, qui en définitive ne dénonce pas l'objectif (celui de permettre aux individus de jouir des bienfaits visés par les droits de l'homme) mais la stratégie et surtout la justification employée pour y parvenir. Lorsque Bentham critique les droits de l'homme, sans doute n'est-il pas en train de dire que les gens doivent être privés des biens vitaux ou de la liberté de parole ; simplement, il s'oppose à l'idée que ces droits de l'homme proviennent de la raison humaine ou d'un quelconque droit naturel applicable à « l'humanité » tout entière. Au contraire, Bentham insiste sur une vision bien plus terre-à-terre, cherchant une justification qui ne provient pas d'une forme de mysticisme philosophique ou de dogmatisme éthique, mais d'un raisonnement social et politique. Pourquoi la société devrait-elle juridiquement protéger tout ce que recouvrent ces droits de l'homme ? Bentham répondrait que c'est parce que ce sont des conditions nécessaires pour pouvoir vivre ensemble, et que l'humanité serait plus heureuse si tout le monde jouissait des avantages protégés par les droits de l'homme que si elle n'en profitait pas. Encore une fois, on voit l'attachement à l'expérience : s'il n'y a personne pour profiter des droits de l'homme, alors les droits de l'homme ne serviraient et pas, et donc n'existeraient pas.

⁴ Rosenblum, Nancy (1978). *Bentham's Theory of the Modern State*, New York: Cambridge University Press, p.9 (traduction de la citation - Olivier Wright)

Par ailleurs, un autre versant du positivisme juridique (surtout Benthamien) est la définition « impérativiste » du droit. Selon Bentham, « une loi peut être définie comme un assemblage de signes déclaratifs d'une volition conçue ou adoptée par le souverain dans un Etat concernant la conduite à observer en un certain cas par une certaine personne ou classe, laquelle dans le cas en question est sujette à son pouvoir. [...] Par souverain je veux dire toute personne ou assemblage de personnes à la volonté de qui une communauté politique entière est supposée être dans la disposition de devoir obéissance, et ceci de préférence à la volonté de toute autre personne. » Le souverain, en l'occurrence, ne se limite pas au monarque ; ça peut être le père, le policier, le parlement, etc. Sans doute l'influence du droit latin en France fait que nous sommes souvent réticents à entendre ou à considérer positivement cette approche impérativiste, mais une fois l'inconfort initial mis de côté, on s'aperçoit en réalité qu'il s'agit d'une conception assez habile. En effet, le droit ne peut être autre chose que ce qui a été déclaré ainsi et est reconnu comme tel par ceux à qui il est sensé s'appliquer. Peut-il y avoir du Droit sans l'un ni l'autre, sans une autorité et sans une reconnaissance ? La difficulté de cette question est justement l'une des sources des nombreuses critiques adressées à la conception utilitariste du droit.

III – Les difficultés de l'éthique utilitariste dans le champ du droit pénal

Une des critiques les plus intéressantes adressées à l'approche utilitariste, et surtout impérativiste, du droit, est qu'il ne peut y avoir de droit sans des principes moraux de base sur lesquels se fondent la conception même du droit (par exemple, des cas similaires doivent être traités de façon similaire). Le positivisme juridique utilitariste souffrirait ainsi d'une lacune au niveau méta-éthique ou méta-normatif, car il n'explique pas pourquoi ces principes de base devraient exister tels qu'ils existent. Pour cela, il faut accepter l'existence de principes moraux qui ne relèvent pas de la volonté d'un souverain, mais d'une forme d'acquis moral, de principe « naturel » qui serait constitutif de la notion même de justice et de Droit.

Cela explique peut-être l'apparition, au sein des positivistes, de deux courants : les « *hard positivists* », pour qui il y a une frontière imperméable entre les normes éthiques et juridiques, et les « *soft positivists* », qui admettent un recoupement entre les deux. Herbert Hart, par exemple, se définit ainsi, acceptant que le droit, même dans une conception positiviste, doit reposer sur certains principes admis qui relèvent de la morale, qui ne sont même pas formulés par le droit positif mais qui sont implicitement respectés. Un débat intéressant à ce propos concerne le « droit nazi ». Hart et Kelsen, lui-même un juif ayant quitté l'Allemagne au moment de la guerre, affirmaient que le droit nazi était, positivement, du droit : il y avait un souverain qui déclarait le

droit, il y avait un peuple qui en reconnaissait l'autorité, des forces de l'ordre qui le faisaient respecter et des tribunaux qui l'appliquaient. Tous deux condamnaient le contenu de ce droit, mais ne pouvaient pas contester sa qualification en tant que Droit. D'autres, à l'inverse, tels que L. L. Fuller, ont affirmé qu'en raison des caractéristiques du droit nazi, du fait par exemple qu'il instituait une inégalité entre des « races », ne pouvait être du droit car il dérogeait à des règles de principes sans lesquelles toute conception du droit ne peut exister.

D'un point de vue moins fondamental, la conception utilitariste du droit pose de sérieux dilemmes moraux. Tout d'abord, l'un des problèmes généraux de l'utilitarisme (qui ne se limite d'ailleurs pas à la question du droit) est qu'au cœur de son évaluation morale se trouve la nécessité de prévoir les conséquences, et de savoir en faire un calcul quasi-mathématique afin de définir quelles conséquences sont plus ou moins bonnes en termes d'utilité. Ainsi, le choix moral résulte de ce calcul. Mais si de manière générale cette théorie semble assez élégante, presque intuitive (c'est un calcul que nous faisons en permanence), en pratique elle est très difficile à mettre en œuvre, et encore plus lorsqu'il s'agit de l'appliquer à un grand nombre de personnes. Pour Bentham, chaque individu était équivalent (chacun comptait pour 1) et chaque plaisir était équivalent. Pour faire face aux critiques, l'utilitarisme s'est raffiné, avec Mill notamment qui a introduit l'idée de préférences (non seulement les expériences n'ont pas la même qualité, mais les individus leur accordent des degrés d'importance différents). Si cela permet d'introduire de la nuance et une meilleure appréciation de l'expérience humaine, cela rend le calcul encore plus difficile. Pour ce qui est du droit, et en particulier du droit pénal, cela pose évidemment un problème de taille : comment décider de la gravité d'un crime et comment le punir ? Quel dosage de dissuasion/incapacitation/réhabilitation faut-il faire ? Qui va décider, et avec quels critères d'évaluation ?

C'est souvent à ce stade que les critiques les plus virulentes de la conception utilitariste du droit se font entendre, car elle présente de sérieux dilemmes moraux. Par exemple, si la dissuasion est l'objectif principal de la sanction, alors ce qui compte c'est la *perception* du public de l'élément dissuasif. Par conséquent, rien ne devrait empêcher, a priori, une conception utilitariste du droit de mettre en place un système pénal qui punit le délinquant de façon bien trop sévère par rapport à ce que la raison ne justifierait, ou même pire, qui punit un innocent dès lors que l'effet dissuasif sur la population est au moins aussi efficace. La même chose peut s'appliquer pour ce qui est de l'incapacitation et de la réhabilitation : si on considère que la prévention des crimes est l'utilité à maximiser, alors les techniques de prédiction de criminalité devraient encourager la société à

enfermer et soigner ceux qui n'ont encore rien fait de mal mais qui ont seulement été diagnostiqués comme des « délinquants potentiels » ou des criminels en puissance. Concrètement, une telle conception ôte le pouvoir de juger des mains des juristes et des juges pour le donner à des experts tels que des psychothérapeutes ou des criminologues⁵, et ouvre la voie à une punition qui est indéterminée et disproportionnée. A l'inverse, la conception rétributiviste, comme nous l'avons vu, repose sur la notion central du *mérite* ; étant donné que les individus ne peuvent être punis que dès lors qu'ils en sont méritants, il en suit qu'ils ne doivent être punis qu'*autant* qu'ils sont coupables. En d'autres termes, le *type* et la *sévérité* de la punition doit correspondre à la *gravité* du délit, ce qui induit une définition des peines prédéterminée et proportionnée.

D'autres exemples sont souvent utilisés pour montrer les dérives que l'approche utilitariste peut avoir pour le droit. Par exemple, un des problèmes classiques est la reconnaissance des droits des minorités. En effet, si un calcul d'utilité montrait que la souffrance de certains était compensée par un plus grand bonheur pour les autres (ou par le bien-être infini d'un « monstre utilitariste », un *utility monster*, qui jouirait de la souffrance de tous les autres en faisant ainsi grimper l'indice de bonheur total de la communauté plus haut qu'il ne pourrait être par une élévation généralisée des conditions de vie), alors le droit se montrerait discriminatoire envers ceux dont la conception du bonheur est minoritaire, et ils ne pourraient pas se fonder sur un quelconque droit subjectif pour contrebalancer l'effet du nombre.

C'est en particulier face à ces impasses morales que l'utilitarisme classique s'est raffiné, et qu'est notamment apparu l'utilitarisme de règle, qui permet de neutraliser un grand nombre des effets néfastes de l'utilitarisme de l'acte que nous venons d'évoquer. En effet, l'utilitarisme de la règle s'apparente à une sorte d'utilitarisme déguisé en déontologie, en entérinant au cœur de sa structure un principe moral (sans doute le principe moral ultime) : la règle d'or. Il faut appliquer le questionnement quand aux conséquences d'un acte à toute la communauté, et s'imaginer soi-même victime des conséquences néfastes d'un acte qui, pris isolément, nous est avantageux. Ainsi, les dilemmes évoqués ci-dessus peuvent être contournés : punir des innocents sous couvert d'une prétendue efficacité en termes de dissuasion ne saurait être justifié car cela soumettrait la population entière à une paranoïa insupportable ; discriminer contre des minorités pour avantager la majorité ne saurait être une politique justifiable car chacun peut appartenir, dans un aspect de sa vie et de ses préférences, à une minorité. Sans aller jusqu'à adopter une moralité de principe absolue (la décision se fait toujours au terme d'un questionnement sur les conséquences), l'utilitarisme de règle permet à la conception utilitariste du droit d'éviter les dangers d'un utilitarisme classique en obtenant les mêmes résultats qu'une approche déontologique (dans

⁵ On ne peut s'empêcher ici de penser à la perspicacité de l'analyse de Michel Foucault sur la punition et sur le biopouvoir.

laquelle un acte est mal et répréhensible de façon inhérente, quelles que soient les conséquences). Ainsi si on considère que le fait d'avoir des droits (tels que ceux reconnus par les droits de l'homme) augment l'utilité générale de la communauté (et pas seulement les titulaires), alors la conception utilitariste du droit verra un intérêt à les protéger.

CONCLUSION

Encore aujourd'hui, la conception utilitariste du droit est source de nombreux débats, et il semblerait, au vu de l'apparente impossibilité à réconcilier l'approche utilitariste et déontologique, qu'une voie hybride soit à privilégier. En ce qui concerne plus spécifiquement le droit pénal, l'opposition souvent présentée entre l'utilitarisme et le rétributivisme comme deux approches concurrentes et incompatibles est sans doute gravement erronée, car les deux sont à leur source fondées sur des faits de la réalité qui méritent une égale considération dans l'élaboration d'une bonne conception du droit. Ces faits sont d'une part la capacité des humains de connaître des expériences positives et négatives et surtout la relative similitude dans l'expérience des individus (c'est-à-dire qu'un même acte va, toutes proportions gardées, avoir des conséquences similaires sur les individus, quels qu'ils soient), et d'autre part la capacité du cerveau humain d'attacher à ces expériences une valeur morale (est-ce bien ou mal ?). Choisir une des deux voies au détriment de l'autre a pour conséquence d'occulter l'un de ces deux faits, et donc d'aboutir à des conceptions critiquables par le camp opposé. Le *soft positivism* apparaît à ce titre comme une tentative de conciliation entre les deux, de position intermédiaire, donnant une primauté à des principes moraux (d'ordre déontologique) qui cadrent une activité normative (au sens moral et législatif) répondant d'avantage à des considérations utilitaristes.

BIBLIOGRAPHIE

- Audard C., *Anthologie historique et critique de l'utilitarisme*, PUF
- Bentham J., *An introduction to the principles of morals and legislation*
- Hart H. L. A., *Essays on Bentham*, Oxford UP, 1982.
- R. von Ihering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. O. de Meulenaere, Paris, 1886
- Michael Tonry (ed.), *Why punish? How much?*, Oxford University Press (2011)
- Rosenblum, Nancy (1978). *Bentham's Theory of the Modern State*, New York: Cambridge University Press