TORRIONE Henri, *La redécouverte d'Aristote par M.-D. Philippe a-t-elle aussi de l'intérêt dans le domaine de la philosophie politique et de la philosophie du droit?*(2), in : *Aletheia* n° 43, École St. Jean 2013, p. 143-185.

La redécouverte d'Aristote par M.-D. Philippe a-t-elle aussi de l'intérêt dans le domaine de la philosophie politique et de la philosophie du droit ? (2)*

HENRI TORRIONE

IV. LE PREMIER POINT : LE LIEN ENTRE BIEN ET DROIT, ET LE REJET DU PRIMAT DU NORMATIF

Le premier aspect décisif de la pensée de M.-D. Philippe s'agissant de la philosophie politique et du droit, tient, me semble-t-il, à sa façon d'aborder la question du « fondement de la morale »¹³⁰ et des droits de l'autre, une problématique dont M.-D. Philippe dit : « cela a été un des grands problèmes de ma recherche philosophique »¹³¹. Il adopte en effet en éthique une approche centrée sur le primat du bien. Il s'écarte résolument de toutes les approches exclusivement centrées sur les normes. Il se tient à distance de tous ceux qui prennent la loi pour un absolu¹³². Je vais indiquer ci-dessous tout le bénéfique que l'on peut retirer de ce type d'éloignement, si on le met en œuvre non seulement en éthique, mais aussi en philosophie politique. Cela me conduira à analyser la primauté du bien et la relation de dépendance du droit et de la loi à l'égard du bien dans une situation différente de l'amitié : dans la situation où il y a communauté politique, c'est-à-dire dans la situation où il s'agit de la primat du bien qu'est, suivant le mot d'Aristote déjà cité, « non pas [seulement] ce qui suffit à un homme menant une vie solitaire, mais aussi à ses parents, ses enfants, sa femme, et

* La première partie de cette étude a été publiée dans *Aletheia* 41-42 (déc. 2012). Les notes de bas de page suivent la numérotation de la première partie. Pour certaines références bibliographiques, l'auteur renvoie à des notes de la première partie.

¹³⁰ Philippe (note 1), p. 96.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² C'est Kant qui a placé au centre de la pensée éthique et politique la loi, et non plus le bien comme Aristote. Voir Catherine AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ?*, Paris, Gallimard, 2009, p. 83.

tous ses amis et concitoyens »¹³³. M.-D. Philippe n'a pas analysé le lien entre droit et bien en dehors de la relation d'amitié personnelle, c'est-à-dire autrement qu'à partir d'une dimension bilatérale, de réciprocité – point de départ insuffisant pour l'analyse complète du droit, de ce qui est juste.

Envisager le bien en jeu comme fin de la communauté politique ne va sans doute pas permettre de faire beaucoup de progrès dans l'analyse du bien et de sa relation à l'être (ce qui a surtout intéressé M.-D. Philippe) – sinon peut-être s'agissant du bien qu'est l'épanouissement humain, ce bien qui consiste dans des opérations humaines, et qui relève donc, entitativement, de l'acte au sens d'entéléchie¹³⁴ – mais cela va en revanche permettre de prendre en considération le droit (au sens de ce qui est matériellement juste, « *sachgerecht* ») dans toute son ampleur, sans le limiter à ce qui peut en être atteint quand on part seulement de situations de réciprocité. L'urgence d'une réflexion soulignant sans ambiguïté que le droit (le matériellement juste) ne peut pas être limité ou conditionné d'une quelconque façon par le réciproque, se comprend facilement dès qu'on saisit que la plupart des théories contemporaines de la justice tombent dans ce travers, notamment celle de John Rawls : bien que John Rawls arrive à une conception substantielle de la justice qu'il appelle la justice comme équité, suivant une de ses meilleurs interprètes « la justice comme équité ... rend à chacun son dû *sur la base de la réciprocité* »¹³⁵. Rawls s'inscrit en effet dans la tradition contractualiste de Hobbes et de Rousseau, et cela de façon particulièrement éminente, puisqu'il a réussi à donner une crédibilité considérable à cette tradition auprès d'un public qui n'aurait jamais adhéré au type de contractualisme défendu par Hobbes ou Rousseau.

Mettre en évidence ce risque dans la pensée de M.-D. Philippe – limiter ou conditionner le droit par le réciproque du fait qu'on n'approche le droit qu'à partir de l'éthique de l'amour d'amitié, sur laquelle on fonde l'ensemble du politique – et indiquer que c'est un problème semblable à celui que rencontrent les philosophies contractualistes du droit, ne doit pas faire oublier l'apport fondamental de M.-D. Philippe pour la philosophie

¹³³ *Eth. Nic.*, I,5, 1097b9-11, (note 29), p. 59.

¹³⁴ Philippe (note 14), p. 458 : « La finalité est saisie d'une façon immanente et d'une façon transcendante, comme *entelecheia* et comme *energeia* ». Voir aussi p. 248 sq. Cela recoupe la fameuse distinction scholastique entre « *finis cujus gratia* » et « *finis quo* » (la *finis cujus gratia* est la fin vers laquelle on tend, et on la désigne parfois comme « fin objective » ; la *finis quo* est l'acquisition et la possession de cette fin objective, et on désigne parfois cette acquisition ou possession comme « fin formelle »). Voir pour cette distinction par exemple Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, I-II, q. 2, a. 8.

¹³⁵ Audard (note 132), p. 436. C'est nous qui mettons en italique.

politique : la mise en évidence de l'existence d'un lien entre le juste (le droit) et le bien. Sur ce second point M.-D. Philippe s'oppose à une limitation centrale qui affecte toutes les approches contractualistes : dans ces approches, le droit (la justice, ou le juste) s'impose au niveau de la communauté politique d'une façon telle qu'il exclue le bien. Catherine Audard, interprétant la pensée de J. Rawls, caractérise cet aspect du libéralisme de la façon suivante : « la révolution kantienne va consister à placer la notion de justice et non plus celle de bien commun au cœur de la problématique de la coopération humaine »¹³⁶. Comme on le verra Aristote a placé avant Kant le problème de la justice au cœur de la communauté politique, mais il s'agit selon Aristote d'une justice articulée sur le bien qu'est l'existence et l'épanouissement humain, et pas du tout de cette exclusion réciproque entre droit et bien que les partisans du contractualisme – et de façon plus générale tous les tenants d'une approche exclusivement centrée sur les normes – veulent absolument faire prévaloir. Cette articulation du juste sur le bien au niveau de la communauté politique fait l'objet d'une formulation expresse dans la *Politique*, notamment en III.6, en III. 9 (que l'on a examiné plus haut en regard des notes 57 à 67) et en III.12 (on examinera ce passage plus bas), ainsi que VII.1 et VII.2. On verra que l'articulation sur le bien se fait différemment au niveau de la communauté politique et au niveau des relations interpersonnelles, dans le contexte de l'amitié ; mais une telle articulation est quelque chose d'important dans ces deux domaines.

Éthique de l'amour d'amitié et lien entre bien et droit selon M.-D. Philippe

Comme on sait, face aux deux grands courants, la philosophie de la liberté absolue, d'un côté, et la morale de l'obligation, du devoir et de la loi, de l'autre, M.-D. Philippe va poser une belle question (l'amitié représente la fleur de l'éthique humaine ; n'en est-elle pas aussi le point de départ ?), et se lancer dans une recherche qui le conduira à soutenir que c'est l'expérience de l'amitié qui permet de découvrir « cette justice fondamentale qui est le respect de l'homme »¹³⁷, le respect de « chaque individu dans ses droits les plus fonciers : le droit de vivre, le droit à progresser et à grandir, le droit à être un être qui se développe et qui découvre sa finalité » (p. 116). S'appuyant sans doute sur son expérience et sa réflexion personnelle (il vise « l'amitié tout court quand elle est vraie et personnelle », p. 37), mais aussi sur sa lecture attentive d'Aristote – le philosophe soutient dans *l'Éthique à Nicomaque* (IX.4, 1166a1-9) que dans

¹³⁶ *Ibid.*, p. 83.

¹³⁷ Philippe (note 1), p. 116. Les renvois aux pages de cet ouvrage sont indiqués dans la suite de la présente section entre parenthèses dans le corps du texte.

l'amitié non seulement on fait et veut du bien à son ami en vue de son ami lui-même, mais on veut que son ami existe et vive pour lui-même, comme les mères face à leur enfant – M.-D. Philippe va affirmer : « C'est cette expérience de l'amour d'amitié qui, pour moi, est le fondement de toute la philosophie éthique » (p. 99). Cette expérience, dit-il, « permet de développer, dans le contexte d'aujourd'hui, une éthique profonde qui dépasse la morale du devoir » (p. 100).

En effet, l'amitié implique le respect des amis entre eux : « Plus nous aimons quelqu'un, ... plus nous respectons sa liberté et avons le souci de respecter tout ce qui lui appartient »¹³⁸. Il y a, présente dans l'amitié, « une manière spéciale ... d'être relatif à l'autre, propre à la justice : c'est prendre en compte les droits de l'autre ..., [c'est] le respect de l'autre dans ses droits »¹³⁹. L'amitié permet de découvrir « ce respect que je dois à l'autre » (p. 100) et « d'exercer la justice dans ce qu'elle a de plus fondamental » (p. 116).

Cette justice pourra, « à partir de l'ami, ... s'étendre à tous les hommes »¹⁴⁰. Cette extension se fait de la façon suivante : « parce que dans ce bien qu'est la personne humaine », que j'ai découvert comme bien singulier dans la personne de mon ami (il y a entre nous une attraction réciproque, non pas une séduction si l'amitié est vraie et personnelle – attirer est autre chose que séduire : « c'est le bien qui attire ; et le bien, quand il est *absolu*, finalise »¹⁴¹), « je comprends qu'il y a quelque chose qui peut être le bien de n'importe quel homme » (p. 104). Naît ainsi en moi « ce devoir philanthropique de respecter les droits de l'homme en tous les hommes »¹⁴². M.-D. Philippe souligne que « la philanthropie n'est pas une expérience première » (p. 101) : je dois d'abord connaître à travers ce lien personnel avec une réalité singulière qu'est l'ami, « l'homme en ce qu'il a de plus profond (et donc sa nature même) » (p. 116).

Cette approche conduit M.-D. Philippe à dire « non à l'un et à l'autre », au courant des morales du devoir aussi bien qu'à celui des morales de la liberté. Il décrit « la morale du devoir » comme celle de « ce que l'homme doit faire » (p. 95), de ce qui s'impose, aussi bien selon les stoïciens que chez Kant (chez Kant le devoir repose sur le pouvoir d'universalisation de la raison), mais aussi selon tous les auteurs convaincus que pour l'homme il y a un devoir, une obligation « qui s'appuie sur la dépendance à l'égard

¹³⁸ Philippe (note 14), p. 230.

¹³⁹ Philippe (note 73), p. XIII.4 – XIII.7.

¹⁴⁰ Philippe (note 14), p. 230.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 38.

¹⁴² *Ibid.*, p. 230.

d'une Volonté première » (p. 96). Ce sont des philosophes qui prennent la loi comme absolu, ce sont des philosophes de la loi¹⁴³, des philosophes qui défendent une approche centrée exclusivement sur les normes. Pour mettre les choses en perspective et bien comprendre le point de départ refusé par M.-D. Philippe, j'aimerais citer Monique Canto-Sperber qui présente l'éthique de l'amour d'amitié comme « le seul exemple d'une autre moralité » que la moralité moderne, et qui fait l'éloge de la morale du devoir en la présentant comme la « moralité moderne », « une moralité de devoir et d'obligation, centrée sur ce qui est dû à autrui, indifférente avec les particularités de la situation et avec les liens que nous avons avec d'autres personnes, une moralité assez abstraite et universaliste »¹⁴⁴. Suivant M.-D. Philippe, ces morales ne reposent pas sur des fondements qui « touchent ce qu'il y a de plus profond dans l'homme », on n'atteint pas avec elles « le fondement profond de l'éthique » (p. 100).

M.-D. Philippe refuse aussi ce qu'il appelle « la position classique, traditionnelle... : la morale se fonde sur la nature humaine », « ce que l'on appellera la loi naturelle » (p. 97). Certes, dit-il, il y a bien une nature humaine voulue par la sagesse de Dieu, ayant sa propre finalité spirituelle. « Mais cette nature n'est pas objet immédiat d'expérience. Elle ne peut donc pas être le point de départ d'une philosophie éthique (d'une morale) » (p. 97). Il y a là confusion entre « le regard théologique sur la morale et le regard philosophique. Le premier *implique* une vision de sagesse, et le second doit *s'achever* dans une vision de sagesse » (p. 97). « Si donc on peut, dans un jugement de sagesse, déclarer que la philosophie éthique se fonde bien sur la nature humaine telle que Dieu dans sa sagesse l'a créée » (p. 97), cela ne nous donne pas pour autant un *point de départ*. La situation est sans doute différente pour le croyant, « mais je ne peux pas fonder une morale *humaine* sur une *foi*. Là, de nouveau, on retrouve la scolastique qui tire d'une théologie une philosophie » (p. 98). On saisit sur ce point toute la différence entre M.-D. Philippe et par exemple Th. Deman, suivant qui toute la morale repose sur « une dictée de la nature, et plus spécialement de la raison naturelle » qui, « en prononçant cette dictée, [...] se conforme à la toute première donnée qu'est l'homme et sa constitution spécifique »¹⁴⁵

¹⁴³ *Ibid.*, pp. 330-331.

¹⁴⁴ Monique CANTO-SPERBER, *Éthiques grecques*, PUF Coll. Quadrige Essais, Paris, 2001, p. 6.

¹⁴⁵ Thomas DEMAN, *La Prudence*, Somme théologique, II-II, qq. 47-56, Édition Revue des jeunes, Paris, 1947, Notes explicatives, p. 463-464.

(Th. Deman rajoute : « on voit quel naturalisme, si l'on peut dire, caractérise une morale ainsi construite »¹⁴⁶).

La question au départ de l'éthique est donc pour M.-D. Philippe : « Quelle est l'expérience humaine type qui me permet de fonder une éthique ? C'est là la grande question » (p. 98). L'analyse suivante conduit M.-D. Philippe à l'expérience de l'amitié comme *point de départ* de la réflexion éthique. Pointant du doigt quelque chose qui a été repris par la législation pénale de tous les pays aux analyses d'Aristote au Livre III de l'*Éthique à Nicomaque*, M.-D. Philippe relève que parmi « toutes les expériences de l'homme », « ce que je dois chercher, c'est l'expérience où s'éveille le sens de la responsabilité – car je crois que c'est vraiment la responsabilité qui est l'expérience interne de la morale. Tout ce qui est en dehors de ma responsabilité n'est plus moral. Du reste, il suffit d'écouter aujourd'hui les avocats qui essaient de diminuer la culpabilité de quelqu'un : ils montrent qu'il n'a pas été responsable » (p. 98). Or, selon M.-D. Philippe, « l'expérience type » de la responsabilité, celle dans laquelle la responsabilité est présente « à l'état le plus net et le plus pur », « je l'ai quand quelqu'un m'est lié affectivement » (p. 99). Cette responsabilité aura pour conséquence que notamment au niveau de la façon dont je vais me comporter, des actions que je vais poser (M.-D. Philippe relève à propos de la phase d'*exécution* que « la responsabilité, dans ce qu'elle a de plus ... efficace, naît à ce moment-là », p. 104), je vais « exercer la justice dans ce qu'elle a de plus fondamental » (p. 116).

M.-D. Philippe et A. Sen contre le primat du normatif

M.-D. Philippe contre le primat du normatif

Cette approche est aussi pertinente hors du domaine des relations interpersonnelles réciproques, du fait qu'elle attire clairement l'attention sur l'importance du bien quand il s'agit des droits de l'autre, du respect de l'autre dans ses droits. Cette approche attire l'attention, à travers cette référence au bien personnel qu'est l'ami et au sens de la responsabilité (parce que ce sens de la responsabilité existe à son plus haut niveau dans l'amitié), sur ce que j'appelle l'articulation du droit sur le bien. Elle attire l'attention sur la dépendance du droit à l'égard du bien. Grâce à elle, la réflexion sur le droit et la loi est immédiatement orientée vers une approche

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 437. On a cité *supra* note 20 dans le même sens J. Maritain, qui souligne que la conception de la société et des droits qu'il adopte, « est [...] fondée sur la réalité de la nature humaine et de la personne humaine, et elle procède de ses principes par voie nécessaire » (Les Droits de l'Homme et la Loi Naturelle, 1942, p. 67).

non « normativiste » ; c'est une approche qui implique même ce que j'appelle le rejet du « normativisme »¹⁴⁷. Elle est spontanément attentive à la dimension téléologique ouverte par le bien qu'est la personne de l'autre, et au rôle de la raison pratique.

Dans le contexte de cette responsabilité, c'est en effet la raison qui assure la prise en compte critique du bien en cause, la conscience qu'un bien est réellement en cause, et c'est elle aussi qui examine les moyens de respect et de préservation, compte tenu à la fois de la nature du bien en cause et des éléments de fait présents dans la situation en question. Le grand philosophe du droit Hart a reconnu « le lien spécifiquement rationnel que ce type d'approche établit entre les faits naturels et le contenu des règles juridiques et morales » que l'on va adopter afin de préciser le comportement qui s'impose¹⁴⁸.

Les approches « normativistes » qu'Habermas a caractérisées comme inspirées par « le primat du juste sur le bien »¹⁴⁹ (en réalité, le primat de la règle sur le bien – selon la thèse présentée ici le juste et le droit doivent se comprendre, si l'on veut bien les comprendre, indépendamment de tout biais « normativiste », contrairement à ce que fait Habermas quand il utilise le terme « juste » pour désigner la règle, le normatif¹⁵⁰) ignorent ce travail de la raison pratique en amont des règles. Elles concentrent au contraire l'attention sur l'opération de déduction à partir d'un système de règles qu'on présente comme préexistant par rapport à toute expérience du bien, et qu'on rattache à la nature de l'homme. On trouve le modèle de cette approche chez Grotius et l'École de droit naturel moderne à laquelle il a donné naissance. Elle a aussi contaminé les thomistes (voir la citation de Th. Deman dans la section précédente). Hobbes avec le mécanisme du contrat, Kant avec la capacité d'universalisation de la raison, évitent sans doute le naturalisme de Grotius, mais non pas ce que nous appelons le « normativisme », ce que A. Sen appelle le « transcendantalisme », comme

¹⁴⁷ Nous désignons ici par « normativisme » toute « doctrine qui préconise, dans n'importe quel discipline, une attitude normative à l'égard d'un objet quelconque » (article « normativisme », Michel TROPER, in : D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF Coll. Quadrige, Paris, 2003, p. 1074). Ce dictionnaire précise que le mot est employé « dans ce sens dans la philosophie des sciences ou dans certains travaux de méta-éthique de langue anglaise », mais que cet usage est exceptionnel en français, où le mot désigne le plus souvent « toute théorie du droit, d'inspiration positiviste, qui envisage le droit comme un ensemble de normes » (essentiellement la doctrine de Hans Kelsen).

¹⁴⁸ H.L.A. HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Saint Louis Faculté Universitaire, 1994, p. 232.

¹⁴⁹ Jürgen HABERMAS, *L'avenir de la nature humaine. Vers un eugénisme libéral*, Paris, Gallimard, 2002, p. 65.

¹⁵⁰ En effet, « le droit ne se prend pas de la règle, mais c'est au contraire à partir du droit tel qu'il est, que la règle est produite » (Digeste 50.17.1: « *Non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat* »).

on va le voir. L'approche radicalement non « normativiste » de M.-D. Philippe en éthique, c'est déjà à lui seul un achèvement considérable aujourd'hui où la collusion, ou tout au moins le recouplement, entre les approches stoïcienne, kantienne, celle de l'École de droit naturel moderne, celle du volontarisme de Hobbes et de Rousseau et celle du positivisme moderne vont toutes dans le sens du normativisme le plus absolu, désormais considéré comme une question de simple bon sens. En particulier, l'accord sur ce point entre partisans de la loi naturelle et positivistes est impressionnant. Comme avocat ayant pratiqué le droit dans le cadre d'une spécialisation supposant une connaissance pour ainsi dire complète du domaine en cause, je sais à quel point les préjugés normativistes sont tenaces, et aussi à quel point la réalité du droit, tel qu'il est à l'œuvre dans les cas complexes qui occupent le juriste, a peu de rapport avec les normes. Dans tous les domaines, de la théologie au droit, beaucoup cependant – des positivistes aussi bien que des non positivistes – défendent la primauté des normes comme si c'était leur religion.

*Amartya Sen contre les « théories transcendantales de la justice »
et le primat du normatif*

Pour faire sentir à quel point cette mise à l'écart de tout le « normativisme » ambiant est bienvenue, il faut mentionner aussi le grand coup de balai donné par Sen dans son ouvrage de 2009 (*L'idée de justice*) à l'encontre du « normativisme ». Cela nous permet de nous déplacer du plan éthique à celui de la structure de la communauté politique. Sen soutient que sont possibles sans identification préalable des exigences de la justice parfaite, sans donc ce « jeu unique de principes de justice¹⁵¹ » au centre des préoccupations des théories contractualistes, non seulement « des diagnostics d'injustice » (p. 12), « l'identification d'une injustice réparable » (p. 12), des « jugements de justice » (p. 13), mais aussi « comment déterminer si tel changement social particulier va accroître la justice » (p. 14), « comment réduire l'injustice et faire progresser la justice » (p. 13), de façon générale « l'évaluation des réalisations sociales » (p. 484) et « des comparaisons entre des degrés de justice et d'injustice relatives » (p. 30). Il affirme bien plus : « En ce qui concerne le postulat tenant cet exercice comparatif pour impossible tant que n'ont pas été préalablement identifiées les exigences de la justice parfaite, on peut démontrer qu'il est erroné de façon générale » (p. 14).

¹⁵¹ Sen (note 33), p. 15. Le renvoi aux pages de l'ouvrage est indiqué entre parenthèses dans le texte pour la suite de cette section.

Tout tient dans ce domaine, non pas à l'identification préalable des exigences de la justice parfaite, mais à « une appréciation raisonnée » (p. 22), à « l'impartialité dans le débat public ouvert » (p. 485), au travail de « la raison pratique sur la justice », au « débat argumenté » (p. 14). Dans cette perspective, dit-il, « raisonner et examiner la question impartialement est essentiel » (p. 15).

Selon Sen, « il y a des arguments forts pour abandonner » toutes les approches transcendantales de la justice (p. 485) (c'est ainsi qu'il désigne ce que nous rejetons sous la désignation de « normativisme »). Sen critique en particulier la forme principale qu'a prise cette approche transcendantale de la justice, la tradition contractualiste de la justice. Suivant lui, « la tradition du contrat social ... finit par fonctionner en partie comme un obstacle à la raison pratique sur la justice » (p. 486). Il rejette « l'approche transcendantale de la justice » (p. 142), les « théories transcendantales de la justice » (p. 137). Les sections intitulées « l'approche transcendantale est-elle suffisante ? » (p. 134) et « l'approche transcendantale est-elle nécessaire ? » (p. 137) sont particulièrement claires. Suivant Sen, relèvent de ce courant toutes les théories du contrat social, celles de Hobbes et Rousseau aussi bien que celle de Kant ou de Rawls. A propos de Hobbes, il relève que « ... il est passé de sa puissante définition du malheur humain [la vie de l'homme caractérisée par Hobbes comme « misérable, bestiale et brève »] à l'approche idéaliste du contrat social (dont j'ai tenté d'analyser les limites) » (p. 488). Sen inclut dans sa critique les théories des droits naturels, par exemple celle de Robert Nozick ; à propos de la satisfaction de tous « les droits libertariens », que Nozick met au centre de son approche, il remarque : cette satisfaction des droits, « c'est *son* image du transcendantal » (p. 132).

A. Sen a été attaqué notamment par France M. Kamm, une des principales théoriciennes du féminisme radical, qui a voulu démontrer « *how a theory of perfect justice, and even a more limited theory of justice, might be needed in order to identify particular injustices and to decide whether to remedy those injustices* »¹⁵². Il est intéressant de noter qu'une des premières critiques de Sen vient d'un courant où l'on a en effet besoin d'une prédéfinition de la justice en termes de réciprocité, donc d'une philosophie politique de base qui consacre ce biais.

On ne comprend vraiment la signification de l'attaque de Sen contre le « normativisme » et le « transcendantalisme » que si l'on saisit bien la

¹⁵² France M. KAMM, « Sen on Justice and Rights : A Review Essay », *Philosophy and Public Affairs*, 39. N.1, p. 82-104, p. 84. Elle est l'auteure de *Creation and Abortion : A Study in Moral and Legal Philosophy*, Oxford University Press, NY 2002.

logique à la base même de l'entreprise de John Rawls, le genre de préconception qui l'influence. On a dit plus haut que l'approche de Rawls aboutit à une justice substantielle symbolisée par le principe « à chacun son dû *sur la base de la réciprocité* ». On va voir maintenant d'où vient ce conditionnement du juste par le réciproque. Nous utilisons de nouveau une citation de C. Audard décrivant ainsi la logique de l'approche de Rawls : « en l'absence de critères d'évaluation indépendants, on peut faire appel à une *procédure* dont les résultats sont acceptés comme justes par tous ceux qui sont concernés, après consultation et délibération. Même si l'on ne peut pas parler de justice dans l'absolu, on peut tout de même parler de ce qui est juste pour nous... »¹⁵³. Audard rajoute qu'il faut bien sûr « que la procédure suivie soit elle-même équitable » (p. 343). Elle précise que « l'exemple de justice procédurale qui vient à l'esprit naturellement est celui du *contrat social* » (p. 435). Et elle conclut que « pour Rawls, le contrat va fonctionner comme une *théorie éthique* et non pas politique, qui permet de justifier les limites nécessaires à la liberté et à l'égalité au nom de la *justice*... » (p. 435). On discerne bien le préjugé fondamental dans toute cette approche : c'est la croyance qu'il n'y a pas de jugement possible si des critères formels ne sont pas préalablement donnés. C'est une position de Kant¹⁵⁴, et c'est l'essence même de ce que j'appelle le « normativisme », qui n'est pas nécessairement un positivisme : ce ne l'était pas chez Grotius, cela ne l'est pas non plus chez Rawls, qui s'inscrit complètement dans cette tradition.

Ce qu'Amartya Sen met au premier plan dans son ouvrage de 2009, soit ces « jugements de justice », c'est précisément ce que Jürgen Habermas traitait en 1963 comme simple survivance du passé. Habermas croyait intelligent alors d'expliquer la raison pour laquelle ce qu'il appelle « l'ancienne politique » (la politique selon Aristote) « nous apparaît aujourd'hui à tous étrangère », « désespérément démodée¹⁵⁵ », et s'est, selon lui, totalement éteinte. La *phronesis*, « c'est-à-dire l'intelligence permettant d'évaluer les situations sur laquelle repose toute la tradition classique, de la *prudentia* de Cicéron à la *prudence* de Burke » (p. 74), a acquis, disait-il, en tant qu'« intelligence strictement technique et que sagesse purement utilitaire, un statut plus que douteux » (p. 74). Comment

¹⁵³ Audard (note 132), p. 433. Dans la suite du paragraphe, les renvois aux pages de cet ouvrage sont indiqués dans le corps du texte.

¹⁵⁴ Ainsi pour Kant, la justice distributive aristotélicienne n'est pas du droit « proprement dit (strict) », et un juge ne peut pas se prononcer car ce serait décider « selon des conditions indéterminées ». Voir Emmanuel KANT, *Métaphysique des mœurs*, II Doctrine du droit, trad. par A. Renaut, Paris, Flammarion, 1994, Appendice à l'introduction à la doctrine du droit, I, p. 22.

¹⁵⁵ Jürgen HABERMAS, *Théorie et pratique*, trad. de G. Raulet, Payot, Paris 2006, p. 73.

des appréciations aussi diamétralement opposées sur la philosophie pratique aristotélicienne sont-elles possibles, entre Sen et Habermas ? Il me semble que c'est parce que ceux qui liquident la philosophie pratique classique n'ont pas du tout compris qu'au niveau politique on a affaire à une prudence qui inclut la prise en charge de la dimension de la justice, donc d'un acte d'intelligence qui ne relève pas de la prudence (*infra* notes 320 et 399). On a assimilé par erreur la prudence au niveau politique à la prudence privée, que, de surcroît, on avait au préalable détachée de sa finalité. L'erreur commise par ceux qui pensent que cette philosophie pratique est morte, c'est de ne pas avoir compris qu'au niveau de la communauté politique il s'agit d'une intelligence pratique en charge, précisément, de ces évaluations comparatives, de ces « jugements de justice » dont parle Sen, en charge donc d'« une détermination exacte de ce qui est juste », « c'est-à-dire du droit »¹⁵⁶. Il ne s'agit pas de prudence privée, de cette prudence que M.-D. Philippe analyse comme la prudence qui « regarde le bien [...] de celui qui est prudent », qui est « toute attentive à l'épanouissement de son bien propre », qui « modère et organise tout en vue de cet épanouissement personnel »¹⁵⁷. Dans l'*Éthique à Nicomaque*, livre VI chapitre 8, Aristote étudie les rapports entre prudence et politique, et il précise que parmi toutes les formes de prudence, « celle qui est architectonique, est la prudence législative » (elle préside à la conception et la mise en place de la constitution et des lois du pays, et doit être distinguée de la prudence en jeu dans les activités de l'exécutif, aussi appelée prudence politique). Le jugement sur ce qui est juste est autre chose, comme on le verra.

L'intérêt du rejet du normatif pour la philosophie politique

On va voir tout l'intérêt, en philosophie politique, de ce refus du « normativisme » dont fait preuve M.-D. Philippe dans sa recherche du « fondement profond de l'éthique », et dont Sen présente une autre face (la face des évaluations raisonnées sur la justice au niveau politique, social et économique). Le terrain étant ainsi déblayé, on va pouvoir comprendre ce

¹⁵⁶ Suivant Thomas d'Aquin (*Somme théologique*, Tome 3, Editions du Cerf, Paris 1999, p. 399, II-II, question 60, article 1) « le jugement [...] comporte une détermination exacte de ce qui est juste » (« *judicium [...] importat rectam determinationem ejus quod est justum* »), « c'est-à-dire du droit » dit l'auteur dans un autre passage (« *sive juris* »), et c'est même pour signifier cela que le mot a été d'abord utilisé : « le mot *judgement* [...], dans sa première acception, signifie une détermination exacte des choses justes » (« *nomen judicii [...] secundum primam impositionem significat rectam determinationem justorum* »). Selon *Eth. Nic.* X.10, 1180a21-22, la loi est un logos « dans la dépendance d'une certaine prudence et de l'intelligence » du législateur (« *λόγος ὢν ἀπό τινος φρονήσεως καὶ νοῦ* »). Sur cette question, voir note 320 et le texte entre les appels de notes 400 et 401.

¹⁵⁷ Marie-Dominique PHILIPPE, *L'activité artistique. Philosophie du faire*, tome 2, Paris, Beauchesne, 1970, p. 31.

qu'est vraiment une philosophie politique qui réfléchit et analyse en partant de l'expérience, en particulier ce qui s'impose en elle comme ultime si ce n'est pas la norme et le transcendantal (voir plus loin la section intitulée « En direction d'une philosophie politique : en quoi consiste l'expérience dans ce domaine ? », surtout la sous-section « Analogie avec l'approche d'Aristote »). Michel Crubellier et Pierre Pellegrin attestent dans un ouvrage sur Aristote que la philosophie politique de ce philosophe a effectivement ce caractère de partir de l'expérience, en soulignant que c'est « la seule approche théorique, et non pas seulement descriptive, du phénomène socio-historique sans doute le plus caractéristique de la société grecque antique, la cité (*polis*) »¹⁵⁸. Pierre Pellegrin est encore plus clair dans un autre ouvrage : « ... les *Politiques* d'Aristote sont [...] une tentative d'analyse *objective* de la réalité sociale », « un ouvrage de sociologie ou d'anthropologie sociale, au sens moderne de ces termes »¹⁵⁹. S'agissant de la citation de Crubellier et Pellegrin, il faut préciser, pour éviter toute confusion avec ces « théories transcendantales de la justice » critiquées par Sen, que par l'expression « approche théorique », les auteurs se réfèrent à une approche qui procède à une analyse des données de l'expérience, une expérience qui est d'ailleurs enrichie par ce travail de collection de 158 constitutions, comme on l'a vu (voir plus haut le texte en relation avec la note 15). En outre, il faut préciser que je cite Pellegrin et Crubellier sans reprendre à mon compte l'aspect purement historique dans lequel on peut vouloir enfermer les recherches d'Aristote dans ce domaine. En effet, à l'occasion de son analyse de l'expérience des communautés politiques existant à son époque dans le monde grec, Aristote, à mon avis, a fait une étude assez complète de l'exercice humain de ce que Sen appelle « la raison pratique sur la justice » et « l'impartialité dans le débat public ouvert »¹⁶⁰. C'est une étude qui montre qu'il n'y a pas de cadre plus décisif ni plus ultime pour l'être humain que la communauté politique elle-même, dans ce travail de la raison pratique sur la justice mise en œuvre dans la constitution de cette même communauté par les gens eux-mêmes qui la constituent ou la maintiennent en existence année après année, en vue du bien humain. Comme je le montrerai plus bas, cette analyse est encore aujourd'hui d'une grande actualité.

L'intérêt qu'ont aujourd'hui encore ces recherches d'Aristote apparaît encore plus clairement si on les met en parallèle avec ce qu'Habermas

¹⁵⁸ Michel CRUBELLIER et Pierre PELLEGRIN, *Aristote. Le Philosophe et les savoirs*, Paris, Edition du Seuil, 2002, p. 189.

¹⁵⁹ Le Livre I des *Politiques* d'Aristote, avec traductions, notes et commentaires de Pierre Pellegrin, dans la collection « les intégrales de philo », 1983, p. 17 : « ... les *Politiques* d'Aristote sont aussi une tentative d'analyse *objective* de la réalité sociale. Et l'on peut même dire que, s'il peut parfois être dangereux de considérer les travaux zoologiques d'Aristote, par exemple, comme ceux d'un « précurseur » de la biologie moderne [...] il n'en va pas de même pour les *Politiques* qui prennent souvent l'aspect d'un ouvrage de sociologie ou d'anthropologie sociale, au sens moderne de ces termes. Cela est d'ailleurs peut-être dû au caractère scientifiquement mal assuré de nos « sciences sociales ».

¹⁶⁰ Sen (note 33), p. 486 et p. 485.

décrit comme la tentative moderne de « transformation de la politique en science selon le modèle d'une science empirique moderne »¹⁶¹, « la fondation par Hobbes de la philosophie sociale comme science » (p. 92), cette idée d'étudier « la mécanique des relations sociales comme Galilée étudie celle des mouvements naturels » (p. 100) et de mettre au point « des techniques de la domination sociale » (p. 99). Compte tenu de cette approche, Hobbes, suivant Habermas, « abolit la nécessité d'une intelligence pratique réglant l'action des hommes », « à sa place install[ant] la production, selon des calculs correctement effectués, de règles, de rapports et d'arrangements » (p. 75). Habermas explique parfaitement l'intention de Hobbes et de nombreux autres auteurs modernes à sa suite. C'est bien, mais à mon avis il aurait dû souligner le caractère purement rhétorique de la prétention de transformer la politique en science selon le modèle d'une science empirique moderne, et, en définitive, l'idéalisme un peu bête dont Hobbes fait preuve quand il déclare disposer d'une technique pouvant mettre la république à l'abri « du danger de périr de maladies internes »¹⁶². Il ne faut pas oublier que selon A. Sen, à qui l'on est bien forcé de donner raison, Hobbes passe d'une puissante définition du malheur humain à son époque (la vie humaine est « misérable, bestiale et brève », Sen relevant que c'est encore vrai aujourd'hui dans de nombreuses parties du monde), « à l'approche idéaliste du contrat social », à ce que Sen désigne comme de « l'institutionnalisme transcendantal », face auquel Sen dit très justement : « la question de la réalité se pose »¹⁶³.

Ce mélange de réalisme sur le malheur humain, et de naïveté ou d'idéalisme n'est pas nouveau. Ce n'est pas le moindre des paradoxes que ce que A. Sen appelle le transcendantalisme, et ce que j'appelle le « normativisme », a envahi la philosophie politique au moment même où, avec Jean Bodin (1520-1596), quelques dizaines d'années avant Hobbes, elle pense être la première philosophie politique de l'histoire humaine à faire preuve de réalisme. Elle considère en effet que faire preuve de réalisme c'est considérer que la souveraineté, conçue comme plénitude de puissance (*plenitudo potestatis*), « est bien l'essence de la république », « la forme qui donne l'être à l'État »¹⁶⁴. En caractérisant l'État par la souveraineté, Bodin, en effet, non seulement écarte la position aristotélicienne suivant laquelle la forme qui donne l'être à la cité, c'est ultimement sa « constitution » droite ou déviée, c'est-à-dire l'exercice de

¹⁶¹ Habermas (note 155), p. 73 (les pages de cet ouvrage citées dans le reste du paragraphe sont indiquées directement dans le corps du texte).

¹⁶² Thomas HOBBS, *Le Léviathan*, trad. par François Tricaud, Paris, Dalloz, 1999, p. 343.

¹⁶³ Sen (note 33), p. 488, p. 485 et p. 481.

¹⁶⁴ Simone GOYARD-FABRE, « La notion de souveraineté de Bodin à Hobbes », in : Yves-Charles Zarka (dir.), *Hobbes et son vocabulaire*, Paris, Vrin, 1992, p. 207.

la raison pratique (et donc le droit) de plus ou moins bonne qualité qui la constitue comme « communauté politique »¹⁶⁵, mais il accompagne ce rejet d'une forte dose de « normativisme » et de « transcendantalisme » comme on le fait encore aujourd'hui, nous autres « modernes » : dans son ouvrage *Les Six livres de la République* il admet en effet la distinction entre « gouvernement selon les lois de nature » (livre I, ch.1) et gouvernement qui, « méprisant les lois de nature, abuse des personnes libres comme d'esclaves et des biens des sujets comme des siens » (livre II, chap. 2), mais ces différences proviennent pour lui de « la variété des gouverneurs bon ou mauvais », c'est-à-dire du respect ou non par eux de la loi morale (livre II, chap. 1), « les lois humaines ne pouv[ant] déroger à la loi de Dieu et de nature » (livre III, ch. 7). Aussi parle-t-il de « droit gouvernement », et non pas comme Aristote de constitutions droites. Mettant le pouvoir souverain au-dessus de tout le droit, y compris le droit que représente la constitution, refusant l'approche d'Aristote pour qui, comme on l'a vu (voir texte en regard des notes 20, 21 et 22 ci-dessus), être au service du bien de l'homme, de son épanouissement, cela dépend, pour les divers pouvoirs de la cité, avant tout du fait qu'une constitution droite gouverne la cité, qu'un ordre constitutionnel adéquat y règne (c'est l'exigence du *ἀρχεῖν δὲ τὸν νόμον*¹⁶⁶, le fameux « rule of law », le « règne de la loi », la « souveraineté de la loi » ou le « gouvernement de la loi »¹⁶⁷, ce que désigne comme « la raison pratique sur la justice » et « l'impartialité dans le débat public ouvert », comme on l'a dit), et il remplace tout cela par un appel à la loi naturelle et aux lois de Dieu.

Une telle approche nous précipite en plein « transcendantalisme », en plein « normativisme », en plein idéalisme. On n'en est pas encore sorti aujourd'hui. La théorie des constitutions droites d'Aristote ne relève pas du tout d'un « transcendantalisme » ou « normativisme », mais de l'attention au travail de la raison pratique dans la mise au point de l'ordre constitutionnel concret des communautés politiques qu'il observe, aux procédures et mécanismes constitutionnels (qui inclurons plus tard la séparation des pouvoirs, le bicaméralisme, etc.) dont l'adéquation est déterminée en fonction de comparaisons réalistes entre différentes options (voir ci-dessus le texte en regard des notes 29 à 34 s'agissant de l'articulation de cet ordre sur ce qui est matériellement juste, et voir les citations de Sen dans les paragraphes précédents).

Face à des philosophies aussi différentes que celles d'Aristote et de Bodin, il est surprenant qu'une auteure comme Goyard-Fabre – elle est loin d'être la seule en France, parmi les philosophes du droit et de la politique – puisse dire que « Bodin retrouve ainsi la longue tradition qui, entée sur

¹⁶⁵ « Toutes les constitutions politiques sont une forme de justice », *Éthique à Eudème*, VII.9, 1241b14, trad. Pierre Maréchaux, 1994, p. 166.

¹⁶⁶ Par exemple en *Pol.* IV.3, 1292a2.

¹⁶⁷ Voir notes 20, 21 et 22 ci-dessus.

l'aristotélisme et le stoïcisme, a traversé le Moyen Age »¹⁶⁸. Ce qui suscite cette remarque chez Goyard-Fabre, c'est la phrase suivante de Bodin (livre I, ch. 8) : « Si la justice est la fin de la loi, et la loi œuvre du prince, le prince est image de Dieu ; il faut, par même suite de raison, que la loi du prince soit faite au modèle de la loi de Dieu ». Comme si la tradition de pensée politique représentée notamment par Aristote et Cicéron avait un élément commun quelconque avec une approche centrée sur la double subordination de l'homme (l'homme sous le prince, et le prince sous Dieu) et sur l'ignorance du rôle central de la raison pratique exercée par tous dans le cadre ultime qu'est en fait la communauté politique ! Il est facile après une telle réécriture de l'histoire de la philosophie de voir dans Hobbes le Copernic de la philosophie politique (p. 215), et de le présenter comme une figure sacrée de la « modernité ». Selon Goyard-Fabre en effet, tout en reprenant la conception de la souveraineté comme « âme de la République » défendue par Bodin, Hobbes aurait refusé « de chercher en elle la moindre trace d'un droit divin » (p. 212), mais l'aurait au contraire conçue comme « édifiée par la raison des hommes » (p. 212), une « raison » qui consiste à concevoir l'État comme « la somme [...] de tous les droits dont les individus se sont désistés » (p. 212), « le total de tous ces droits individuels accumulés fai[sant] la puissance de l'État, que symbolise le Léviathan » (p. 212). La modernité avait jusqu'alors « hésité », dit-elle (p. 215). Ce n'est plus le cas avec le « modèle d'intelligibilité qu'inaugurait le philosophe de Malmesbury » (p. 215). « Dorénavant c'est par référence au paradigme de la raison humaine, et non par référence à la transcendance et à l'omnipotence de Dieu que se définit l'État » (p. 215). Comment ne voit-on pas que tout cela n'est que le remplacement d'un « transcendantalisme » par un autre, que « l'approche idéaliste du contrat social » (A. Sen, p. 488), que la justification du pouvoir souverain par un « paradigme » ? Comment ne voit-on pas que c'est le transcendantalisme qui doit être rejeté ? Un « modèle », fût-il celui qu'elle appelle « le paradigme de la raison humaine », fût-il le modèle du « calcul contractualiste » (p. 212), ne garantit en rien une approche raisonnable. Toute cette rationalité qu'on proclame, ce n'est rien d'autre, en somme, qu'une image mythique à laquelle on se réfère mentalement chaque fois qu'on parle de raison : l'image mythique d'un corps de la République formé de la sommation de tous les individus dont chacun est porteur de droits naturels, image qui figure sur le frontispice du *Léviathan* et du *De Corpore*.

¹⁶⁸ Simone GOYARD-FABRE, *Philosophie politique. XVI^e-XX^e siècles. Modernité et humanisme*, Paris, PUF, 1982, p. 88.

Un problème fondamental bien traité par les Américains lors de leur révolution de 1776 contre la domination qu'exerçait sur eux l'Angleterre, mais pas du tout traité par les Français lors de leur révolution 13 ans plus tard, est celui du pouvoir absolu du souverain. Comme l'a dit le deuxième président des USA, « the evil to be avoided is tyranny ; that is to say, the *summa imperii*, or unlimited power, solely in the hands of the one, the few, or the many »¹⁶⁹. La seule chose importante, en conséquence, ce sont les mécanismes concrets mis en place pour empêcher l'absolutisme. C'est donc la question de l'ordre constitutionnel effectif mis en place, et c'est sur ce point qu'Aristote a fait un travail de conceptualisation essentiel dans le livre III des *Politiques*. L'idéologie de Bodin, qui consistait selon Goyard-Fabre à vouloir « prouver que son roi est véritablement un prince souverain, et à démontrer que la monarchie française, une et indivisible, ne saurait s'accommoder d'un gouvernement mixte » (p. 78), ainsi que celle de Hobbes, qui est du même genre, ne nous semblent guère attractives¹⁷⁰.

Dans un texte de 2009 intitulé « À la recherche d'une éthique universelle : Nouveau regard sur la loi naturelle » publié sur le site du Vatican, la Commission théologique internationale étudie notamment les liens entre éthique et droit. Elle présente les choses, selon nous, dans une perspective identique à celle qui a été théorisée par Bodin avec sa distinction entre « gouvernement selon les lois de nature » et gouvernement « méprisant les lois de nature ». Selon cette commission, quand l'on passe de l'éthique de la loi naturelle à la philosophie politique, on passe simplement « de la catégorie anthropologique de la loi naturelle à la catégorie juridique et politique de l'organisation de la cité » (§ 88), « le droit naturel [n'étant que] l'ancrage de la loi humaine dans la loi naturelle » (§ 89). C'est ainsi que pensent tous ceux qui considèrent que le droit n'est juste que s'il est conforme à une éthique préalablement définie, notamment celle de la loi naturelle. Il s'agit le plus souvent d'approches basées sur l'idée que le droit est assimilable à la loi, qu'il trouve sa source dans la volonté toute puissante d'un souverain (voir la conception de la souveraineté de Bodin ou d'Hobbes), et peut donc avoir n'importe quel contenu. Il faut donc l'assujettir à l'éthique de la loi naturelle. C'est une conception du droit et du juste assez différente de celle qui est présentée

¹⁶⁹ John ADAMS, *Defense of the Constitutions of Government of the United States of America against the attack of M. Thurgot in his Letter to Doctor Price*, Londres, 1794, Vol. I, p. 99.

¹⁷⁰ Voir Morgens H. HANSEN, *Polis et Cité-État. Un concept antique et son équivalent moderne*, Paris, Belles Lettres, 2001 : « Il s'ensuit que la conception aristotélicienne de ce que signifiait être « maître de la polis » (*kyrios tes poleos*) « en accord avec les lois » (*kata tous nomous*) est bien plus proche du concept contemporain de souveraineté que du concept classique tel qu'il fut défini par Bodin et par Hobbes » (p.114). « Nous devons [...] éviter l'idée erronée qui voudrait que la polis grecque antique ne puisse pas être un État au sens moderne parce que les Grecs n'avaient pas de concept de souveraineté. Car le concept de souveraineté invoqué dans ce jugement s'appliquait au dix-septième siècle, mais ne s'applique pas aujourd'hui » (p.114-115).

par Aristote au Livre V de l'*Éthique à Nicomaque* (sur le juste comme le matériellement justifié, voir le texte en regard des notes 36 à 43 ci-dessus).

*La grande perspective ouverte par le rejet
du « normativisme » et du « transcendantalisme »*

Le rejet du « normativisme » ou « transcendantalisme » n'est pas seulement intéressant pour les perspectives que ce rejet ouvre dans le domaine de la philosophie politique (on va approfondir ce point plus loin), mais aussi pour celles qu'il ouvre en dehors de ce domaine, dans des domaines proches. C'est ce que nous voulons évoquer brièvement en conclusion de la présente section, afin de mieux faire comprendre ce qu'est le rejet du « normativisme » (nous montrons où conduit ce rejet dans des domaines proches auxquels a beaucoup réfléchi M.-D. Philippe). Cela permettra de constituer une sorte de tableau général permettant de mieux situer notre propos. Nous allons expliquer comment se présentent les retombées positives du rejet du « transcendantalisme » dans ces divers domaines proches ou connexes en les abordant en fonction de trois recoupements : (1) le recoupement entre amitié et vertu de justice, (2) celui entre vertu de justice dans la relation interpersonnelle et vertu de justice légale au niveau de la communauté politique, et (3) celui entre vertu de justice légale et utilité commune. Nous présentons les choses en fonction de ces recoupements examinés dans cette succession, pour pouvoir mettre en évidence le fait que les retombées positives du rejet du primat du normatif se présentent de façon chaque fois différente.

1 – Amitié par rapport à vertu de justice. La philosophie de l'amour d'amitié de développée par M.-D. Philippe a le grand mérite de faire comprendre clairement que l'éthique ne se ramène pas à l'exercice de la vertu de justice, même si cette dernière inclut l'exercice de toutes les vertus dans la relation avec autrui. L'amour d'amitié est en effet quelque chose de plus profond que les vertus et leur mise en œuvre. Les vertus sont « une détermination intérieure vers la fin », elles permettent d'opérer de manière « volontaire, bonne, conforme à la fin aimée », elles permettent de « maintenir le primat de l'amour spirituel et de l'intelligence pratique au service de l'amour »¹⁷¹ ; ce ne sont cependant pas des fins en soi, comme ne l'est pas non plus l'agir vertueux lui-même. Mais il est évident que l'exercice de la vertu de justice touche un cercle de personnes, autour d'une personne donnée prise comme référence pour son comportement vertueux, plus large que celui de l'amitié. Il convient donc d'examiner le rôle, pour ce cercle de personnes plus large, de la vertu de justice, en la considérant d'abord au niveau interpersonnel, et ensuite dans son rôle au niveau communautaire (vertu de justice légale) ; s'agissant du niveau communautaire, il convient enfin de mettre en évidence le dépassement de la vertu de justice légale par l'orientation vers l'utilité commune, c'est-à-

¹⁷¹ Philippe (note 14), pp. 225, 227 et 224.

dire vers le bien des gens, une perspective importante ouverte par le rejet du primat du normatif. C'est ce que nous allons faire sous chiffres 2 et 3.

2 – Vertu de justice dans la relation interpersonnelle par rapport à la dimension sociale et communautaire de cette vertu. La position de M.-D. Philippe a en outre le grand mérite de faire comprendre – indépendamment de la dimension de l'amitié, c'est-à-dire quelle que soit la position que l'on adopte à propos de cette dimension – que la vertu de justice ne doit pas être confondue avec son exercice communautaire, avec la vertu de justice légale, avec une vertu qui a pour objet le bien de la communauté politique, et le respect des lois. On ne peut donc pas envisager le respect des droits de l'autre seulement d'un point de vue purement social et communautaire, seulement en fonction des lois qui existent dans la communauté en question¹⁷², ni seulement à l'intérieur de la communauté politique¹⁷³. La dimension interpersonnelle est importante, dans les relations à l'intérieur et à l'extérieur de la communauté politique dont on fait partie. Cette dimension est dans la dépendance de la vertu de justice commutative, et aussi de la vertu de justice distributive (cette dernière joue un rôle à ce niveau aussi, comme l'a bien montré Paul-Dominique Dognin, à l'encontre d'une opinion erronée répandue par Cajetan¹⁷⁴). Il y a donc quelque chose de plus profond en matière de vertu de justice que la simple application des lois. C'est surtout vrai en matière d'éthique individuelle : jamais l'éthique individuelle ne pourra être ramenée au simple respect de règles, ce sera toujours une question de responsabilité personnelle et d'attention, quelque chose qui n'est pas indépendant d'un certain développement de soi, et même ultimement, suivant l'enseignement de Socrate, d'un développement de soi qui inclut la dimension de l'amitié (pouvoir rester quelqu'un que ses amis peuvent garder comme ami, pouvoir aussi rester ami de soi, et donc, à cette fin, en matière de justice, aller jusqu'à choisir de subir l'injustice plutôt que la commettre)¹⁷⁵.

3 – Vertu de justice légale par rapport à l'utilité commune au niveau de la communauté politique. Ce qui précède ne signifie pas que l'on puisse laisser de côté la vertu de justice légale. C'est une dimension très importante. Qu'on ne puisse pas la laisser de côté, la réflexion suivante le

¹⁷² Philippe (note 73), p. XIII.11.

¹⁷³ Ce dernier point était quelque chose d'évident pour Locke : contrairement à ce qu'avait soutenu Hobbes, Locke pense qu'il y a des obligations même pour des personnes qui établissent un contact entre elles en dehors de toute communauté constituée, à l'état de nature (voir note 123 ci-dessus).

¹⁷⁴ Selon cet auteur, « la justice distributive peut et doit être libérée de l'hypothèse étatiste qui la grève trop souvent, [...] elle peut et doit normalement jouer dès le niveau des relations interpersonnelles » (Paul-Dominique DOGNIN, « La notion thomiste de justice face aux exigences modernes », in : *Revue des sciences philosophiques et théologiques*, 1961, p. 601 à 640 ; « La justice particulière comporte-t-elle deux espèces ? Commentaire de *Somme Théologique* IIa-IIae, q. 61, a. 1 », *Revue Thomiste*, 1965/65, p. 398- 425, p. 423).

¹⁷⁵ Hannah ARENDT, *Responsabilité et jugement*, Paris, Payot, 2009, p. 241 et 242 : en cas d'injustice, « on peut rester l'ami de celui qui la subit ; qui voudrait être l'ami d'un meurtrier et vivre avec lui ? Pas même un meurtrier » ; un meurtrier ne peut pas conserver d'ami, même pas lui-même.

montre : chaque habitant ou habitante du Luxembourg, par exemple, ne va pas entrer en relations interpersonnelles de justice avec chaque autre habitant ou habitante de ce pays (non seulement chacun ne peut pas être l'ami de chacun, mais chacun ne va pas non plus entrer avec chacun dans des relations interpersonnelles de justice). Mais ils se retrouvent tous dans la communauté politique que constitue ce pays, sous les lois de ce pays, et cela est décisif pour quantités de questions de grande importance¹⁷⁶. Mais – et c'est là quelque chose de très surprenant – même à ce niveau social et politique, dans une philosophie comme celle d'Aristote et de Thomas d'Aquin, la conception que l'on a de la loi et de la vertu de justice légale ne font pas d'elles quelque chose d'ultime, non seulement à cause de l'existence des deux dimensions indiquées ci-dessus (l'importance de la justice au niveau des relations interpersonnelles et, au-delà de cette justice, l'importance de l'amitié), mais même en se situant exclusivement au niveau de la communauté politique en question (le Luxembourg, ou la Suisse, par exemple). Selon Thomas d'Aquin, qui a plus développé la philosophie de la loi qu'Aristote¹⁷⁷, le normatif n'est pas ultime même à ce troisième niveau, parce « toute loi est ordonnée au bien commun » de la communauté politique en cause¹⁷⁸ (la loi luxembourgeoise ou suisse, par exemple, s'articule toujours sur l'utilité commune en jeu au Luxembourg ou en Suisse). En conséquence, la vertu de justice légale, malgré son nom, n'est pas seulement dans la dépendance de la loi, mais doit être rattachée en priorité à l'utilité commune dans la communauté politique en cause¹⁷⁹. Cela peut être illustré par un arrêt du Tribunal fédéral suisse en matière de minimum vitale : « une justice matérielle minimale » qui inclut la couverture « des besoins humains élémentaires » est au-delà de ce que prévoit la loi ou la constitution, sans doute, mais fait incontestablement partie, s'agissant d'une communauté politique (la Suisse) dont la fin est « l'existence de l'homme et aussi [...] son épanouissement »¹⁸⁰, de ce que ce tribunal désigne dans un autre arrêt comme « des buts constitutionnels

¹⁷⁶ Comme on le verra plus loin, pour Aristote une communauté politique comme celle-là est la plus décisive (souveraine) de toutes les communautés auxquelles les Luxembourgeois peuvent appartenir, et vise le bien qui est le plus décisif (souverain) de tous pour eux.

¹⁷⁷ Sur Aristote, voir Pierre AUBENQUE, « La loi selon Aristote », *Archives de philosophie du droit*, XXV, 1980, pp. 147 à 157.

¹⁷⁸ Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, I-II, q. 90, a. 2, Tome 2, Paris, Ed. du Cerf, 1997, p. 571.

¹⁷⁹ Comme le dit Thomas d'Aquin, *justitia legalis [...] ordinatur ad bonum commune* (« La justice légale [...] a le bien commun pour objet », *Somme théologique*, II-II, q. 58, a. 5, Tome 3, Les Editions du Cerf 1999, p. 388).

¹⁸⁰ ATF 121 I 367, *Semaine judiciaire*, 1996, p. 389, en particulier 390 et 392 pour les citations. Comme le dit M.-D. Philippe, « faire de la loi une mesure universelle » est une erreur (*Retour à la source*, I, p. 338) ; en effet, « la loi n'est jamais une fin, elle est un moyen pour atteindre la fin » (Philippe (note 14), p. 330-331). La fin de la loi est d'être utile pour les gens qui habitent le pays d'aller dans le sens de leur bien, et non pas d'être dans l'intérêt des personnes qui gouvernent ; elle est dite « commune », parce qu'il s'agit de l'utilité de tous et de chacun.

élémentaires »¹⁸¹. On a donc une articulation de la norme sur la fin qu'est l'utilité commune, et, à travers elle, sur le bien des gens. Pour des exemples du concept d'articulation d'une norme sur une fin, il suffit de penser à cette affiche de prévention sur les routes de Suisse romande, qui affirme « une vitesse appropriée et le respect des limitations *vous protège* ». On peut aussi renvoyer à Condorcet qui parlait de ce qui est « stipulé pour la liberté et le bonheur des hommes »¹⁸². On peut évoquer la grande perspective ouverte par Aristote et Thomas d'Aquin, tout aussi laïque sur ce point que celle de Condorcet, suivant laquelle « la visée principale des lois humaines, c'est de réaliser l'amitié des hommes entre eux »¹⁸³. Pour illustrer l'articulation de la norme sur la fin, on peut aussi évoquer le rapport entre les normes du système juridique d'un pays (les lois), et la fin du système juridique (la fin des lois), soit la réalisation de la justice. Thomas d'Aquin explique bien le ressort de cette articulation de la norme sur la fin : « La prescription contenue dans la loi, étant obligatoire, porte sur quelque chose qui doit se produire (*quod fieri debet*). Or si quelque chose doit se produire, cela tient à la nécessité d'une certaine fin. C'est donc évident que la notion même de prescription légale implique un ordre vers la fin, en ce sens qu'est prescrit par la loi ce qui est nécessaire ou utile en vue de la fin »¹⁸⁴.

Ces trois points ne sont que la synthèse trop rapide d'un sujet complexe. Pour une compréhension complète des retombées positives du rejet du normativisme, des développements seraient nécessaires sur la question de la loi, sur celle du droit et du juste, et sur celle de l'amitié. Nous allons cependant présenter ici uniquement quelques développements sur la question de l'amitié. Nous ne nous arrêtons donc pas sur la question de la loi, ayant déjà apporté plusieurs précisions sous le dernier des trois points que nous venons de traiter dans les trois dernières pages ci-dessus (des développements ultérieurs sur la loi auraient pour but de donner au lecteur le sens de ce que peut être une philosophie de la loi dans une perspective, comme celle d'Aristote, refusant toute approche transcendantaliste de la loi). S'agissant de la question de ce qui est matériellement juste (« *sachgerecht* »), c'est-à-dire du droit au sens majeur du mot – à la fois objet de la vertu de justice (point 2), et fin de la loi (point 3) – il faudrait aller plus loin que les quelques explications données dans le texte en regard des notes 36 à 43 ci-dessus*. Il faudrait en particulier étudier l'affirmation d'Aristote, selon laquelle « ce qui est juste, c'est ce qui relève de la loi [*to nomimon*], et c'est ce qui relève de l'égal [*to ison*] »¹⁸⁵, affirmation qu'un

¹⁸¹ ATF 115 Ia 234, JdT 1991 I 194. Le texte de l'arrêt en allemand parle de « elementare Verfassungsziele ».

¹⁸² Cité dans Robert BADINTER, Elisabeth BADINTER, *Condorcet 1743-1794*, Paris, Fayard, 1990, p. 536.

¹⁸³ Voir note 110 ci-dessus.

¹⁸⁴ *Somme théologique*, I-II, question 99, art. 1.

* Cf *Aletheia* 41-42, p. 97 sq. (ndlr).

¹⁸⁵ *Éth. Nic.*, V.1, 1129a34.

interprète explique ainsi : « ce mot [juste] est utilisé d'une double façon, pour désigner la loi, et pour désigner l'équité que la justice constitue dans les choses»¹⁸⁶. Suivant cet interprète, lorsqu'on utilise le mot « droit » dans le deuxième sens, on le comprend comme une égalité matérielle complexe à découvrir dans la dépendance des caractéristiques objectives de la situation en cause, dans la dépendance de la « nature des choses»¹⁸⁷, de leur « réalité » (en particulier de ce que l'on appelle aujourd'hui leur « réalité économique ») ; le droit dans ce sens, c'est ce qui est matériellement juste, ce qui est « *sachgerecht* ».

Comme on l'a dit, nous allons nous arrêter un peu sur la question de l'amitié. Il y a en effet une référence à l'amitié à chacun des trois niveaux que nous venons de distinguer ci-dessus sous chiffre 1, 2 et 3. La place que tient l'amitié à chaque niveau est toutefois différente. On se rend bien compte de cette différence si l'on suppose que l'amitié n'existe pas, d'aucune façon, entre les êtres humains. Pour que cette supposition ait plus de force et soit plus concrète, donnons la parole à Fr.-X. Putallaz, et laissons-le exprimer ce qu'il voit quand il observe l'amitié entre Montaigne et La Béotie¹⁸⁸. Il exprime ce qu'il voit de cette amitié, je crois, quand il décrit ce que Montaigne a perdu avec la mort de son ami : rien d'autre, dit-il, qu'un « délicat équilibre de l'image qui donnait un sens à sa vie », rien d'autre qu'une « image de soi dont seul La Béotie lui avait donné le goût véritable », rien d'autre qu'un « état » qu'il voudra après la mort de son ami « produire tout seul » en projetant « son moi sous le regard de l'autre » à travers l'écriture, rien d'autre qu'un « jeu de reflets ». Je parle ici de la façon dont Fr.-X Putallaz voit l'amitié entre Montaigne et la Béotie, et non pas de la condamnation qu'il formule à l'encontre du comportement de Montaigne après la mort de La Béotie (« pour catholique qu'il ait été dans ses opinions politiques au temps du grand déchirement des religions », dit Fr.-X. Putallaz à ce propos, il faut constater que chez lui « le christianisme ne féconde ni la pensée ni la vie » : cet état « où soi-même se retrouve dans l'autre », « ce salut, il aurait pu le recevoir dans la foi, car seul l'amour absolu de Dieu est à même de libérer l'homme et le rendre à lui-même »).

Si donc l'amitié n'existe pas, si loin d'être ce qu'il y a de plus profond dans la vie humaine, elle est en réalité un « jeu de reflets », une simple question d'« image de soi », il ne reste évidemment rien du niveau 1 (le

¹⁸⁶ Dominique SOTO, *De Justitia et Jure*, L. I, Salamanque 1556, p. 6 ; dans le L. III, q. 1, art. 1.

¹⁸⁷ *Ibid.*, L. III, q. 2, art. 7, p. 213.

¹⁸⁸ Voir le chapitre intitulé « Montaigne ou les reflets de soi-même », dans Fr.-X. PUTALLAZ et Fr. PERRAUDIN, *Montagne et philosophie. Une initiation aux grands philosophes*, Genève, Slatkine, 2012. Les passages cités sont extraits des pages 132 et 136.

niveau décrit ci-dessus sous l'intitulé « Amitié par rapport à la vertu de justice »). Mais ce n'est pas le cas du niveau 2, ni du niveau 3. Ils ne disparaissent pas du tout. Voyons pourquoi. Au niveau 2 (« Vertu de justice dans la relation interpersonnelle par rapport à la dimension sociale et communautaire de cette vertu »), la référence au développement de soi qu'implique l'amitié n'est un point d'appui nécessaire que pour des situations extrêmes, les situations dans lesquelles se pose la question socratique de savoir s'il vaut mieux subir l'injustice plutôt que la commettre. En dehors de ces situations dramatiques mais rares, le niveau 2 subsiste même si l'amitié n'est rien, comme le prouve d'ailleurs l'approche de John Locke. Celui-ci, qui ne partageait probablement pas l'avis de Thomas d'Aquin et d'Aristote sur l'amitié, et qui aurait peut-être été d'accord avec la façon de voir de Fr.-X. Putallaz, estimait cependant, selon l'un ses commentateurs les plus avisés, que « we have natural political virtue [même à l'état de nature] primarily because of symmetry of reason between us »¹⁸⁹. Le non « normativisme » peut donc se maintenir au niveau 2, en s'articulant sur une vertu de justice à l'œuvre même dans l'hypothèse où l'amitié n'est qu'un leurre : même dans ce cas, on ne ramènera pas l'éthique au simple respect de règles : on en fera avant tout une question de responsabilité personnelle, même si cette vue ne peut plus s'appuyer sur la réflexion perspicace de M.-D. Philippe, que, tout autre chose étant par ailleurs égale, c'est vis-à-vis de l'ami que la responsabilité personnelle existe à son plus haut niveau d'intensité.

Il en va de même au niveau 3 (« Vertu de justice légale par rapport à l'utilité commune au niveau de la communauté politique ») : ce niveau peut peut-être subsister dans l'hypothèse de l'effondrement de l'amitié. On peut tout au moins avoir ce sentiment. Les communautés politiques ne sont en effet pas fondées sur l'amitié, mais sur un ordre constitutionnel dans lequel la justice joue un rôle, et cela même pour un philosophe qui considère l'amitié comme le plus grand des biens pour les cités, comme Aristote. Si l'amitié n'existe pas, la communauté politique ne perd donc pas son fondement. Et, au-delà de la loi, demeure cette « justice matérielle minimale » dont parle le Tribunal fédéral suisse dans l'arrêt que l'on a cité plus haut, élément central de l'utilité commune. Mais, c'est certain, si l'amitié n'est que « jeu de reflets » et « image de soi », il faut abandonner tout ce qui va au-delà du juste dans ce que visent les lois ; il faut abandonner en particulier la référence aux relations humaines et à l'amitié, et donc cette vue de Thomas d'Aquin selon laquelle « la visée principale des lois humaines, c'est de réaliser l'amitié des hommes entre eux »¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Voir John LOCKE, *Two Treaties of Government*, with introduction and notes by Peter Laslett, 1963, p. 122 de l'introduction.

¹⁹⁰ Voir note 110 ci-dessus.

Mais cet abandon est-il conforme à la réalité de ce que l'on observe : l'existence de communautés politiques, le fait qu'on peut constater leur existence réelle dans tous les pays qui ne sont pas en proie à la guerre civile ? Est-ce donc vrai que l'amitié ne soit rien, si on l'envisage cette affirmation en la confrontant à cette constatation ? Celui qui considère que Fr.-X. Putallaz a raison d'identifier amitié et jeu de reflets, lui est-il vraiment possible de rejeter la position de Thomas d'Aquin sur la visée principale des lois humaines ? Avant de la rejeter, ne faut-il pas qu'il se pose certaines questions. L'affirmation de Thomas d'Aquin est-elle dans l'esprit de son auteur l'expression d'un idéal moral (l'idéal de ce que devrait viser les lois humaines dans une communauté politique parfaite), ou est-elle plutôt la simple constatation d'un fait (ce qu'en fait visent le plus souvent les lois humaines dans les communautés politiques existantes que l'on peut observer) ? Qu'en est-il réellement pour les lois existantes dans les communautés politiques que l'on connaît et que l'on peut observer ? Ne doit-t-on pas reconnaître, comme le dit A. Sen à l'encontre des divers transcendantalismes, que « la question de la réalité se pose¹⁹¹ » dans ce domaine aussi ? Elle se pose aussi face à un transcendantalisme religieux (manifestement différent d'autres transcendantalismes, comme celui du contrat social, ou celui qui mise tout sur la capacité d'universalisation de la raison) qui semble traiter « l'amour absolu de Dieu [...] à même de libérer l'homme et de le rendre à lui-même » comme le rival de la grande amitié humaine, qui ne devrait dès lors être conçue par l'homme de foi, en raison de sa foi, que comme un simple reflet de soi.

S'il est vrai que « la question de la réalité se pose », il est bien de rappeler un aspect de la philosophie d'Aristote et de Thomas d'Aquin qui est souvent ignoré, aussi bien par les partisans d'un agnosticisme déclaré en matière d'amitié, que par ceux qui présentent l'amitié comme un idéal. Selon cette philosophie, en effet, la question de savoir ce qu'il en est de l'importance de l'amitié dans la vie humaine n'est pas une question qui dépend d'une analyse préalable de l'amitié ou d'une vision du monde ou de la nature humaine, mais d'abord une question de fait. La question de l'amitié se pose en effet en philosophie politique à partir de l'observation des communautés politiques existantes, comme d'ailleurs la question de l'existence de la justice. La question de l'existence de la justice se pose en ces termes : les cités existantes sont-elles constituées par la présence en elles d'un pouvoir absolu et illimité, ou bien sont-elles au contraire définies avant tout par leur constitution, c'est-à-dire par le droit et l'avantage commun, si la constitution est droite ? Le droit (ce qui est matériellement juste) existe-t-il, ou est-ce un leurre ? Cicéron indique dans le Livre III de la *République*, que si, comme l'affirme Carnéade, « le droit naturel n'est

¹⁹¹ Sen (note 33), p. 488, p. 485 et p. 481.

rien »¹⁹², si « la justice n'est rien »¹⁹³, alors « il n'y a pas de chose publique »¹⁹⁴, donc pas d'utilité commune, et donc pas de régime constitutionnel. S'il en était ainsi tout serait despotique, et on ne pourrait pas éviter l'absolutisme. Or on constate que tout n'est pas despotique.

N'en va-t-il pas de même en matière d'amitié ? Tous les passages de la *Politique* relatifs à l'amitié ne sont-ils pas autant de raisons d'approfondir ce qu'elle est à l'aide des traités de l'*Éthique à Nicomaque*, parce que ces passages de la *Politique* établissent au terme d'un débat en quelque sorte public le caractère central qu'a ce bien, en réalité, dans la vie humaine, si on l'envisage du point de vue de l'orientation des communautés politiques vers l'utilité commune, c'est-à-dire vers le bien des gens ? La question de l'existence et de la place effective de l'amitié dans la vie des hommes n'est-elle pas une question incontournable en philosophie politique, dès lors que l'on constate que la vie personnelle concrète de l'homme est la fin de la communauté politique ? Toutes les déclarations de droits ne protègent-elles pas la vie familiale ? Le feraient-elles s'il ne s'agissait que d'image de soi ? On doit admettre, nous semble-t-il, que les passages de la *Politique* sur l'amitié forment les conclusions d'une vaste enquête à partir de la question suivante posée au terme de l'analyse du chapitre 1 du livre I de l'*Éthique à Nicomaque* : « puisque toute connaissance et tout choix délibéré tend à quelque bien, qu'est-ce [...] que celui que vise la politique ? »¹⁹⁵. La réponse qu'Aristote donne sur la base de ce qu'il observe est claire : « nous pensons que l'amitié est le plus grand des biens pour les cités »¹⁹⁶, et « des lois correctement établies » ne devraient pas aboutir « à des résultats en tout point opposés [à un tel bien] »¹⁹⁷ ; et même plus : « l'œuvre de la politique consiste surtout, de l'avis général, à engendrer l'amitié »¹⁹⁸. Thomas d'Aquin va dans le même sens, puisque pour lui, comme on l'a vu, « la visée principale des lois humaines, c'est de réaliser l'amitié des hommes entre eux »¹⁹⁹. Les choses auraient-elles changées aujourd'hui ?

La discussion qui précède porte uniquement sur la question de l'importance de l'amitié dans la vie humaine, en quelque sorte sur l'existence de l'amitié, et non pas sur ce qu'elle est. La question de l'existence de l'amitié était celle qu'on a soulevée, et j'ai mentionné dans ce contexte la position de Fr.-X. Putallaz parce que je ne crois pas que ses

¹⁹² CICERON, *La Repubblica, a cura di Francesca Nenci*, Milan, 2008, Livre III, Section 12, p. 458 (si « *jus autem naturale esse nullum* »). Par l'expression « *jus naturale* », Cicéron vise selon nous ce qui est « sachgerecht ».

¹⁹³ *Ibid.* : « *si nulla est justitia* ».

¹⁹⁴ *Ibid.*, III, 31, p. 488 : alors « *nullum esse rem publicam* ». Scipion Emilien montre qu'il en est ainsi, peu importe que le pouvoir soit détenu par un despote, une oligarchie, ou une majorité populaire. C'est une idée que reprendra John Adams.

¹⁹⁵ *Eth. Nic.* I.2, 1095a15.

¹⁹⁶ *Pol.* II.4, 1262b7, (note 7), p. 148.

¹⁹⁷ *Ibid.*, 1267b3.

¹⁹⁸ *Éthique à Eudème*, VII.1, 1234b24, trad. Vianney Décarie, 1991, p. 150.

¹⁹⁹ *Somme théologique*, I-II, q. 99, a. 2.

critiques à l'encontre de l'amitié entre Montaigne et de La Béotie aient leur source dans un désaccord sur la conception de l'amour humain en général, ou de l'amour humain dans l'amitié. Son propos consiste plutôt à mettre les choses en perspective, s'agissant de l'amitié entre les hommes, en fonction du concept de « l'amour absolu de Dieu » pour les hommes, établissant implicitement ainsi, du fait de cette mise perspective conceptuelle, un concurrence entre le divin et l'humain, l'absolu et le relatif, le parfait et l'imparfait. Mais il faut comprendre que si le débat sur la place de l'amitié est un débat politique, comme l'est aussi le débat sur l'existence de « jugements de justice » portant sur ce qui est juste et injuste, « raisonner et examiner la question impartialement est essentiel »²⁰⁰, et aussi partir d'observations (et non pas d'un concept concernant l'absolu).

Mais faut-il aborder l'amitié à partir de la discussion de son importance dans la vie humaine selon les observations et les constatations que l'on peut faire s'agissant des communautés politiques existantes, c'est-à-dire en partant du genre de considérations et d'approches que l'on trouve selon nous dans la *Politique* ? C'est une question différente. Sur ce point M.-D. Philippe a soutenu à l'inverse l'idée d'une philosophie éthique « qui se prolongera dans une philosophie politique »²⁰¹. La fin du livre X de l'*Éthique à Nicomaque* indique en effet qu'il faut aller dans ce sens. Mais on verra que le chapitre 1 du livre I de l'*Éthique à Nicomaque* va dans un sens contraire. Ce chapitre 1 semble plutôt en faveur de traiter prioritairement la réponse à la question que l'on vient d'évoquer ci-dessus (« puisque toute connaissance et tout choix délibéré tend à quelque bien, qu'est-ce [...] que celui que vise la politique ? ») en passant immédiatement à la *Politique*, sans passer par le reste de l'*Éthique à Nicomaque*.

On reviendra sur ces sujets plus loin. Pour l'instant, je veux simplement me limiter à indiquer que commencer par la *Politique* et aller vers l'*Éthique à Nicomaque* à partir de la *Politique* chaque fois que c'est nécessaire présente l'avantage d'établir d'emblée la hiérarchie appropriée entre les deux approches suivantes : agir par amitié, et agir pour l'amitié. Une communauté politique ne peut pas vraiment agir « par » amitié vis-à-vis d'une personne, mais elle peut agir « pour » l'amitié, en vue de l'amitié : Aristote affirme ainsi, comme on l'a vu, que « des lois correctement établies » ne devraient pas aboutir à des résultats en tout point opposés à l'amitié entre parents et enfants. En revanche l'étude de l'amitié en éthique montre que dans l'amitié « l'intention qui la caractérise vise principalement la personne aimée et secondairement l'amitié comme telle, même si dans l'acte concret les deux intentions sont entremêlées » ; comme le souligne B. Schumacher dans une contribution très intéressante à laquelle je reprends cette terminologie, ce qui définit l'amitié, c'est que

²⁰⁰ Sen (note 33), pp. 13 et 15.

²⁰¹ Philippe (note 1), p. 100.

la personne « agit par amitié pour l'ami »²⁰¹. On verra plus loin l'importance de la distinction entre entéléchie et acte, et les explications lumineuses de M.-D. Philippe à ce propos. En agissant pour l'amitié, c'est-à-dire pour une dimension humaine qui est au-delà de la justice, la communauté politique favorise directement la finalité au niveau personnel, une finalité qui consiste pour les personnes à « agir par amitié pour l'ami ». Il y a donc en quelque sorte une articulation l'une sur l'autre, de la téléologie au niveau de la communauté politique (agir pour l'amitié), et de la finalité au niveau personnel (agir ... pour l'ami). On a précisé ci-dessus sous note 134 ces deux dimensions de la finalité, et l'on découvre maintenant qu'elles sont articulées l'une sur l'autre. Mais cela constitue une anticipation de ce que l'on verra plus loin. Pour l'instant, il est important de comprendre quel est le point de départ de la philosophie politique, en quoi consiste l'expérience de base.

En direction d'une philosophie politique : en quoi consiste l'expérience de base dans ce domaine ?

Difficultés pour identifier l'expérience de base

Pour comprendre la philosophie politique d'Aristote, il n'est pas suffisant de rejeter la position de ceux qui prennent la loi comme absolu. Il faut arriver à découvrir le véritable point de départ de la réflexion dans le domaine politique, l'expérience de base. Ce n'est pas quelque chose de facile. J'ai mis longtemps pour comprendre que dans ce domaine il y a aussi une expérience au point de départ. Je l'excluais plutôt, n'arrivant pas à identifier l'expérience de base. Cependant j'étais bien forcé de constater que l'expérience de l'amitié ne conduisait pas à une conception complète du droit, conception du droit que j'avais essayé d'exposer, pour ce qui concerne le droit fiscal et le droit privé, dans mon article sur l'arrêt du Tribunal fédéral suisse sur « la justice distributive aristotélicienne » en matière fiscale²⁰². Je ne comprenais pas que cette conception complète du droit repose sur des données obtenues par analyse à partir d'une expérience autre que celle de l'amitié, parce que je ne voyais pas en quoi consistait cette autre expérience, quel en constitue le noyau central, l'élément ultime. Je rencontrais en effet des difficultés avec l'expérience de la coopération, que l'on présente parfois comme ce qui au cœur de l'expérience en matière de communautés politiques. Une telle expérience est importante, mais elle peut ne conduire qu'à la perspective du « bénéfice mutuel » (centrale dans une philosophie comme celle de John Rawls), à la « coopération

²⁰¹ Bernard N. SCHUMACHER, « Engagement et devoirs d'amitié », in : Jean-Christophe Merle et Bernard Schumacher, *L'amitié*, Paris, PUF, 2005, p. 179 et 177.

²⁰² Torrione (note 36).

mutuellement avantageuse »²⁰³, en définitive à la réciprocité et au propre avantage, dont le contrat constitue la mise en forme la plus achevée. Y a-t-il une autre dimension présente au sein de l'expérience commune que nous avons des communautés politiques, donc une mise en commun non réductible à une « coopération mutuellement avantageuse » ?

La difficulté de découvrir le véritable point de départ de la réflexion dans le domaine politique, l'expérience de base, est encore accentuée par un autre obstacle. Dans nos démocraties un peu fatiguées, la fine pointe de l'expérience dans le domaine politique s'est considérablement émoussée, et l'on a en partie perdu le sens de ce qui en jeu, et, de ce fait, l'attention à l'expérience dans laquelle on l'atteint. Cependant ce qui s'est déroulé sous nos yeux dans plusieurs pays du Moyen-Orient en 2011, ces formidables soulèvements populaires contre la tyrannie²⁰⁴, peuvent sans doute nous aider à retrouver un peu plus d'acuité dans ce domaine, à rediriger notre attention vers ce qui est en jeu à ce niveau, vers ce qui a conduit Mohamed Bouazizi, un modeste Tunisien vendeur ambulancier de fruits et légumes, en butte dans son activité économique de chaque jour à la corruption de la police et de la justice en Tunisie, à protester en s'immolant par le feu, acte extrême qui a été l'étincelle qui a allumé la révolution du Jasmin²⁰⁵.

C'est bien sûr important d'écarter préalablement les approches qui font de la loi un absolu, tous les « normativismes » ou « transcendantalismes », parce qu'ils jettent un voile normatif qui dissimule la réalité, et empêche d'accéder à ce qui est au centre de notre expérience commune en matière de communauté politique, à l'expérience de base dans ce domaine. L'esprit humain se laisse facilement séduire par le transcendantalisme, et il est prompt à faire passer l'expérience à la trappe. Pour que le lecteur ait bien à l'esprit la perspective défendue dans cet article, rappelons que l'on ne saurait reprocher à M.-D. Philippe d'avoir fait passer l'expérience à la trappe : tout son effort est au contraire allé dans la direction opposée. Mais on peut lui reprocher de ne pas s'être intéressé à la spécificité de l'expérience politique. Il a en effet admis implicitement que quand on change de niveau, et que l'on passe à la philosophie politique, c'est toujours cette expérience de l'amour d'amitié qui est au fondement, comme au niveau éthique. Le niveau politique a ainsi été conçu comme simplement un prolongement de l'éthique, quelque chose d'indéfini et d'ouvert, alors qu'une des caractéristiques de l'expérience politique, c'est la fermeture propre à ce qui est englobant : les murailles de la cité, les frontières du

²⁰³ Sen (note 33), qui se réfère à Rawls dans une section consacrée au « raisonnement contractuel et sa portée », pp. 253 et 254.

²⁰⁴ Le *Financial Time* du 16 juillet 2011 rappelle dans un éditorial qu'en Libye c'est un soulèvement contre « 42 years of personal rule » (p. 6).

²⁰⁵ Voir TAHAR BEN JELLOUM, *L'étincelle. Révoltes dans les pays arabes*, Paris, Gallimard, 2011.

pays. Cela amène à passer à côté du droit (ce qui est juste) dans toute son extension, à ne le concevoir que comme conditionnée par la réciprocité, ou par l'avantage mutuel dans une coopération. En même temps, il faut bien reconnaître à la décharge de M.-D. Philippe, la très grande difficulté à ne pas mettre l'expérience de l'amitié au fondement de la philosophie politique : c'est certain que l'amitié joue un rôle central dans ce domaine, mais pas comme élément de la structure de base de la communauté.

Sur la question de savoir si les choses changent ou ne changent pas si l'on regarde non plus le bien d'une personne, les personnes étant prises une à une, mais aussi le bien de « ses parents, ses enfants, sa femme, et tous ses amis et concitoyens »²⁰⁶, Aristote marque clairement la différence entre les deux niveaux de recherche, à de nombreuses reprises. Par exemple : « puisque cela [savoir quelle constitution est meilleure, celle où tous partagent l'administration de la cité...] est l'objet [Aristote dit plutôt : « la tâche »] de la pensée et de la théorie politique, alors que la question de savoir ce que chacun doit choisir ne l'est pas, et que c'est un examen de ce genre [c'est-à-dire politique] que nous nous sommes proposé de mener, l'une des questions ne saurait être qu'accessoire, alors que l'autre fait l'objet de notre recherche »²⁰⁷. Aristote souligne à de nombreuses reprises l'importance de la pluralité au niveau de la communauté politique, et M.-D. Philippe lui-même relève à juste titre « qu'ici le nombre est un élément constitutif ». « Dans les expériences précédentes, dit-il, la quantité ne faisait que conditionner notre activité ; ici, elle lui donne une nouvelle dimension »²⁰⁸. C'est en effet là un point central : on a affaire à une multitude.

Anticipant ici ce que l'on va voir plus loin, nous mettons cette dimension en relation avec la façon dont fonctionne à ce niveau le droit au sens de « *Sachgerechtigkeit* » (voir notes 36 à 43 ci-dessus). En effet, cette dimension exige un droit compatible avec des situations n'impliquant pas nécessairement de relations interpersonnelles entre tous ; or le droit au sens de « *Sachgerechtigkeit* » présente cette caractéristique, et peut donc fonctionner dans ces situations, notamment au niveau politique. Prenons par exemple la question de la justice à l'égard des générations futures : on ne peut pas être l'ami de gens qui vivront dans l'avenir, on ne peut pas non plus entrer en relations interpersonnelles de justice avec eux (par exemple avoir des contrats avec eux), ni d'ailleurs en relations d'intérêt mutuel conçu comme base d'une coopération, et cependant le droit au sens de « *Sachgerechtigkeit* » – contrairement au contrat – peut être une dimension indépassable dans ce domaine aussi, pas seulement là où existent des relations interpersonnelles ou de l'intérêt mutuel. A travers la recherche de ce qui est « *sachgerecht* », la raisonnable pratique humaine peut être à l'œuvre à ce niveau aussi, un niveau où d'ailleurs les questions à résoudre sont incontournables. Comme on le verra, l'expérience de la communauté politique nous permet de découvrir dans toute son ampleur le travail de la

²⁰⁶ *Éth Nic.*, I.5, 1097b9-11, (note 29), p. 59.

²⁰⁷ *Pol.* VII.2, 1324a19-23, (note 7), p. 454.

²⁰⁸ Philippe (note 20), p. 49.

raison pratique humaine à ce niveau. On va proposer plus bas une lecture d'Aristote, qui montre quel est le travail de la raison pratique à ce niveau politique (dans *Éthique à Nicomaque*, livre I, ch. 1), et dans quel cadre elle opère (*Politique*, livre I, ch. 1 et 2, et livre III, ch. 6 et 12). Encore faut-il comprendre en quoi consiste l'expérience de base en matière de communauté politique. Nous décrivons complètement cette expérience dans la partie intitulée « La philosophie politique d'Aristote » ; l'objet des lignes qui suivent est seulement d'indiquer ce qu'elle révèle d'ultime.

Premières découvertes de ce que peut signifier l'expérience dans le domaine politique

J'ai fait deux recherches sur des points liés à cette question de fondements au niveau politique, l'une en 2007 et l'autre en 2011, et les deux fois je suis arrivé à la même conclusion, bien que ces recherches portent sur des questions assez différentes l'une de l'autre²⁰⁹. Cette conclusion est la suivante : ce qui est décisif pour la solution des questions que j'étudiais, ce n'est pas du tout la déduction de règles morales à partir d'une nature humaine préalablement posée. Ce n'est pas non plus une procédure ou des mécanismes générant des règles, comme le soutiennent les approches contractualistes. Ce n'est pas non plus l'expérience de la coopération dans la mesure où l'on peut comprendre par là une mise en commun fondée sur l'avantage mutuel. Tout renvoie en définitive dans ces domaines, suivant ces recherches, à une autre expérience pratique fondamentale : celle du caractère décisif de « jugements de justice »²¹⁰ qui reposent sur « une appréciation raisonnée »²¹¹ portant sur les caractéristiques objectives de la situation en cause. C'est l'expérience que la « *Sachgerechtigkeit* » (ce qui est adéquat aux caractéristiques objectives de la situation à régler²¹²) est, à ce niveau politique, quelque chose qui gouverne. C'est l'expérience du gouvernement de la raison pratique sous cette forme de la « *Sachgerechtigkeit* ».

Dans le premier article, il s'agissait essentiellement de savoir ce que vaut la position du subjectivisme radical lorsqu'il soutient qu'on est totalement libres vis-à-vis des générations futures (s'agissant par exemple de la modification du soubassement biologique de l'être humain), parce que rien n'est injuste vis-à-vis de gens qui ne sont pas encore nés. Suivant cette position, il n'y a de juste et d'injuste que contractuel (pacte social), c'est-à-dire qu'à l'égard des parties prenantes au pacte. En conséquence, les seules obligations qui peuvent être retenues sont celles qui constituent l'image inversée du droit de quelqu'un d'autre. Les pouvoirs donnés par

²⁰⁹ L'article de 2007 est cité sous note 46 ci-dessus, et celui de 2011 est cité sous note 35 ci-dessus.

²¹⁰ Pour l'expression entre guillemets, voir Sen (note 33), p. 13.

²¹¹ Sen (note 33), p. 22. À noter que cette appréciation raisonnée se fait au terme d'un « débat argumenté » (p. 14) dans des conditions d'« impartialité dans un débat public ouvert » (p. 485).

²¹² Voir texte ci-dessus en regard des notes 36 à 43.

les progrès en matière de biotechnologies peuvent donc s'exercer sans limite en ce qui concerne les futures générations (des gens qui n'existent pas encore, qui ne sont donc parties à aucun pacte²¹³).

Dans le deuxième article, j'examinais non pas une question de justice qui se pose actuellement, comme dans l'autre article, mais celle à laquelle les Américains avaient été confrontés dans les années 1770, lorsqu'ils se sont heurtés à la position intransigeante anglaise, suivant laquelle la souveraineté est « *an arbitrary power* [qu'il doit y avoir] *in every state somewhere* », et que ce que décide ce pouvoir « *no power on earth can undo* »²¹⁴. J'étudiais dans mon article comment la position que les Américains ont prise sur ce qui est juste et injuste dans cette situation (suivant les Américains, « *if the supreme Authority includes unlimited Authority, the subjects of it are emphatically slaves* »²¹⁵) a conduit à la révolution contre les Anglais, puis à la création de nouvelles communautés politiques (les Etats apparus en 1776 avec la Déclaration d'indépendance), avec des constitutions qui mettent en place des mécanismes excluant l'absolutisme.

Je me suis rendu compte après coup que dans les matières que j'avais étudiées dans ces deux articles, la question de la justice se posait toujours en relation avec l'exercice d'un pouvoir dans un cadre décisif, ultime. Je m'en suis rendu compte quand j'ai pris connaissance en 2012 des remarquables explications d'Amartya Sen sur « les obligations unilatérales induites par l'asymétrie du pouvoir »²¹⁶, par exemple dans la situation de la mère qui prend conscience « qu'elle peut accomplir des choses qui ont un impact sur la vie de l'enfant et que l'enfant lui-même ne peut faire » (p. 256). Suivant Sen, « la raison qu'a la mère d'aider l'enfant, selon ce mode de pensée, n'est pas à rechercher dans les récompenses de la coopération, mais justement dans la conscience qu'a la mère de cette asymétrie : ses actes feront une différence énorme pour la vie de l'enfant et celui-ci ne peut les effectuer lui-même » (p. 256). Sen précise que ce n'est pas parce qu'une personne « a le pouvoir d'effectuer un changement dont elle remarque qu'il réduira l'injustice dans le monde » (p. 255), qu'il y a pour cette personne « injonction à agir » (p. 256). Mais cette situation particulière (une action pouvant être librement entreprise est accessible à une personne, et l'action créera une situation plus juste pour d'autres) va « offrir au raisonnement impartial [sur la justice] un important fondement qui dépasse largement la motivation du bénéfice mutuel » (p. 257), cette

²¹³ Gilbert Hottois, *Essais de philosophie bioéthique et biopolitique*, Paris, Vrin, 1999

²¹⁴ Bernard BAILYN, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Harvard, 1992, pp. 200 et 202.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 221.

²¹⁶ Sen (33), p. 257.

position de Sen offrant une illustration imprévue de l'aphorisme suivant de Goethe : « *es hat niemand Gewissen als der Betrachtende* ».

Le lecteur a compris de ce qui précède que A. Sen donne une réponse négative à une question qu'il pose en ces termes : « le bénéfice mutuel et la réciprocité sont-ils nécessairement les fondements du raisonnable en politique ? »²¹⁷. D'une part en effet ce qui est « fondé sur la symétrie et la réciprocité n'est pas la seule base possible pour penser le comportement raisonnable à l'égard des autres » (p. 257). D'autre part, « le comportement raisonnable [...] n'est pas toujours lié à la coopération mutuellement profitable, donc à une logique de l'avantage personnel » (pp. 256-257). La « détention du pouvoir effectif et les obligations unilatérales qu'il induit peuvent aussi offrir au raisonnement impartial un important fondement qui dépasse largement la motivation du bénéfice mutuel » (p. 257). C'est l'asymétrie du pouvoir, et la responsabilité que cela entraîne, « en proportion exacte de cette asymétrie de pouvoir » (p. 257). Cette approche de Sen me semble très intéressante pour la compréhension de tous ces exemples de pouvoirs asymétriques qu'Aristote mentionne dans la *Politiques* I.2 et III.6. C'est à un examen de « *Sachgerechtigkeit* » qu'Aristote se livre, c'est donc le matériellement juste dans une situation d'asymétrie du pouvoir qui est à chaque fois ultimement relevant, qu'il s'agisse du pouvoir du capitaine de bateau sur l'équipage et les passagers, ou celui des parents sur les enfants²¹⁸.

Dans le premier article, j'analysais la position de Gilbert Hottois en faveur de la modification du patrimoine génétique transmissible à la descendance, et indiquais que la justification donnée par Hottois (la soi-disant nature contractuelle du droit, et l'absence de contrat avec les générations futures) est une très mauvaise justification. Cette position exclut, pour des raisons doctrinaires, que la détention d'un pouvoir effectif puisse entraîner des obligations strictes. Cette position écarte d'emblée toute recherche de ce qui est « *sachgerecht* », toute prise en compte des caractéristiques de la situation en cause (le caractère asymétrique du pouvoir en cause, en particulier). Et j'expliquais dans cet article la position

²¹⁷ *Ibid.*, p. 255, à la fin d'une section intitulée « Le raisonnement contractuel et sa portée ».

²¹⁸ On saisit bien que le « *sachgerecht* » est le seul « ultimement relevant », le seul souverain, quand il s'agit de coopération en vue d'un faire en situation extrême : dans un environnement à risque et décision rapide, comme l'aviation de ligne, les sous-marins nucléaires ou les porte-avions, le grade hiérarchique ne détermine plus l'autorité dans les moments cruciaux, par exemple s'agissant de l'autorisation d'appontage d'un avion sur un porte-avion. Les officiers supérieurs s'en remettent complètement à la dizaine de spécialistes qui participent directement à l'opération, chacun des spécialistes ayant le droit souverain de tout annuler à tout moment (voir Christian MOREL, *Les décisions absurdes. Sociologie des erreurs radicales et persistantes*, Editions Gallimard, Paris 2002). Voir aussi texte entre appels de notes 372 et 375.

très intéressante de Jürgen Habermas, opposée à celle de Hottois²¹⁹. La position d'Habermas illustre bien le travail de la raison pratique dans le contexte d'un raisonnement impartial sur ce qui est « *sachgerecht* » dans la situation en cause, sur ce qui est adéquat aux caractéristiques objectives de la situation (y compris, parmi ces caractéristiques, la dimension asymétrique du pouvoir que donnent les technologies en cause). Bien que toute sa philosophie soit consacrée au développement et à l'approfondissement du droit dans une optique contractualiste (comme celle de Hottois, donc), cet auteur relève qu'une telle conception ne doit pas nous « boucher la vue » (p. 65). Elle ne doit pas nous faire oublier que l'instrumentalisation de l'espèce humaine à laquelle les biotechnologies peuvent donner lieu, peut porter atteinte pour les générations futures à cet univers de relations et d'interactions interpersonnelles dans lesquelles les sujets de droit s'adressent les uns aux autres ces commandements et ces interdictions qui sont au cœur de l'origine de la morale selon Habermas. Si l'on utilise les expressions de A. Sen pour décrire le raisonnement de Habermas, on peut affirmer qu'Habermas, dans cet effort pour développer un « raisonnement impartial » (p. 257) sur le sujet, a écarté le « cadre limité et limitant du contractualisme » (p. 10) ; il a pleinement admis que « la question de la réalité se pose » (p. 481) et qu'il faut écarter toute approche « idéaliste » ; il a pleinement reconnu que le caractère asymétrique d'un pouvoir (celui qui nous permet de conditionner l'existence des générations futures est éminemment asymétrique), caractéristique importante de la situation en cause, génère des obligations qui ne sont fondées que sur le fait qu'elles apparaissent « *sachgerecht* ».

Dans le deuxième article je souligne que l'étude de ce qui s'est passé au moment des premières formulations des droits de l'homme en Amérique en 1776, treize ans avant la Révolution française, conduit à la conclusion qu'à l'origine des droits de l'homme, il y a essentiellement des « *expériences* en matière de pouvoir politique, de régime politique, de communauté politique, de cité et d'institutions publiques, avec des réflexions sur ces expériences, en particulier des réflexions sur ce qui est matériellement juste dans ce domaine (« *sachgerecht* ») », et qu'en ce sens, les droits de l'homme ne sont pas au départ, mais à la fin de la réflexion sur ce qui est « *sachgerecht* » en matière de communauté politique et de pouvoir sur l'homme et cette communauté. On y arrive comme à des moyens d'obliger le gouvernement à viser les fins pour lesquelles il a été constitué, en assimilant ces fins à des droits subjectifs des gens²²⁰. Mon analyse allait dans le même sens que celle de Sen : selon cet auteur, en matière de droits fondamentaux, l'approche a toujours été « liée à la responsabilité du pouvoir effectif »²²¹.

Analogie avec l'approche d'Aristote

²¹⁹ Habermas (note 149).

²²⁰ Torrione (note 35), pp. 571 et 572.

²²¹ Sen (note 33), p. 257; voir aussi pp. 425-429.

Le résultat auquel j'arrivais dans ces deux recherches a pris une nouvelle signification pour cette réflexion de philosophie politique que je voulais développer, dès que je me suis rendu compte qu'il y avait une analogie, non seulement entre les deux cas que j'avais étudiés, l'un par rapport à l'autre, mais aussi entre le cas de la communauté politique étudiée par Aristote dans la *Politique*, d'une part, et chacun de ces deux cas que j'avais étudiés, d'autre part. On peut même dire, si l'on prend ces deux cas comme points de départ, donc comme références (c'est normal de partir de ce que l'on connaît le mieux dans cette recherche de ce que peut bien être l'expérience de base en philosophie politique), qu'Aristote procède en philosophie politique, dans la *Politique*, non seulement selon une démarche analogue aux approches mises en œuvre dans ces deux cas, mais aussi à propos d'une situation analogue à celle à laquelle on a affaire dans ces deux cas.

Il approche les choses de façon analogue puisqu'il aborde la question de la communauté politique en fonction de ce qui est juste et injuste en matière « de pouvoir concernant l'homme et sa communauté (τῆς ἀρχῆς ... τῆς περὶ ἄνθρωπον καὶ τὴν κοινωνίαν τῆς ζωῆς) »²²², en fonction de ce qui est « *sachgerecht* » dans ce domaine. Et cette approche en fonction de ce qui est juste et injuste s'effectue à propos d'une situation analogue à celle à laquelle on a affaire dans ces deux cas, puisqu'il s'agit d'une situation impliquant aussi l'exercice d'un pouvoir, non pas toutefois d'un pouvoir qui s'exerce s'agissant de tel ou tel problème – la modification du patrimoine génétique et la vie des générations futures, par exemple – mais en fonction de « ce en vue de quoi [est] la cité »²²³, soit la fin recouvrant la vie humaine tout entière, le bien vivre intégral de l'homme.

Sans doute peut-on penser qu'en un sens l'approche d'Aristote est moins générale, parce qu'il se limite à un « phénomène socio-historique »²²⁴, celui de la cité grecque, alors que dans les réflexions actuelles s'agissant des générations futures on a une vue moins locale, plus mondiale. Mais malgré ce localisme, on dit d'Aristote qu'il « a été le penseur du politique par excellence »²²⁵, et par là on lui reconnaît un universalisme sans égal dans l'approche du politique. C'est à mon avis parce qu'il a fait comprendre que la perspective « de réduire l'injustice et de faire progresser la justice »²²⁶, n'a pas de cadre plus approprié que la

²²² *Pol.* III.6, 1278b17 (note 7), p. 226.

²²³ *Pol.* III.6, 1278b16 (note 7), p. 226.

²²⁴ Crubellier et Pellegrin (note 158), p. 189.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ Sen (note 33), p.13. On se souvient que selon Sen, cette perspective se réalise indépendamment de toute identification préalable des principes de la justice parfaite (p. 14),

communauté politique pour une mise en œuvre cohérente et décisive. Il a fait comprendre que la communauté politique est le lieu du déploiement intégral de « la raison pratique sur la justice »²²⁷, le lieu par excellence de « l'impartialité ouverte »²²⁸. Il n'y en a pas de plus éminent que celui-là, selon notre expérience. Et, de plus, à ce niveau (celui d'une communauté politique libre) rien d'autre que la justice matérielle ne peut être souverain. Voilà, je crois, l'expérience politique de base selon Aristote.

Dans les trois approches mises en parallèle dans cette section, soit les deux approches que j'ai étudiées dans ces deux articles²²⁹, et celle d'Aristote en philosophie politique, ce qui est décisif à chaque fois est donc tout autre chose que ce que l'on peut déduire de la nature humaine (« idéalement, il faudrait prendre en considération une métaphysique de la nature humaine et en déduire les droits naturellement attachés à l'homme », a affirmé un auteur libéral²³⁰). Sans doute, comme le dit Aristote, « il faut d'abord posséder à la naissance la nature humaine et non celle d'un quelconque autre animal »²³¹ pour raisonner sur la justice, mais la raison pratique sur la justice n'a pas à se conformer à « une métaphysique de la nature humaine », mais à être simplement ce qu'elle est, cette faculté capable de produire ce que Sen appelle un « raisonnement impartial »²³².

Il convient d'apporter une précision : ce n'est pas parce que l'homme est par nature un animal politique que la communauté politique est le lieu privilégié pour l'entreprise « de réduire l'injustice et de faire progresser la justice » (p. 13), mais c'est parce que l'on découvre par l'expérience que la communauté politique est le lieu par excellence de cette entreprise, le lieu par excellence de « l'impartialité dans le débat public ouvert » (p. 485), que l'on va considérer la communauté politique comme naturelle, et l'homme, qui a cette capacité de raisonner sur la justice, comme par nature animal politique, animal de cité (*polis*). Que l'être humain soit un animal politique est donc une conséquence du fait que son bien naturel « est d'être selon la raison », comme Thomas d'Aquin le répète sans cesse²³³.

sur la seule base d'une approche selon laquelle « raisonner et examiner la question impartialement est essentiel » (p.15).

²²⁷ Sen (note 33), pp. 481 et 485.

²²⁸ *Ibid.*, p.16.

²²⁹ Je souligne que je ne compare pas l'approche que j'*adopte* dans ces articles avec celle d'Aristote. Ce qui est comparé à l'approche d'Aristote, c'est l'approche que j'*étudie* dans ces articles (ainsi, l'objet d'étude est, dans un cas, l'approche adoptée par Hottos ou Habermas en matière de modifications génétiques de l'être humain).

²³⁰ Guy HAARSCHER, *Philosophie des droits de l'homme*, 4^e éd., Université de Bruxelles, Bruxelles, 1993, p.169.

²³¹ *Pol.* VII.13, 1332a40 (note7), p. 493.

²³² Sen (note 33), p. 257.

²³³ *Somme théologique*, II-II, q. 141, a.6, Ed. du Cerf, Tome 3, 1999, p.813.

Ce qui se retrouve dans chacune des trois approches (chacun des deux cas que j'avais étudiés, et le cas de la communauté politique étudié dans la *Politique*), l'élément commun malgré la très grande diversité des problématiques, c'est que chaque fois on a affaire à une situation dans laquelle seule est décisive et peut gouverner la « *Sachgerechtigkeit* », c'est-à-dire ce qui est adéquat aux caractéristiques objectives de la situation en cause (pour décrire l'opération intellectuelle mise en œuvre, Aristote dit qu'il s'agit de « [κρίνειν] ποῖα ποίοις ἀρμόττει », de « *judicare qualia qualibus congruunt* », ce que Tricot traduit, de façon pas très heureuse, par « discerner [...] quelles sortes de dispositions [...] doivent répondre à une situation donnée » (pour cette référence à *Eth. Nic.*, X.10, 1181b9, p. 569, voir *infra* note 395). Il n'y a pas d'autre possibilité que celle-là. La cité, c'est la situation par excellence dans laquelle ne peut être souverain, à cause de la multiplicité, que le droit (au sens de ce qui est matériellement juste), rien d'autre que le droit. Que la cité soit régie « *non potentia, sed jure* » comme le répète Cicéron²³⁴, c'est la seule option raisonnable. Cela ne veut pas dire, bien sûr, que c'est la situation qui se produit toujours, ni même le plus fréquemment.

La dimension téléologique

Pour comprendre le point de départ de la philosophie politique d'Aristote, il faut ajouter à ce que l'on vient de voir un autre élément, central lui aussi : la dimension téléologique. En effet, ces situations de pouvoir asymétrique et tout ce qui en elles relève de la perspective « de réduire l'injustice et de faire progresser la justice »²³⁵, s'inscrivent dans un contexte marqué par une orientation générale vers un certain accomplissement humain, vers une certaine réalisation (ce que l'on peut appeler la dimension téléologique). Cette orientation, c'est un des fondements du raisonnable, au niveau politique aussi. Cet aspect du raisonnable est important : c'est en effet dans l'orientation vers une fin que consiste la contribution la plus grande de la raison quand elle ordonne²³⁶. Voilà le dernier point à examiner avant d'aborder le texte d'Aristote. Ce dernier point permet de mettre en lumière comment se manifeste la primauté du bien en politique.

Avant de l'aborder, rappelons les étapes déjà parcourues :

²³⁴ Voir l'affirmation de Cornelius Nepos dans la biographie de Caton l'Ancien : « alors la cité était gouvernée non pas par la puissance, mais par le droit » (« *tum non potentia, sed jure res publica administrabatur* »), in Cicéron, *La Repubblica*, a cura di Francesca Nenci, Milan, 2008, p. 47 de l'introduction.

²³⁵ Sen (note 33), p. 13.

²³⁶ Comme le dit Thomas d'Aquin : « *Praecipuus autem ordo rationis consistit ex hoc quod aliqua in finem ordinat* » (*Somme théologique*, II-II, q. 141 a. 6).

– On a écarté le normativisme (ou transcendantalisme) : l'expérience est le seul point de départ.

– On a écarté l'expérience de la coopération en vue d'avantages mutuels comme seule source du raisonnable en politique : ce n'est pas la seule expérience de départ, et, surtout, on ramènerait la totalité du politique à une question d'intérêt mutuel en privilégiant cette dimension.

– L'expérience fondamentale dans ce domaine, c'est celle de situations dans lesquelles est décisif et ultime ce qui est matériellement juste (*sachgerecht*), c'est-à-dire ce qui est adéquat aux caractéristiques objectives de la situation générale en cause ; c'est l'expérience de la souveraineté de la raison pratique dans l'exercice consistant à discerner ce qui est adéquat à telle ou telle caractéristique générale ou aux circonstances particulières (« [κρίνειν] ποῖα ποίοις ἀρμόττει », de « *judicare qualia qualibus congruunt* ») ; c'est la souveraineté de la « *Sachgerechtigkeit* ».

– Les caractéristiques générales de la situation que la *Sachgerechtigkeit* conduit à prendre en considération, comprennent surtout, au niveau d'une communauté politique, le caractère asymétrique du pouvoir en cause, et la responsabilité que cela entraîne, « en proportion exacte de cette asymétrie de pouvoir ».

– Le contexte général dans lequel s'inscrit aussi bien l'asymétrie du pouvoir en question que la recherche d'une solution ou d'un ordre adéquat à la situation, est constitué par une orientation vers un certain accomplissement humain, vers une certaine réalisation.

L'orientation vers une certaine réalisation humaine est quelque chose de central pour la pensée pratique. La raison pratique est en effet une raison tout entière orientée vers l'œuvre à réaliser, s'agissant du bien vivre intégral de l'homme. Ce qu'elle s'efforce de faire c'est de bien raisonner en rapport avec le bien vivre dans son ensemble, « *ad totum bene vivere*²³⁷ », non seulement pour une personne, mais aussi « ses parents, ses enfants, sa femme, et tous ses amis et concitoyens »²³⁸.

Martha Nussbaum a souligné que la conception aristotélicienne, à la différence de la pensée stoïcienne et kantienne, reconnaît pleinement la vulnérabilité humaine : il y a de multiples domaines où les êtres humains ont besoin d'une assistance du monde extérieur pour réussir à se développer et à bien vivre²³⁹, et on a tort de penser que « les conditions matérielles comptent pour rien » (p. 177), que « la dignité est la seule chose importante ». La raison pratique prend en charge un être de besoin dans sa

²³⁷ *Somme théologique*, II-II q. 47, a. 2 ad 1.

²³⁸ *Eth Nic.*, I.5, 1097b9-11, (note 29), p. 59.

²³⁹ Martha C. NUSSBAUM, *Capabilités. Comment créer les conditions d'un monde plus juste ?*, Paris, Flammarion, 2012, p.179.

réalité, pour ce qui touche à la santé physique, au développement mental, et aussi aux plans intellectuel, affectif et spirituel, en particulier s'agissant du développement des vertus à ces différents niveaux. Si la raison pratique est ainsi tournée vers ce qui est à faire, à rechercher (« practical reason is the mind chartering what is to be, not merely recording what already is », dit Germain G. Grisez²⁴⁰), c'est fondamentalement parce que c'est la raison d'un être agissant dans le temps, développant progressivement des capacités initialement inachevées.

Tous ces développements que prend en charge la raison pratique sont orientés vers des opérations, des activités. En effet, le bien vivre, c'est le bien opérer – un bien opérer qui dépend à la fois du type d'opération, et de l'excellence avec laquelle on l'accomplit²⁴¹. En ce sens Aristote affirme que pour la prudence, la fin, c'est-à-dire l'œuvre qu'elle doit réaliser, c'est la situation de bonne opération (l'eupraxie)²⁴².

Que le raisonnable au niveau politique comprenne cette orientation vers une certaine réalisation humaine, il n'y a là rien de surprenant pour les juristes qui ont un peu réfléchi à la puissance de l'argument téléologique dans la pratique du droit, que ce soit au niveau de l'interprétation des textes (interprétation téléologique), ou plus largement, comme lorsque les tribunaux se réfèrent à des « buts constitutionnels élémentaires²⁴³ », notamment le but que constitue « l'existence de l'homme et aussi [...] son épanouissement »²⁴⁴.

H. L. Hart explique cette dimension fondamentale du raisonnable dans un texte intitulé « le contenu minimum du droit naturel », qu'on va examiner. Il intitule ainsi cette section de son ouvrage *Le concept de droit*, parce que précisément ce travail de la raison pratique se caractérise par la détermination et la mise en place du minimum indispensable à la réalisation concrète de la fin en cause compte tenu des faits propres à la situation concrète, en établissant donc ce que Hart appelle « le lien

²⁴⁰ Germain G. GRIEZ, « The First Principle of Practical Reason : A Commentary on the Summa theologiae, 1-2, question 94, article 2 », *Natural Law Forum*, 10, 1965, p. 168-201, p. 175.

²⁴¹ *Somme théologique*, I-II q. 57, a. 5.

²⁴² *Eth. Nic.*, VI 5, 1140b7.

²⁴³ ATF 115 Ia 234, *JdT* 1991 I 194, consid. 10b. Le texte de l'arrêt en allemand parle de « elementare Verfassungsziele ».

²⁴⁴ ATF 121 I 367, *Semaine judiciaire*, 1996, p. 389, consid. 2b.

spécifiquement rationnel que ce type d'approche établit entre les faits naturels et les règles juridiques et morales »²⁴⁵.

A. Sen va dans le même sens. Sa divergence avec les philosophies politiques dominantes aujourd'hui ne porte pas seulement sur le refus du transcendantalisme (on a examiné ce refus plus haut). Il y a une autre divergence, et elle est importante pour la question de la dimension téléologique que nous sommes en train d'examiner. Alors que la philosophie politique dominante ne va s'intéresser « qu'à des institutions et à des règles », nous allons, dit Sen, « nous concentrer sur des réalisations concrètes dans les sociétés étudiées »²⁴⁶. Sen présente de la façon suivante ce que j'appelle « dimension téléologique » : « nous avons besoin d'une interprétation de la justice fondée sur les accomplissements, parce que la justice ne peut rester indifférente aux vies que mènent réellement les gens » (p. 44). Il parle de « l'importance des vies, expériences et réalisations humaines » (p. 44), des « existences que les gens parviennent – ou ne parviennent pas – à mener » (p. 44). Il désigne ainsi ce qui relève de cette dimension téléologique que j'essaie de mettre en évidence.

A. Sen se défend de l'accusation de conséquentialisme qui lui est faite par « les philosophes qui insistent sur le rôle du devoir » (p. 48). Il indique que la prise en compte de la dimension représentée par les conséquences concrètes du système économique, politique et juridique sur la vie des gens, n'est pas nécessairement conséquentialiste (pp. 48-50), et il montre précisément pourquoi elle ne l'est pas. Il est certain que son approche, comme celle d'Aristote, de Thomas d'Aquin et de Martha Nussbaum, est opposée à celle de Kant, par exemple, qui ne laisse pas de place au bien que représente la vie et l'épanouissement humain dans sa réflexion sur la problématique politique²⁴⁷. L'approche de Sen donne une place au bien. Mais ce bien n'est pas un bien qui, défini avant le juste et indépendamment de celui-ci, servirait à définir le juste. Sans doute, l'orientation vers un certain accomplissement humain est bien définie comme orientation vers l'existence et l'épanouissement humain (le vivre et le bien vivre) dès le départ, mais sans que l'accomplissement humain ne le soit. On verra qu'Aristote met ce point en évidence au début de l'*Ethique à Nicomaque*. L'approche de Sen et des autres philosophes que nous avons cités ne tombe donc pas sous la critique adressée par John Rawls à l'utilitarisme (désigné par Rawls comme une philosophie qui adopte une « perspective téléologique »). Selon Rawls l'utilitarisme a le tort de « définir le bien indépendamment du juste, et ensuite le juste est défini comme ce qui

²⁴⁵ Hart (note 148), p. 239.

²⁴⁶ Sen (note 33), p. 34.

²⁴⁷ Audard (note 135), p. 83.

maximise le bien. Plus précisément, sont justes les institutions qui produisent le plus grand bien possible...²⁴⁸».

L'approche de Sen sur ce point est semblable à celle de Thomas d'Aquin, qui parle de la fin qu'est le bien vivre intégral comme ce qui est visé (pris en ligne de mire) par la raison pratique – un bien vivre que les gens parviennent ou ne parviennent pas à réaliser. Ce bien vivre intégral, c'est selon Thomas d'Aquin la cause la plus élevée dans le domaine des actes humains, c'est la fin de toute la vie humaine, et tous les raisonnements de celui qui est prudent sont orientés vers cette fin²⁴⁹.

Pour mieux comprendre cette dimension téléologique, examinons encore comment Hart, qui est positiviste, conçoit l'intervention de la raison humaine dans cette orientation vers la fin que représente l'existence humaine, comment il conçoit le « lien spécifiquement rationnel » qui est ainsi établi²⁵⁰ :

1 – Suivant Hart, le courant jusnaturaliste formule certaines vérités élémentaires sur ce qu'est le droit. Il faut reconnaître avec ce courant qu'il y a un contenu de droit naturel présent dans les divers systèmes juridiques nationaux. Ce contenu est une composante indispensable des systèmes juridiques. Il est en particulier constitué par « les formes minimales de protection des personnes, de la propriété et des promesses ». Saisir qu'il s'agit d'un contenu relevant du droit naturel est essentiel à la bonne compréhension de ce qu'est le droit en général. Il n'est en particulier pas vrai d'affirmer, comme le fait une thèse positiviste célèbre que Hart refuse de prendre à son compte, que le droit en général « peut avoir n'importe quel contenu » (« Legal norms may have any kind of content »²⁵¹). Il n'est donc pas vrai d'affirmer que tout dépend de la volonté du législateur (ou de celle du constituant, ou de celle du souverain populaire). Il n'est pas vrai d'affirmer qu'ils peuvent décider ce qu'ils veulent. Il n'est pas vrai que toute norme est l'expression d'un acte de volonté. Hart souligne de plus que la thèse sur ce contenu minimum présent dans tous les systèmes juridiques nationaux, n'est pas nécessairement « associée à la croyance en

²⁴⁸ John RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987 et 1997, p. 50.

²⁴⁹ *Somma téléologique*, II-II, q. 47 a. 2, ad 1. « *In genere autem humanorum actuum causa altissima est finis communis toti vitae humanae : et hunc finem intendit prudentiam... ; ita ille qui bene ratiotatur ad totum bene vivere, dicitur prudens simpliciter.* » « dans le genre des actes humains, la cause la plus élevée est la fin commune de la vie humaine toute entière. Et telle est la fin qui vise la prudence [...] et celui qui raisonne bien à l'égard du bien vivre tout entier est appelé prudent absolument » (Cerf, Tome 3, 1999, p. 120).

²⁵⁰ Hart (note 148), pp. 223-239.

²⁵¹ Hans KELSEN, *General Theory of Law and State*, Oxford University Press, 1949, p. 113.

un gouverneur ou en un législateur divin de l'univers », mais qu'elle est née « dans la pensée grecque, qui sur ce point était parfaitement laïque ».

2 – A quoi tient ce contenu, s'il est vrai qu'il ne dépend pas de la volonté du législateur national, ni de celle d'un législateur divin ? Est-ce que Hart va devoir réintroduire l'idée d'un lien entre la morale et le droit, et soutenir par exemple que certaines règles morales élémentaires s'imposent par elles-mêmes en droit, et donnent naissance à ce contenu minimum ? Suivant Hart on peut maintenir la séparation entre droit et morale : ce contenu minimum tient à une autre connexion que celle entre droit et morale (d'ailleurs cette autre connexion impose à la morale aussi, et non seulement au droit, un certain contenu minimum). Ce contenu de droit naturel dépend des buts que poursuivent les participants au système juridique en cause, et de la situation de base dans laquelle ils se trouvent : compte tenu des buts qu'ils poursuivent dans la situation de base qui est la leur, le droit (et la morale) doit avoir tel ou tel contenu, indépendamment de la volonté du législateur, qui n'y peut rien changer. Ce contenu tient donc selon Hart à une dimension téléologique (une dimension de finalité interne) qui imprègne toute l'action et la pensée humaine. Hart relève que le langage qu'on utilise indique que l'on pense que cette dimension de finalité interne ne se retrouve pas seulement chez l'être humain, mais dans toute la nature s'agissant des végétaux et des êtres vivants, selon une conception de la nature qui n'est pas celle de la science moderne, mais qui imprègne néanmoins tout notre mode de penser : ainsi, pense-t-on, le fait qu'un gland devienne chêne constitue un stade de développement que non seulement les glands atteignent régulièrement, mais qui est un acheminement vers la fin spécifique ou propre de l'être en cause, c'est-à-dire vers une dimension relevant de sa finalité interne. Quand il s'agit de l'être humain, on pense et parle de la même façon, et, de plus, notre action est totalement imprégnée de ce mode de penser.

3 – La raison pratique joue un rôle central dans la détermination du contenu minimum de droit naturel ; c'est au terme d'un travail de la raison que ce contenu est présent dans le droit positif. Le contenu en question est dû à une intervention de la raison, et non pas à celle de la volonté. Toute norme n'est donc pas le résultat d'un acte de volonté. Ce contenu n'est en effet rien d'autre que ce que la raison conçoit comme nécessaire pour la réalisation de cette finalité interne qui consiste pour chacun à préserver sa propre existence et à continuer à vivre. Il y a donc passage de la conservation de la vie (la fin et le but, selon cette perspective de finalité interne), à la nécessité d'un contenu spécifique dit « de droit naturel » (ce contenu c'est le moyen de réaliser cette fin, compte tenu de la situation dans laquelle on se trouve). Ce passage se fait grâce à un lien spécifiquement rationnel qui est établi par la raison pratique entre un but

et les moyens adéquats pour le réaliser. En d'autres termes, la situation de fait dans laquelle on se trouve, et « la conservation comme but », constituent *la raison* pour laquelle le droit a un contenu spécifique, ce contenu minimum de droit naturel en question. Les normes qui ont ce contenu tiennent d'abord à un raisonnement téléologique, et pas d'abord à un acte de volonté du législateur ou du constituant. Ceux-ci n'auraient pas pu décider tout autre chose, et les normes ne peuvent pas toutes avoir n'importe quel contenu.

Plus haut, on a rapproché Hart et Sen s'agissant de l'attention à la dimension téléologique. Il y a cependant une différence fondamentale entre eux : Hart limite en effet son approche du droit naturel (pour l'indiquer, il prend le soin de parler de contenu *minimum* de droit naturel) pour la rendre compatible avec le positivisme juridique comme épistémologie, c'est-à-dire comme science et approche du droit conçue sur le modèle de l'approche de la réalité physique par les sciences empiriques. Bien comprendre comment il met en place cette limitation aide à comprendre correctement Sen ou Aristote, nous semble-t-il, par contraste. Les deux limitations sont liées au fait que Hart veut faire reposer sa philosophie sur un socle scientifique. Il s'agit des deux limitations suivantes :

1 – La première limitation trouve sa source dans la volonté de Hart de se limiter à de la sociologie descriptive, à un savoir qui se borne à décrire son objet en s'abstenant de toute appréciation, ou jugement de valeur. On constate l'existence de système profondément injuste, comme le système juridique de l'Allemagne nazie par exemple. Ces systèmes ont pourtant été les systèmes juridiques de certains pays pendant de longues années, tout au moins aux yeux de celui qui aborde le droit en observateur externe, en insistant sur le fait que le savoir sur le droit doit rester, comme dans les sciences empiriques, distinct de son objet. Il faut donc admettre que le contenu de droit naturel, soit le contenu des normes qui ont pour fin de protéger les personnes, n'est qu'un minimum, en ce sens qu'il se peut très bien que ce contenu ne bénéficie qu'à certaines personnes, par exemple seulement au despote, ou au despote et à sa famille, ou à tous ceux qui appartiennent à la caste dirigeante, ou à ceux qui sont de race blanche, etc.. C'est la seule chose vraiment indispensable, en termes de contenu, pour qu'un système juridique existe. La justice matérielle minimale selon laquelle la distribution de ce type de protection devrait être matériellement justifiée (« *sachgerecht*»), c'est-à-dire se faire à l'avantage de « tout être humain » comme le prévoient les articles constitutionnels de base dans certains systèmes (par ex. en Suisse), n'est pas prise en compte ; Hart est conduit, par sa volonté consciente d'en rester au modèle des sciences empiriques, à concevoir cet aspect comme un développement particulier à certains systèmes juridiques (il attaque surtout Ronald Dworkin en ramenant la philosophie de ce dernier à une méditation sur le système constitutionnel américain). Le choix du positivisme comme épistémologie le conduit à refuser de tenir compte de ce que je viens d'appeler plus haut

l'expérience politique de base, soit l'expérience que dans une communauté politique libre ne peut être souverain, à cause de la multiplicité, que le droit au sens de ce qui est adéquat aux caractéristiques objectives de la situation en cause (« *Sachgerechtigkeit* »), c'est-à-dire en définitive la raison entendue comme capacité de « [κρίνειν] ποῖα ποίοις ἀρμόττει », de « *judicare qualia qualibus congruunt* ». Hart admet d'ailleurs que l'on peut parfaitement ne pas faire un tel choix épistémologique, et développer une approche du droit qui n'en reste pas à un minimum en matière de contenu de droit naturel ; selon Hart, ce genre d'approche est plutôt complémentaire qu'opposé à une approche de nature exclusivement sociologique et descriptive²⁵².

2 – La deuxième limitation tient au fait que Hart veut pouvoir insérer son analyse de la dimension téléologique et du contenu minimum de droit naturel dans le cadre général de l'approche des sciences empiriques comme la biologie et la génétique. Cela exige que l'orientation du système juridique soit conçue non pas comme une orientation vers une finalité définie comme l'existence et l'épanouissement humain, mais seulement vers la finalité que représente le simple maintien en vie. Cette limitation permet à Hart de soutenir que la raison humaine n'intervient pas dans la détermination de la fin visée, mais que cette fin est seulement une question d'instinct : l'instinct de survie, le simple fait contingent que « la plupart des êtres humains, en tout temps, désirent continuer à vivre »²⁵³.

Ce passage par la philosophie de Hart va nous permettre de mieux mettre en évidence dans la section suivante comment dans la *Politique* Aristote écarte les deux limitations que l'on vient de décrire. S'agissant de la première limitation, on va voir que pour Aristote la communauté politique se définit comme la mise en commun d'un ordre constitutionnel dans lequel la justice matérielle joue un certain rôle (la « *Sachgerechtigkeit* », entendue comme le résultat de la mise en œuvre d'une raison qui s'efforce, dans un exercice public et collectif, à travers la délibération, de déterminer l'ordre constitutionnel adéquat aux caractéristiques objectives de la situation en cause). Le contenu de droit naturel (au sens du matériellement juste) présent dans tous les systèmes juridiques va donc bien au-delà, selon l'approche d'Aristote, que du contenu minimum accepté par Hart au terme de cette première limitation.

A la seconde limitation de Hart s'oppose l'idée que les systèmes juridiques et politiques se jugent à l'épanouissement des hommes, et donc la finalité n'est pas seulement la survie ou la vie. La *Politique* contient en notamment de nombreuses analyses de l'importance des relations humaines dans la vie humaine envisagée du point de vue de la philosophie politique, autrement dit du caractère central de l'amitié dans la vie humaine selon cette perspective politique. On a dit que c'est dans l'orientation vers la fin que consiste la contribution la plus grande de la raison qui ordonne,

²⁵² Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, 1988, p. 10.

²⁵³ Hart (note 148), p. 230.

et l'on voit tout ce que ce travail d'orientation peut impliquer si, comme le dit Aristote dans un passage que l'on a déjà cité (voir notes 196 et 197 ci-dessus), la fin ultime visée par les communautés politique est bien « l'amitié » (« le plus grand des biens pour les cités »). Avant d'examiner de façon approfondie la question de la fin des communautés politiques (on le fera dans la suite de cette contribution, dans la section intitulée « Le deuxième point : la question de la fin qui réunit les gens en communautés politiques, du bien en vue duquel elles sont constituées »), il convient de mettre en évidence la façon dont Aristote décrit l'expérience de base en matière de communauté politique, au début de l'*Ethique à Nicomaque* et dans la *Politique* (on va le faire dans la section qui suit, dont le titre est « La philosophie politique d'Aristote », une section qui sera en particulier consacré à la question du rôle de la justice matérielle à ce niveau).

(Article à suivre)