

Philippe RAYNAUD¹

Je suis très heureux de participer à cette table ronde, car l'ouvrage du Pr Bernstein est un bon exemple de ce que devraient être la philosophie du droit et la philosophie politique. C'est un livre de philosophie, qui traite au niveau le plus élevé les questions de fondation, mais c'est aussi, comme toutes les vrais livres de philosophie *politique*, une livre politique qui se confronte à des questions contemporaines et qui ne réduit pas la philosophie pratique à une simple application de normes générales.

Les trois arguments majeurs de *Torture and Dignity* me paraissent être les suivants :

1/ La fondation du droit et de la morale repose dans la dignité humaine plus que dans aucun autre principe moral ou substantiel, mais ce principe a une dimension « incarnée », charnelle et corporelle, que J. M. Bernstein étaye sur une phénoménologie de bon aloi, avec notamment des références intéressantes à Fichte. La dignité humaine et la reconnaissance nous donnent les raisons pour lesquelles le viol et la torture peuvent être vus comme des paradigmes du mal et du crime.

2/ La torture et le viol ne sont donc pas seulement des crimes « relativement » graves par rapport à d'autres, mais sont d'une certaine manière des crimes « absolus », et la compréhension de leur nature conduit à une recherche sur les principes, qui requiert un refus général du conséquentialisme et du scepticisme moral, considérés ici comme potentiellement destructeurs de la moralité commune et du *Rule of Law*.

3/ Ces deux arguments philosophiques sont renforcés par un argument historique, qui considère que le droit et l'Etat modernes reposent sur un concept « substantiel » du droit et du *Rule of Law*, qui s'oppose à la souveraineté, à la définition de l'Etat par le monopole de la violence et à tout ce qui en découle : dans la perspective de J. M. Bernstein, Hobbes est prémoderne, la vraie modernité naît avec Beccaria, dont elle doit prolonger et approfondir les principes². Cet

¹ Philippe Raynaud, Professeur à l'Université Paris II Panthéon Assas

² V. p. 65, à propos des thèses d'Alan Dershowitz : "This idea flatly contravenes the very idea of the rule of law in modern world, returning the law to its premodern status of regulating violence through the state's legitimate monopoly on it".

argument retrouve une des thèses majeures de Habermas : “*auctoritas facit legem*” est un principe prémoderne, dans la véritable modernité, « *veritas facit legem* ».

Je ne peux pas ici discuter ces trois arguments dans toute leur rigueur, et je me contenterai donc de proposer quelques remarques historiques sur quelques moments de son argumentation et sur le « *narrative* » qui la sous-tend.

1/ les préconditions de l'idée moderne du droit, de Montaigne à Hobbes.

2/ Le tournant beccarien.

3/ La question de la torture : formalisme ou conséquentialisme.

Bien entendu, je ne suis pas un pur historien, et peut-être même ne suis-je pas un historien, mais j'ai été formé dans une forme d'histoire philosophique qui restait dominante en France dans ma jeunesse, même si elle est aujourd'hui un peu délaissée mais. Par ailleurs, j'ai aussi mes propres idées sur la morale et sur la politique ; je pense notamment que le droit moderne était originellement fondé sur une certaine forme de scepticisme moral qu'il n'est pas si aisé d'éliminer et je crois aussi que, malheureusement, Benjamin Constant, avait raison sur le conséquentialisme dans sa discussion avec Kant. Je tenterai donc de plaider pour un conséquentialisme à visage humain, qui est aussi un kantisme à visage « humien ».

1/ les préconditions de l'idée moderne du droit, de Montaigne à Hobbes.

Dans son interprétation du droit moderne, J. M. Bernstein date de la deuxième moitié du XVIII^e siècle l'apparition d'une « désapprobation morale unanime » de la torture, qui serait donc un fait nouveau et peut-être encore fragile (p. 25). Ce sentiment nouveau est cependant le fruit d'une longue genèse, qui commence dès le XVI^e siècle, et sans laquelle la sensibilité morale contemporaine me paraît inintelligible. Cette évolution commence avec un auteur comme Montaigne, dans deux chapitres célèbres des *Essais*.

Le premier (Livre II, ch. V, « De la conscience ») insiste sur l'inutilité et, surtout, sur l'incertitude de la torture judiciaire :

C'est une dangereuse invention que celle des gehennes, et semble que ce soit plustost un essay de patience que de verité. Et celuy qui les peut souffrir, cache la verité, et celuy qui ne les peut souffrir. Car pourquoy la douleur me fera elle plustost confesser ce qui en est, qu'elle ne me forcera de dire ce qui n'est pas ? Et au rebours,

si celuy qui n'a pas faict ce dequoy on l'accuse, est assez patient pour supporter ces tourments, pourquoy ne le sera celuy qui l'a faict, un si beau guerdon, que de la vie, luy estant proposé ? Je pense que le fondement de cette invention, vient de la consideration de l'effort de la conscience. Car au coupable il semble qu'elle aide à la torture pour luy faire confesser sa faute, et qu'elle l'affoiblisse : et de l'autre part qu'elle fortifie l'innocent contre la torture. Pour dire vray, c'est un moyen plein d'incertitude et de danger.

Que ne diroit on, que ne feroit on pour fuyr à si griefves douleurs ?

Etiam innocentes cogit mentiri dolo.

D'où il advient, que celuy que le juge a gehenné pour ne le faire mourir innocent, il le face mourir et innocent et gehenné. Mille et mille en ont chargé leur teste de faulces confessions.

Le deuxième, (Livre II, ch. XI, « De la cruauté »), s'inscrit dans une réflexion morale, dans laquelle la condamnation radicale de la *cruauté* une place tout à fait nouvelle dans l'ordre moral, qui découle de la valorisation de la compassion :

Pour revenir à mon propos, je me compassionne fort tendrement des afflictions d'autrui, et pleurerois aisément par compagnie, si pour occasion que ce soit, je sçavois pleurer. Il n'est rien qui tente mes larmes que les larmes : non vrayes seulement, mais comment que ce soit, ou feintes, ou peintes. Les morts je ne les plains guere, et les enverrois plustost ; mais je plains bien fort les mourans. Les Sauvages ne m'offensent pas tant, de rostir et manger les corps des trespassez, que ceux qui les tourmentent et persecutent vivans. Les executions mesme de la justice, pour raisonnables qu'elles soient, je ne les puis voir d'une veüe ferme. Quelqu'un ayant à tesmoigner la clemence de Julius Cæsar : Il estoit, dit-il, doux en ses vengeances : ayant forcé les Pyrates de se rendre à luy, qui l'avoient auparavant pris prisonnier et mis à rançon ; d'autant qu'il les avoit menassez de les faire mettre en croix, il les y condamna ; mais ce fut apres les avoir faict estrangler. Philomon son secretaire, qui l'avoit voulu empoisonner, il ne le punit pas plus aigrement que d'une mort simple. Sans dire qui est cet autheur Latin, qui ose alleguer pour tesmoignage de clemence, de seulement tuer ceux, desquels on a esté offencé, il est aisé à deviner qu'il

est frappé des vilains et horribles exemples de cruauté, que les tyrans Romains mirent en usage.

Quant à moy, en la justice mesme, tout ce qui est au-delà de la mort simple, me semble pure cruauté : Et notamment à nous, qui devrions avoir respect d'en envoyer les ames en bon estat ; ce qui ne se peut, les ayant agitées et desesperées par tourmens insupportables.

L'un et l'autre s'inscrivent dans le contexte des guerres de religion, auquel Montaigne fait d'ailleurs clairement référence, et on doit les rapprocher de la suggestive comparaison qui le conduit, dans l'essai « Des cannibales », à trouver que le cannibalisme des sauvages est moins cruel que les bûchers où les peuples chrétiens brûlent les hérétiques : « C'est mettre ses *conjectures* à bien haut prix que d'en faire cuire un homme tout vif ». Or, ce contexte est aussi celui qui va donner naissance aux premières théories de l'Etat moderne, dont la première fonction sera de rétablir la paix civile en affirmant l'autonomie du « politique » à l'égard de la religion et qui trouvera sa forme la plus accomplie dans la philosophie politique de Hobbes. Il y a évidemment bien des différences entre les positions d'un Montaigne, qui reste à bien des égards aristotélicien et celle de Hobbes, mais on peut considérer qu'il y a aussi une ligne continue dans la politique moderne, dans laquelle un certain scepticisme sur les questions fondamentales de la philosophie morale va de pair avec une refondation de la politique et du droit qui permet de faire de la « sûreté » le but premier des droits que le pouvoir doit protéger. L'Etat hobbesien est construit sur une base utilitaire (la réduction du risque de mort violente, la sûreté) , sa légitimité se fonde sur des anticipations stratégiques et il est implicitement ou potentiellement neutre sur les questions morales et religieuses. Sa philosophie pénale est évidemment incompatible avec la cruauté et il est aisé de construire sur cette base une critique de la torture judiciaire.

2/ Le tournant beccarien.

Comme on le sait, l'ouvrage de Beccaria, *Des délits et des peines* (1764), est supposé avoir fondé la science moderne du droit pénal : les peines doivent être proportionnelles au délit, elles visent la répression plutôt que la punition, et c'est pour cela que Beccaria, qui dénonce la *cruauté* inutile de certaines peines comparées aux crimes commis, juge « barbares » des pratiques comme la torture et la peine de mort. Tout cela s'inscrit par ailleurs dans une conception rationaliste et légicentriste du droit qui donne à la loi le pouvoir suprême en faisant d'elle en quelque sorte le moyen de dépasser « par le haut » le conflit entre la tendance

absolutiste et la tendance libérale du droit moderne : le pouvoir de la loi garantit la puissance de l'Etat contre les intérêts particuliers et permet de réprimer les délits, mais il est aussi la meilleure garantie contre l'arbitraire. J. M. Bernstein présente cette conception comme un approfondissement décisif de la tradition des théories du contrat social, qui se manifeste par l'idée que « la violence d'Etat, telle qu'elle se manifeste par la torture judiciaire et par la peine de mort – implique une régression vers la même tyrannie dont les droits libéraux étaient censés nous protéger » (p. 55). Il considère donc que le rationalisme législatif de Beccaria est le vrai fondement du *Rule of Law*, ce qui le conduit à une position originale, plus proche de celles de Jeremy Waldron que de celles de Ronald Dworkin. Bernstein part certes de positions philosophiques, le refus de la souveraineté, du scepticisme moral et de l'utilitarisme, qui sont proches de celles de Dworkin, mais il s'en sépare néanmoins sur un point décisif. La philosophie de Dworkin donne (contre Hart) des arguments apparemment forts en faveur de la prééminence des principes sur les règles, ce qui est une manière de dire « *veritas non auctoritas facit legem* » mais il en conclut qu'il faut se fier au *judicial review* pour distinguer entre les questions juridiques et les questions politiques en soumettant la production des règles au respect des principes. Or, Bernstein sait que, en pratique, comme le montre le cas de la Cour suprême d'Israël, les Cours peuvent justifier un usage limité de la torture, qui trouve d'ailleurs des justifications théoriques chez des auteurs « libéraux » comme Alan Dershowitz. C'est ce qui le conduit à choisir avec Waldron un authentique modèle beccarien, selon lequel l'universalité de la loi est la seule garantie contre la transgression du *Rule of Law*. Mais les actes législatifs réels sont en fait le produit d'une procédure majoritaire dont l'exemple récent du *Patriot Act* montre bien que nous n'avons aucune garantie qu'elle est nécessairement et inconditionnellement vouée à préserver le *Rule of Law* tel que l'entendent Waldron et Bernstein. C'est pourquoi il me semble que, en dernière analyse, les positions de ce dernier dépendent plus d'une position fondamentale de philosophie morale que de son interprétation du droit naturel moderne.

3/ La question de la torture : formalisme ou conséquentialisme.

Bernstein décrit admirablement l'horreur que la torture provoque en nous alors même qu'elle a été longtemps acceptée, et il donne un récit intéressant de la généalogie philosophique de la sensibilité moderne, mais cette réflexion phénoménologique et historique ne suffit pas à justifier son refus inconditionnel de la torture. Les arguments modernes se sont formés pour critiquer l'absurdité de principe d'un châtement cruel ou d'une manière douteuse d'obtenir des

aveux, alors que les controverses d'aujourd'hui portent sur la possibilité de déroger à ces principes afin de faire face à des situations d'urgence où le but n'est ni de punir ni de faire avouer mais plus modestement d'obtenir des « renseignements ». Pour refuser toute valeur à ces arguments, Bernstein est assez naturellement conduit à s'inscrire dans la grande controverse entre « conséquentialistes » et « déontologistes », dont la structure trouve une illustration classique dans la controverse sur le « droit » de mentir qui opposa Kant et Benjamin Constant à la fin du XVIII^e siècle³. Pour montrer que la représentation était compatible avec l'idée de la liberté politique – qui veut que l'on est libre si on obéit à la loi qu'on s'est donné – Constant invoquait la nécessité de faire appel à des « principes intermédiaires » qui devaient permettre de mitiger les principes fondamentaux et d'autoriser les exceptions. Il opposait cette doctrine à celle de Kant, chez qui la loi morale définie par l'impératif catégorique, qui est à la fois formel et universel, ne peut pas tolérer d'exception ; il donnait comme exemple une situation hypothétique dans laquelle un homme qui cache chez lui un homme recherché par des assassins : celui-ci, disait-il, ne pourrait que mentir à ces derniers s'ils lui demandaient où se cache son ami, et cela montre que le devoir de véracité, qui se fonde sur un principe vrai, n'est pas pour autant absolu. Tout en étant lui-même assez proche de Constant sur le problème politique posé puisqu'il était favorable à la représentation, Kant accepta de relever le défi, en réaffirmant que, s'agissant du devoir de véracité, il ne saurait y avoir d'exceptions ; les exceptions tuent la règle, et l'argument conséquentialiste ne vaut pas car, dans le cas où le choix fait par le sujet aurait des conséquences négatives, on pourrait les lui imputer, alors que celui qui aurait obéi au principe formel de la raison pratique serait irréprochable. Il me semble qu'on trouve une structure assez semblable dans l'argumentation de Bernstein contre les « fantaisies utilitaristes » (*utilitarian fantasies*) par lesquelles certains s'efforcent de défendre ce qu'on pourrait appeler « un droit de torturer en certaines conséquences » (p. 313-324). Comme je suis sensible aux objections de Benjamin Constant contre Kant, je ne suis pas certain d'être convaincu par les arguments *de principe* de Bernstein, mais je le suis très largement dans ses conclusions et je suis très impressionné par la rigueur de sa position philosophique, qui apporte une clarification décisive dans une controverse très importante.

3