

TORRIONE Henri, *Peut-on se passer de la notion de bien dans la pensée juridique et politique ?*, in : Gavric Anto / Sienkiewicz W. Grzegorz (édit.), *Etat de bien commun*, Berne 2007.

## Peut-on se passer de la notion de bien dans la pensée juridique et politique?

IN: ETAT ET BIEN COMMUN, A. GAVRIC, G.W. SIENKIEWICZ (ÉDS.), PETER LANG, BERN 2007

HENRI TORRIONE

### 1. Introduction

Une partie importante de la philosophie politique moderne et contemporaine essaie d'éviter de se référer au bien commun, et veut, plus radicalement, se passer de toute idée du bien.

Pour comprendre la portée de cette tentative, il faut bien voir que ce que l'on essaie ainsi d'éliminer, ce n'est pas le bien au sens moral du terme: à propos du bien pris dans ce sens, ces courants se contentent d'affirmer qu'il y a différentes conceptions de la bonne façon de conduire sa vie, que toutes sont particulières, et qu'il faut être attentif, dans une approche libérale, à ne pas imposer aux autres sa propre conception. Comment leur donner tort sur ce point?

Dans la perspective du subjectivisme et du volontarisme radical défendu par de nombreux courants de la pensée moderne et contemporaine (courants fréquemment identifiés à «la» modernité), ce qu'il faut éliminer complètement de la pensée juridique et politique, c'est le bien au sens prémoral du terme, le bien que par exemple John Rawls visait quand il parlait de «biens premiers» dont tout le monde a besoin quels que soient par ailleurs ses choix de vie, le bien auquel on pense quand on parle, en droit de la responsabilité civile par exemple, du bien qu'est l'intégrité corporelle ou la santé, par opposition aux atteintes qui

leur sont portées. Est aussi un bien dans ce sens prémoral celui que vise, par exemple, l'article 20a de la loi fondamentale allemande lorsqu'il parle des «bases naturelles de la vie» humaine, et de leur protection compte tenu de la responsabilité de l'Etat vis-à-vis des générations futures.

Le subjectivisme nie que les réalités de ce genre soient objectivement des biens, et il le fait de façon radicale: selon lui, on ne peut pas utiliser la notion de bien dans un sens objectif, quelle que soit la réalité qu'on envisage, parce que l'utilisation de cette notion pour qualifier telle ou telle réalité ne fait qu'exprimer les préférences subjectives de celui qui l'utilise. On verra plus bas la formulation classique de cette position chez un philosophe comme Thomas Hobbes. Selon l'approche radicale défendue par certains de ces courants, qui adoptent une position qui relève d'un anti-naturalisme absolu, ce qui est humain reposerait exclusivement sur les préférences et les productions de la subjectivité individuelle et collective. Ce serait le cas de la personne humaine elle-même, qui, selon cette conception, ne serait pas une réalité donnée par la nature, mais résulterait d'une sorte d'auto-production et de choix d'elle-même, et devrait donc être considérée comme «le construit d'une volonté», comme en quelque sorte à l'origine d'elle-même.<sup>1</sup>

Ces courants sont particulièrement actifs, et même «offensifs», lorsqu'il s'agit de biotechnologie. Ils sont très bien représentés au sein des commissions de bioéthique. Il y a de leur part, dans ces commissions, une sorte de prosélytisme pour une alliance étroite entre, d'une part, une approche radicalement subjectiviste en matière de réflexion politique, juridique et philosophique, et, d'autre part, l'utilisation résolue des pouvoirs sur lui-même que les biotechnologies vont peut-être donner à l'être humain, s'agissant de son amélioration, voire de sa transformation et de «sa» production comme être substantiellement différent. On en verra un exemple plus bas avec le philosophe Gilbert Hottois, qui reprend à son compte le mot de T.H. Engelhardt suivant lequel à long terme, il n'y a pas de raison de penser qu'une seule espèce sortira de la nôtre: «il pourrait y avoir autant

1 Pour une critique de cette position, voir Olivier Rey, *Une folle solitude. Le fantasme de l'homme auto-construit*, Paris: Seuil, 2006.

d'espèces qu'il y aura d'opportunités invitant à remodeler substantiellement la nature humaine [...].<sup>2</sup>

L'utilisation effective du pouvoir de remodeler l'être humain résoudrait dans le sens du subjectivisme radical la question de savoir s'il est possible d'éviter toute référence au bien dans la pensée politique et juridique, ou du moins elle permettrait de faire en sorte que la question du bien (notamment celle du bien qu'est l'existence d'un être humain qui n'a pas été modifié génétiquement par une intervention humaine) soit dépassée par le fait accompli que constituerait un remodellement effectivement réalisé.

John Rawls a-t-il pris en considération la possibilité qu'un tel tournant opératoire se produise dans l'avenir (on transformerait alors le sujet même de la philosophie, sans se préoccuper ni de philosophie, ni du bien que constituent les «bases naturelles de la vie») lorsque, s'agissant de la perspective «qu'il faille éviter les idées du bien», il portait le jugement que: «c'est [...] impossible»? C'est peu probable. Quoi qu'il en soit, rappelons que ce philosophe n'a cessé de souligner que son approche «ne signifie pas qu'il faille éviter les idées du bien [...]. Elle signifie plutôt que les idées du bien utilisées doivent être politiques».<sup>3</sup>

Après avoir illustré par un exemple ce que l'on vise concrètement quand on affirme que le subjectivisme radical entend éviter toute idée du bien dans la pensée juridique, et comment au contraire, suivant une approche opposée à celle du subjectivisme, il y a effectivement en droit, et il doit y avoir, utilisation d'idées politiques du bien (II. Le droit de ne pas naître (la liberté avant la vie) dans l'arrêt *Perruche* et la législation française subséquente), nous allons avancer l'hypothèse que la raison fondamentale qui conduit à vouloir se passer des idées du bien dans la pensée juridique et politique, c'est la conviction qu'il n'y a aucune

2 Gilbert Hottois, *Essais de philosophie bioéthique et biopolitique*, Paris, 1999, p. 26. Pour une critique de cette approche, voir Pierre Legendre, *Sur la question dogmatique en Occident*, Fayard, 1999, qui affirme notamment aux pages 333-334: «même si la réaction contre la mise en acte, politiquement et socialement admise, des pires fantasmes narcissiques ne devait être que le fait de quelques-uns, il y aura toujours ces quelques-uns, et l'humanité, à travers eux, dira non [...]; il va y avoir du nouveau dans la pensée, parce que le niveau technologique est tel que nous avons le dos au mur».

3 John Rawls, *Libéralisme politique*, Paris: PUF, 2001, p. 248.

objectivité dans les jugements portés sur le bien, ni d'ailleurs dans ceux qui sont relatifs à la justice (III. Scepticisme pratique radical). Puis nous exposerons le mécanisme ingénieux qui permet à Hobbes d'édifier le droit et la morale dans un monde où l'on rejette la possibilité d'une appréciation objective portée sur le bien et le juste, où l'on se passe donc de toute idée du bien et de ce qui est juste (IV. Thomas Hobbes: l'invention du mécanisme dialectique qui donne un fondement au droit et à la morale en l'absence de tout recours à la notion de bien). Ensuite, après avoir décrit l'utilisation du modèle hobbésien en bioéthique par un auteur comme Gilbert Hottois (V. L'exploitation du modèle hobbésien en bioéthique par Gilbert Hottois), puis fait brièvement référence au retour en force des idées du bien chez divers auteurs contemporains, confrontés à l'impossibilité de penser autrement une limite au pouvoir que les biotechnologies vont peut-être donner à l'homme sur lui-même, sur l'avenir de l'espèce, sur les générations futures (VI. Le retour à l'usage de la notion de bien dans la pensée politique et juridique), nous consacrerons une section au droit naturel et à la question de l'objectivité de la connaissance pratique du bien et du juste (VII. Droit naturel et objectivité de la connaissance pratique). Nous terminerons avec quelques remarques sur la relation entre le bien (au sens prémoral du terme), le bien commun, l'utilité commune et la justice (VIII. Quelques remarques sur le bien commun, l'utilité commune et la justice). Nous n'aborderons pas dans cette présentation le bien au sens moral du terme.

## 2. Le droit de ne pas naître (la liberté avant la vie) dans l'arrêt *Perruche* et la législation française subséquente

Pour comprendre concrètement ce que nous entendons par faire abstraction du bien au sens prémoral du terme, examinons rapidement l'affaire *Perruche*. C'est un cas difficile dans lequel la décision prise par le tribunal n'est pas déterminée par le contenu du droit positif, mais

plutôt par la philosophie du droit sous-jacente, qui constitue le véritable enjeu de l'affaire.<sup>4</sup>

Les faits sont simples. En 1982, le médecin de famille de Madame Perruche (26 ans, enceinte) suspecte une rubéole mais après analyses conclut (à tort) à l'absence de cette maladie, qui a toujours des conséquences extrêmement graves pour le fœtus; Madame Perruche avait informé son médecin de sa volonté d'interrompre la grossesse au cas où le diagnostic de la rubéole serait confirmé (il n'existe pas de traitement, et c'est la seule mesure à disposition de parents qui souhaitent éviter la naissance d'un enfant handicapé).

Nicolas Perruche naît le 14 janvier 1983; il est lourdement handicapé (syndrome de Greg ayant pour origine une rubéole contractée pendant la grossesse). Le handicap en question n'est pas un handicap provoqué par un accident, par un geste médical, diagnostique ou thérapeutique, effectué durant la grossesse ou au cours de l'accouchement. Ce n'est pas non plus un handicap qui aurait pu être évité par un traitement adéquat, ou qui pourrait être soigné.

C'est un handicap en quelque sorte inhérent à la personne de l'enfant. Il résulte de la rubéole de la mère, et trouve son origine au moment de la conception ou pendant les premiers moments de la grossesse. Toute la difficulté vient de ce que le handicap n'aurait pas pu être évité autrement qu'en procédant à un avortement «thérapeutique». Il n'y avait pas d'autre alternative à la vie handicapée, pour Nicolas Perruche, que de ne pas naître.

Dans la procédure judiciaire, Nicolas Perruche et l'assurance publique qui couvre son invalidité demandent au médecin de sa mère de prendre en charge la totalité du coût du handicap. D'une certaine façon, Nicolas Perruche reproche au médecin d'être responsable de sa naissance: sans l'erreur de diagnostic sur la rubéole, sa mère aurait avorté, et il ne serait jamais né. Le dommage réclamé est d'ailleurs égal au coût de son existence entière.

4 Sur cette affaire, voir Olivier Cayla et Yan Thomas, *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche*, Paris: Gallimard, 2002. Voir aussi, pour une présentation complète de ce qui suit, Henri Torrione, «Le préjudice d'être né. Quelques réflexions à propos de l'ATF 132 III 359», *Responsabilité et Assurance*, 2006, n. 4, p. 388 et suivantes.

En date du 17 novembre 2000, la Cour de cassation décide que:

dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme Perruche avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues.

Elle décide de condamner le médecin à une indemnité correspondant au coût de l'existence de Nicolas Perruche.

Nicolas Perruche avait-il donc un droit à ne pas naître, à ne pas être? Suivant les partisans de la décision prise par la Cour de cassation, un tel droit existe. Le droit de ne pas être de l'enfant handicapé (en réalité, le droit de bénéficier des avantages de la décision d'avorter prise par sa mère), serait un droit subjectif virtuel qui procède du choix de la mère d'avorter, et il devrait être considéré comme une figure fondamentale de la liberté radicale et absolue qui, depuis la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, serait au cœur de tout le droit.<sup>5</sup>

On soutient dans cette perspective que dans les textes relatifs aux droits de l'homme, la liberté de l'individu est conçue comme sans limite, pour tout ce qui ne relève pas de l'exercice de cette liberté dans un contexte social (dans un contexte social, il y a en effet limitation réciproque de la liberté de chacun par des bornes qui permettent aux autres membres de la société la jouissance des mêmes droits). On soutient en outre que la liberté de ne pas être, qui s'exerce à travers le choix de la mère d'avorter, constitue l'exercice de la liberté radicale et absolue qui existe à l'état de nature, avant tout contexte social.

Cette figure de la liberté est centrale, parce qu'il y a alors liberté concrètement exercée à l'égard de l'existence même, comme dans le suicide, et donc liberté dont l'exercice apparaît comme plus fondamentale que l'existence elle-même. C'est la preuve pratique, pense-t-on, que la liberté est sans limite: elle est plus radicale que l'être, et s'exerce au-delà du bien et du mal (bien et mal étant entendus dans un sens prémoral).

Suivant les partisans de cette philosophie du droit, adopter une autre approche reviendrait à rejeter «les principes démocratiques forgés par la

5 Cf. Olivier Cayla et Yan Thomas, *op. cit.*, p. 14.

pensée moderne des droits de l'homme»<sup>6</sup>, à adopter une «orientation foncièrement hostile à toute idée de droit subjectif de l'individu»<sup>7</sup>, «à contester radicalement la liberté de l'individu»<sup>8</sup>. C'est cette liberté radicale qui serait la «véritable «matrice» des droits de l'homme»<sup>9</sup>, et c'est Thomas Hobbes qui serait «le principal inaugurateur de la théorie des droits de l'homme».<sup>10</sup>

Les partisans de cette philosophie du droit voient dans toute autre position un «projet de subversion des valeurs fondamentales de l'ordre politique hérité des Lumières»<sup>11</sup>, et reprochent à leurs adversaires de faire appel à la philosophie du droit naturel qui a été invoquée «périodiquement depuis la Révolution par les générations successives d'adversaires de l'individualisme libéral».<sup>12</sup>

Suivant cette position, qui se désigne elle-même comme relevant d'une «modernité individualiste et artificialiste»<sup>13</sup>, la loi et le droit ne sont pas relatifs à un corps social composé d'êtres humains tels qu'ils sont donnés par la nature. En effet, «il n'y a jamais de personne humaine qui soit donnée par la nature, pour la bonne raison que, dans la nature (ou à l'état de nature), il n'y a strictement rien de discernable ou d'identifiable».<sup>14</sup> La personne doit être pensée «comme étant le construit de la volonté et non pas le donné de la nature [...] que le droit devrait se contenter de consacrer».<sup>15</sup> Ces auteurs se réfèrent notamment à Nietzsche qui affirmait déjà que la personne humaine et le *moi* n'est rien de plus qu'une fiction grammaticale associée à l'usage du pronom personnel *je*<sup>16</sup> et, pour ce qui concerne la liberté radicale à l'égard de la nature et de l'être, ils se réfèrent à la philosophie du droit de Hobbes, selon laquelle

6 Cf. *Idem*, p. 12.

7 Cf. *Idem*, p. 13.

8 Cf. *Ibid.*

9 Cf. *Idem*, p. 67.

10 Cf. *Ibid.*

11 Cf. *Idem*, p. 13.

12 Cf. *Ibid.*

13 Cf. *Idem*, p. 78.

14 Cf. *Idem*, p. 82.

15 Cf. *Idem*, p. 78.

16 Voir citation dans Gilbert Hottois, *Essais de philosophie bioéthique et biopolitique*, Paris, 1999, p. 57.

le droit est avant tout «la liberté que chacun a d'user sa puissance comme il le veut lui-même».<sup>17</sup>

En spécifiant que «nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance», elle, la loi du 4 mars 2002 a été promulguée par le législateur français pour rendre impossibles à l'avenir des décisions comme celle de la Cour de Cassation dans l'affaire Perruche a mis en échec, dans le cas précis de la naissance d'un enfant handicapé alors que sa mère avait décidé en faveur d'un avortement en cas de problèmes, cette conception qui fait dériver le droit de la liberté la plus absolue, en particulier la liberté de se refuser soi-même. Elle l'a fait au nom d'une autre philosophie du droit, qui s'oppose à l'approche subjectiviste radicale défendue par les partisans de la décision de la Cour de cassation. Selon cette autre philosophie du droit, le droit ne peut pas être pensé indépendamment d'une certaine priorité reconnue à la vie, cette priorité précisément que le projet de loi Mattéi soulignait en disant que «la vie constitue le bien essentiel de tout être humain». Suivant cette conception, le bien (en particulier le bien qu'est la vie humaine) joue un rôle indispensable en droit. Le droit repose ainsi sur certains biens humains fondamentaux, saisis et reconnus comme tels. Si l'on suit le législateur français, on ne peut donc pas se passer en droit des idées du bien. Il convient en outre de souligner que l'idée du bien utilisée par le législateur français dans cette affaire est incontestablement politique, conformément à la recommandation de John Rawls.

### 3. Scepticisme pratique radical

Cependant il n'y a pas d'alternative au choix de se passer totalement des idées du bien en droit, et c'est logique de s'engager dans cette voie comme l'ont fait le subjectivisme et le volontarisme moderne et contemporain, si l'on pense qu'il n'y a rien d'objectif et de vrai dans la connaissance par laquelle on saisit et reconnaît que tel ou tel état de choses, ou telle ou telle activité, est un bien (par exemple l'état

17 Thomas Hobbes, *Léviathan*, XIV, [trad. Gérard Mairet], (Folio Essais), Paris: Gallimard, 2000, p. 229.



d'intégrité corporelle dont bénéficie telle ou telle personne avant d'être victime d'un accident de la route, l'activité consistant à se mouvoir avec agilité et sans handicap, etc.).

Or il faut bien reconnaître que les doutes sur l'objectivité des appréciations portées sur le bien, et même le refus d'admettre une quelconque objectivité, sont aujourd'hui largement sortis des écoles de philosophie qui défendaient un scepticisme généralisé, ou un scepticisme limité aux jugements de valeur, et font partie de l'opinion commune.

On pense souvent que les jugements portés sur ce qui est bien, sur ce qui est positif, comme quand on affirme: «La vie humaine est un bien, et il convient donc de la favoriser et de la protéger», ou: «La connaissance est un bien, qu'il convient de cultiver et de développer», n'ont aucune objectivité. On part souvent de l'idée que tout sens, toute valeur, est imposé au monde par un acte de volonté arbitraire, celui qui serait posé par chaque individu quand on se situe au niveau individuel, et celui du législateur quand on se situe au niveau collectif et public.

Ce scepticisme ne vise pas seulement les jugements qui portent sur le bien, mais aussi ceux qui portent sur ce qui est juste et injuste. On considère que toute règle, tout principe, tout système juridique, est le produit de la volonté du législateur, c'est-à-dire d'un acte relevant de l'arbitraire du législateur, et ne provient pas essentiellement d'un jugement ou d'une appréciation qui se veut aussi objective et impartiale que possible sur ce qui est juste, égal, équilibré, approprié dans la situation qui est en question dans la législation en cause.

On part de l'idée que ce qui est perçu comme juste, ou comme bon, ne constitue pas une qualité objective appartenant à un certain état de choses dans le monde réel, mais seulement une réaction subjective, le sentiment interne de celui qui formule le jugement en cause. David Hume a soutenu que pour comprendre ce qu'on signifie par de tels jugements, il faut «orienter la réflexion vers [son] propre cœur et [...] constater qu'un sentiment de désapprobation» ou d'approbation s'élève en nous. Voilà, dit Hume, un fait: «mais il est l'affaire de l'impulsion et pas de la raison. Il se trouve en nous-même, non dans l'objet».<sup>18</sup> On va

18 David Hume, *Traité de la nature humaine*, III, I, I [trad. Philippe Saltel], Paris: GF-Flammarion, Paris, 1993, p. 64.

en conséquence appeler bon ce qui provoque une réaction subjective de plaisir, notamment ce qui satisfait un désir, et on va considérer que ce terme n'exprime que la satisfaction du désir. Tout jugement de valeur se ramène en conséquence à une question de satisfaction, de goût, de couleur, donc en définitive à quelque chose de totalement subjectif: autant d'individus différents, autant de désirs différents, autant de satisfactions différentes, autant de préférences différentes, autant de jugements sur le bien différents.

On pense que l'objectivité ne peut porter que sur les faits, et encore que les faits établis scientifiquement à travers un appareil de mesures. Les valeurs font partie du domaine de la subjectivité individuelle (quand il s'agit de valeurs individuelles) ou collective (quand il s'agit de valeurs collectives).

Suivant la théorie des choix rationnels<sup>19</sup> les préférences individuelles de celui qui agit constituent la seule norme de son action: on peut y ramener tous ses jugements de valeur, en particulier ses jugements sur les fins qu'il y a lieu de poursuivre, les actions qu'il convient d'accomplir et les comportements qu'il faut adopter à chaque instant, dans chaque circonstance.<sup>20</sup> Ces préférences dans lesquelles la raison ne joue aucun rôle doivent être considérées comme des données ultimes.<sup>21</sup> La raison, quant à elle, est purement instrumentale, et n'intervient qu'ensuite: sa seule fonction est de maximiser l'efficacité des moyens mis en œuvre pour la satisfaction des préférences.<sup>22</sup> Elle est entièrement

19 Cette théorie serait suivant ses partisans presque universellement acceptée et utilisée en sciences sociales (David Gauthier, *Morals by Agreement*, New York: Oxford University Press, 1986, p. 8, note 14); il faut reconnaître qu'elle imprègne de part en part toute la pensée économique.

20 «Desire, not thought, and volition, not cognition, are the springs of good and evil» (David Gauthier, *Morals by Agreement*, New York: Oxford University Press, 1986, p. 21).

21 *Idem*, p. 22 («ultimate data»); voir aussi Ludwig von Mises, *Human Action. A Treatise on Economics*, San Francisco: Fox and Wilkes, 1996, p. 17 («the ultimate given») et p. 95 («Ultimate ends are ultimately given, they are purely subjective»).

22 Suivant David Gauthier (*op. cit.*, p. 22), «Practical rationality [...] is identified with maximization». Voir pour une critique l'article de Amartya Sen, «Des idiots rationnels. Critique de la conception du comportement dans la théorie économique», *Ethique et économie*, Paris: Quadrige, 2001, p. 87 et suivantes.

au service des passions de l'individu qui agit<sup>23</sup>, de son bien-être, de ses désirs, de ses caprices, de son plaisir, de son bonheur, de sa satisfaction, de son utilité, de son intérêt, de ses préférences individuelles: peu importe le terme utilisé, puisqu'il faut comprendre ces expressions de façon totalement subjectiviste, comme indiquant seulement ce que l'individu agissant veut atteindre à ce moment à travers son action parce qu'à ses yeux c'est quelque chose de désirable, sans pouvoir porter aucune appréciation à ce propos.<sup>24</sup> Ce quelque chose de désirable aux yeux de l'individu en cause, peu importe ce que c'est, peu importe même que ce soit n'importe quoi, comme David Hume l'a souligné en indiquant qu'«il n'est pas contraire à la raison de préférer la destruction du monde entier à une égratignure de mon doigt».<sup>25</sup>

Ce formalisme permet de faire de la subjectivité individuelle, dans son absolue pureté et sa totale indétermination, un principe. Il permet tout d'abord d'atteindre le degré zéro de l'objectivité, le subjectif absolu; il permet ensuite de faire tout dépendre de cet absolu subjectif particulier à chaque individu, comme si c'était un principe.<sup>26</sup> Cette radicalité dans le subjectivisme n'avait pas été atteinte par les courants qui faisaient de l'intérêt particulier «le maître qui dirige tous les hommes»<sup>27</sup>; l'utilitarisme du Siècle des Lumières était trop pragmatique, il concevait

23 David Hume affirme: «La raison est et ne doit qu'être l'esclave des passions; elle ne peut jamais prétendre remplir un autre office que celui de les servir et de leur obéir». (*Traité de la nature humaine*, II, III, III [trad. J.-P. Cléro], Paris: GF-Flammarion, 1991, p. 271).

24 Cf. Ludwig von Mises, *op. cit.*, p. 21.

25 David Hume, *op. cit.*, 1991, p. 272.

26 Il s'agit d'une conception conforme au modèle nominaliste, qui imagine la réalité (y compris la réalité constituée par une multitude d'êtres humains) comme «un système d'absolus co-existant absolument de toute relation l'un avec l'autre», suivant la formule utilisée par André de Muralt pour caractériser la pensée métaphysique nominaliste comme un type particulier de métaphysique de l'un (André de Muralt, *L'Enjeu de la philosophie médiévale. Etudes thomistes, scotistes, occamiennes et grégoriennes*, Leiden – New York – Köln: Ed. E. J. Brill, 1991, p. 42).

27 Christian Laval, *L'homme économique. Essai sur les racines du néolibéralisme*, Paris: Gallimard, 2007, p. 27, qui cite Guichardin; il cite aussi Helvétius, p. 23: «on a si généralisé le principe de l'intérêt, si bien prouvé que cet intérêt est le principe de toutes nos pensées et de toutes nos actions, que le mot de l'énigme est enfin deviné».

l'utile d'une façon qui n'était pas assez formelle, y voyant un contenu objectif (ce qui est *vraiment* utile), et supposant possible l'intelligence de ce contenu à la fois par l'individu qui agit et par le théoricien qui étudie son action.<sup>28</sup>

Les courants utilitaristes actuels ont surmonté ce manque de formalisme dans le concept d'intérêt; ils se distinguent cependant encore des courants contractualistes radicaux et de la pensée économique hyper-libérale du «laisser-faire» mercantile généralisé, parce qu'ils considèrent que la rationalité d'un comportement au niveau collectif tient à l'impartialité d'un choix qui vise à maximiser une grandeur collective (le plus grand bonheur du plus grand nombre, le plus grand bien-être, le plus grand produit intérieur brut, etc.). Les courants contractualistes et la pensée économique hyper-libérale soutiennent au contraire qu'on n'a pas accès à la connaissance de cette grandeur collective, et que tout dépend au contraire de la maximisation par chacun de ses propres intérêts, au niveau individuel, en fonction de ses préférences subjectives. Tout en dépend, y compris l'émergence d'un marché parfaitement compétitif, y compris l'apparition des règles qui permettent son fonctionnement, y compris l'équilibre parfait et la situation optimale qui vont résulter mécaniquement du fonctionnement du marché.<sup>29</sup>

Même lorsque l'on pense, dans la philosophie moderne, qu'il est encore possible d'accéder à des règles universelles, comme dans la

28 Tout cela est beaucoup trop «métaphysique» pour le subjectivisme contemporain; comme l'indique David Gauthier, *op. cit.*, p. 23, on n'explique pas les préférences subjectives par l'utilité, car l'utilité est seulement une mesure, et les mesures (par exemple la température par rapport à la chaleur), ne sont jamais un principe d'explication. Le concept d'utilité est utile surtout pour expliquer ce que la raison vise à maximiser: elle maximise «a measure of preference» (*Idem*, p. 26), c'est-à-dire une grandeur mesurable qui est mise en rapport avec les préférences, comme la hauteur du mercure l'est avec la température.

29 David Gauthier, *op. cit.*, p. 104 et 105; à la page 105 Gauthier souligne que l'utilitarisme a tort de continuer à prendre «the equity of the outcome» comme critère, et il cite l'affirmation de D. Winch: «We cannot judge a perfectly competitive system by the equity of the outcome, for the essence of the system is that distributive justice is an attribute of the inputs of the system, not the outputs». En d'autres termes, l'ordre spontané sait toujours mieux que nous la justice distributive qu'il faut vouloir, et il ne faut donc rien vouloir d'autre que l'ordre spontanée.

philosophie de Kant, qui réagit vigoureusement face au rôle de servante auquel Hume a rabaissé la raison humaine, il y a aussi scepticisme pratique radical.

La philosophie de Kant va en effet poser la question de l'objectivité non plus en termes de vérité mais en termes d'universalité seulement, c'est-à-dire en la situant exclusivement à l'intérieur de la représentation, dans un retour du sujet sur lui-même et dans un travail de distinction des diverses représentations entre elles, entre celles qui sont particulières, et donc subjectives, et celles qui sont universelles (au sens de valant pour tout sujet, valant intersubjectivement, mais abstraction faite de toute valeur de vérité). Le choix fait par une telle philosophie en faveur d'une universalité formelle, qui fait abstraction de la vérité et du bien, est l'une des manifestations les plus décidées du scepticisme radical dont on parle, parce que c'est une manifestation qui propose un substitut à l'objectivité (le substitut qu'est l'intersubjectivité).<sup>30</sup>

La position de scepticisme radical en matière de jugement de valeur a été formulée par Thomas Hobbes, en opposition à la position contraire adoptée par Aristote, et Kant va s'inscrire totalement du côté de Hobbes dans ce désaccord fondamental. Suivant Aristote, «nous désirons une chose parce qu'elle nous semble bonne, plutôt qu'elle ne nous semble bonne parce que nous la désirons: le principe, c'est la compréhension [que c'est bon]». <sup>31</sup> Suivant Hobbes au contraire, «quel que soit l'objet de l'appétit ou du désir que l'on éprouve, c'est cet objet qu'on appelle bon; et l'objet de notre haine et notre aversion est ce qu'on appelle mauvais... En effet, l'usage des mots «bon», «mauvais», «méprisable» est toujours

30 Pour une critique de Kant, voir Max Scheler, *Le formalisme en éthique et l'éthique materiale des valeurs. Essai nouveau pour fonder un personnalisme éthique* [trad. Maurice de Gandillac], Paris: Ed. Gallimard, 1955, qui, suivant l'avertissement du traducteur, critique le formalisme de Kant «qui n'attribue de valeur qu'aux dispositions subjectives de l'agent moral» (p. 7).

31 Aristote, *Métaphysique*, Livre XII, 7, 1072 a 29-30 [trad. J. Tricot], Paris: Librairie philosophique J. Vrin, 1970, pp. 676-678 (traduction modifiée pour «ἀρχὴ γὰρ ἡ νόησις»: ce dernier mot désigne l'acte de l'intelligence suivant *Ibid.* [trad. J. Bathélémy-Saint-Hilaire], Presse Pocket, 1991, p. 413, note 2; d'ailleurs la traduction latine par Beffarione, dans les œuvres d'Aristote parues en 1590 à Lyon auprès de Guillelmum Laemarium, p. 562, est la suivante: «principium vero, intellectio»).

relatif à la personne qui les emploie; et il n'y a rien qui soit simplement et absolument tel, pas plus qu'il n'existe de règle du bon et du mauvais extraite de la nature des objets eux-mêmes. Ces règles proviennent de la personne (là où l'Etat n'existe pas) ou de celle qui la représente (là où l'Etat existe), ou d'un arbitre, ou juge, que celles qui sont en désaccord établissent en faisant de sa sentence la norme du bon et du mauvais».<sup>32</sup>

La position d'Aristote, dans la citation du paragraphe précédent, n'implique pas qu'on ne se trompe jamais, et qu'on parte toujours de la perception de ce qui est véritablement un bien. On part en effet souvent de la perception de quelque chose qui nous apparaît comme un bien sans en être un en réalité. Cette citation signifie qu'on part toujours de notre perception, de ce qui apparaît comme un bien dans notre perception, que cela en soit vraiment un ou non, et on désire donc toujours «le bien tel qu'il [nous] apparaît».<sup>33</sup> Cette citation signifie en outre que si on le désire, c'est toujours parce que telle ou telle réalité «nous semble bonne»; ça n'est jamais l'inverse qui est vrai: jamais telle ou telle réalité «nous semble bonne parce que nous la désirons».<sup>34</sup> Le désaccord

32 Thomas Hobbes, *Léviathan*, VI [trad. Gérard Mairet], Paris: Ed. Gallimard, 2000, p. 127. Spinoza défend la même position que Hobbes, soutenant que les mots qui font référence à des jugements de valeur comme «bon», «mauvais», ne signifient, en définitive, pas plus que «désiré», «objet d'une tendance», «objet d'une aversion».

33 *Ethique à Nicomaque*, Livre III, 5, 1113 a 22-25, [trad. J. Barthélémy Saint-Hilaire revue par A. Gomez-Muller], Le Livre de Poche, 1992, p. 122. Voir aussi *Métaphysique*, Livre XII, 7, 1072 a 28-29 [trad. J. Tricot], Paris: Librairie philosophique J. Vrin, 1970, p. 676, où Aristote distingue la notion de «bien tel qu'il apparaît» (τὸ φαινόμενον καλόν) et celle de «bien réel» (τὸ ὄν καλόν), sans toutefois les séparer puisque ce qui se présente comme un bien peut en être véritablement un.

34 Comme Max Scheler l'a montré, l'être humain peut être victime d'un «auto-empoisonnement psychologique» lorsque, sous le coup d'émotions telles que la rancune, le désir de se venger, la haine, la jalousie, l'envie, le sentiment d'une infériorité, il opère une transmutation de toutes les valeurs, et adapte ses jugements de valeur à ses sentiments, à son ressentiment, à ses tendances et à ses dispositions subjectives, comme saisi par une «illusion axiologique» (Max Scheler, *L'homme du ressentiment*, Paris: Ed. Gallimard, 1970, en particulier pp. 33-36). Par ressentiment, il peut même en arriver «à une sorte de dépréciation universelle du monde» (p. 35). Il est manifeste qu'Aristote ne pense pas à cette pathologie quand il laisse entendre qu'il n'est pas exact que nos jugements sur le bien dépendent de nos tendances et de nos désirs subjectifs, et il est sans doute vrai que le phénomène du ressentiment constitue une exception au principe formulé par Aristote, et rejeté par

d'Aristote et de Hobbes ne vient donc pas du fait qu'Aristote pense qu'on ne se trompe jamais, s'agissant de ce qui nous apparaît comme bon; il provient de la conviction de Hobbes qu'«il n'y a rien qui soit simplement et absolument tel». Pour Aristote, au contraire, il y a quelque chose de tel (nous avons en effet l'expérience de diverses réalités bonnes), mais ce qui nous apparaît comme un bien (dans une perception, que ce soit une sensation ou un acte de l'intelligence par lequel nous comprenons que telle ou telle réalité est un bien) peut en être véritablement un, ou ne pas en être un: c'est véritablement un bien lorsque nous ne nous trompons pas. D'où la tâche, qui exige de l'esprit critique, du discernement et de la vertu, «d'atteindre le bien véritable de l'homme à travers ce qui lui apparaît comme bon».<sup>35</sup>

Pour saisir la portée concrète et pratique de ce débat entre Aristote et Hobbes, voyons en rapidement une illustration avec la célèbre dispute entre Noam Chomsky et Michel Foucault sur l'objectivité des appréciations portées sur les «caractéristiques humaines fondamentales» dont la réalisation permet «une vie humaine pleine de sens», sur le rôle de la justice des structures sociales dans le développement de ces

Hobbes. Mais, comme le dit Max Scheler, «on mesure à quel point est *totale*ment erronée toute théorie [Scheler vise Spinoza, mais il aurait pu mentionner Hobbes] qui prétend faire de cette *illusion*-axiologique la forme normale et *authentique* de la saisie-des-valeurs, voire même découvrir en elle une source-créatrice de valeurs» (*Le formalisme en éthique et l'éthique materiale des valeurs. Essai nouveau pour fonder un personnalisme éthique* [trad. Maurice de Gandillac], Editions Gallimard, Paris, 1955, p. 61). René Girard va dans le même sens que Scheler, de façon beaucoup plus englobante, avec sa théorie du «désir mimétique, ou imitation désirante» (voir par exemple: *Celui par qui le scandale arrive*, Paris: Desclée De Brouwer, 2001, p. 18 et suivantes) ; Girard ne reproche pas à Aristote sa position théorique, mais seulement de ne pas avoir vu les menaces qui planent sur la raison, notamment les pathologies liées au ressentiment (p. 185).

- 35 Marie-Dominique Philippe, *Introduction à la philosophie d'Aristote*, Paris: Ed. Universitaires, 1991, p. 50. A noter que lorsqu'on parle du «bien véritable de l'homme», «the states of affairs whose goodness is in question [...] are [...] the states of human beings» (voir sous note 67 ci-dessous les références pour cette citation de John Finnis, et pour d'autres citations qui indiquent que cette situation particulière n'empêche pas l'objectivité du jugement.

qualités humaines fondamentales, et sur l'objectivité des jugements qui essaient d'atteindre une «vraie» notion de justice.<sup>36</sup>

Noam Chomsky affirme, contre la position de Michel Foucault, que les révolutions, les réformes, les modifications de régimes constitutionnels, et tous les autres changements du système juridique ou économique sont faits parce qu'on pense, à tort ou à raison, mettre en place ainsi «une justice plus juste», c'est-à-dire parce qu'on pense, ultimement, que ces changements seront favorables au développement de qualités humaines fondamentales, celles qui permettent «une vie pleine de sens».

Pour Michel Foucault en revanche, «si la justice est en jeu dans un combat, c'est en tant qu'instrument de pouvoir» (p. 301); ce n'est pas dans l'espoir que, finalement, un jour, dans cette société ou une autre, il y aura plus de justice. Pour Foucault, «plutôt que de penser à la lutte sociale en termes de justice, il faut mettre l'accent sur la justice en termes de lutte sociale». Parlant de la révolution, Foucault affirme «que le prolétariat ne fait pas la guerre à la classe dirigeante parce qu'il considère que cette guerre est juste. Le prolétariat fait la guerre à la classe dirigeante parce que, pour la première fois dans l'histoire, il veut prendre le pouvoir. Et parce qu'il veut renverser le pouvoir de la classe dirigeante, il considère que cette guerre est juste». Il résume sa position de la façon suivante: «on fait la guerre pour gagner et non parce qu'elle est juste» (p. 302). La seule justification disponible s'agissant de notre action, «c'est la justification en termes de pouvoir, pas en termes de justice» (p. 305).

Noam Chomsky relève que la dispute avec Michel Foucault porte sur la possibilité d'une connaissance objective dans le domaine pratique, d'une compréhension des réalités sociales et des réalités humaines. Noam Chomsky admet que cette compréhension est très partielle, qu'elle implique beaucoup d'incertitudes, beaucoup de limitations, qu'elle est conditionnée par la position sociale de celui qui juge. Mais, malgré ces limitations, il continue de défendre la possibilité d'une certaine objectivité. Suivant Noam Chomsky, c'est une objectivité que nous

36 Voir les *Cahiers de l'Herne*, Paris 2007, le volume consacré à Noam Chomsky, entretien intitulé «De la nature humaine. Justice contre pouvoir», pp. 297-305.



pouvons tester s'agissant des choix que nous faisons dans le domaine de l'action politique immédiate: il y a une différence objective entre une bonne appréciation d'une situation, et une appréciation inexacte. Et ce qui est vrai au niveau de l'action politique immédiate, vaut aussi à un niveau plus général, lorsque on essaie de préciser ce qu'est une «vraie» notion de justice, et ce que sont les qualités humaines fondamentales qui permettent une vie pleine de sens (p. 299 et 300).

A l'opposé, Foucault considère, dans la perspective propre au subjectivisme radical (Foucault prétend s'inscrire dans un courant de la philosophie qui vient de Nietzsche), qu'on ne peut pas utiliser les notions de justice et de qualités humaines fondamentales, parce que ces notions dépendent entièrement de notre type de savoir, de notre forme de philosophie, de notre civilisation, et qu'elles n'ont aucune objectivité. En l'absence d'objectivité possible, il vaut mieux se passer de toute utilisation de notions telles que la justice des structures sociales d'une société donnée, ou le bien que représente telle qualité humaine fondamentale et la vie humaine qu'elle rend possible une fois qu'elle est réalisée.

Le fait que ce débat fasse référence à des concepts aujourd'hui abandonnés, comme la dictature du prolétariat, n'enlève rien à l'actualité des questions soulevées à cette occasion à propos de l'objectivité de la connaissance pratique et du scepticisme éthique. Foucault défendait à l'époque la prise de pouvoir par le prolétariat comme quelque chose qui est au-delà du bien et du mal, au-delà de toute notion de justice. Aujourd'hui, avec la disparition du marxisme, une position analogue à celle de Foucault se retrouve chez ceux qui font du marché, et des forces aveugles qui s'y exercent, un idéal d'interaction humaine<sup>37</sup>, quelque chose qui est au-delà du bien et du mal, au-delà de tout jugement sur la justice des situations qui résultent des processus en cause, une réalité dont on peut parler, comme le dit Foucault s'agissant de la lutte des classes, «dans les termes de Spinoza» (p. 302). Les partisans d'un marché conçu comme idéal d'interaction humaine défendent de façon encore plus radicale que Foucault<sup>38</sup>, l'absence d'objectivité de tout

37 David Gauthier, *op. cit.*, p. 13.

38 Un article du journal suisse *Le Temps*, du 12 mai 2007, de M. Hunyadi, p. 45, parle même de «fanatisme du marché», à propos de Friedrich August von Hayek, un des

jugement de valeur, et donc le caractère non relevant de toute appréciation portée sur la justice des structures sociales, et sur le bien que constituent les qualités humaines fondamentales dont ces structures devraient assurer le développement.<sup>39</sup>

L'opposition entre Hobbes et Aristote sur la question de l'objectivité des appréciations portées sur le bien et le juste n'a donc rien perdu de son actualité.

#### 4. Thomas Hobbes: l'invention du mécanisme dialectique qui donne un fondement au droit et à la morale en l'absence de tout recours à la notion de bien

La perspective subjectiviste et volontariste, qui met au centre de tout les préférences et la liberté sans limite de l'individu, n'aurait jamais réussi à exercer une influence aussi significative sur la pensée juridique et politique, si elle n'avait pas pu expliquer comment il est possible de passer de la liberté sans limite (à l'état de nature) à une situation sociale dans laquelle il existe du droit, des obligations et de la moralité.

Ce n'est pas facile d'expliquer comment il peut y avoir des règles qui permettent d'organiser la société et d'assurer un minimum d'ordre (d'assurer au moins l'ordre propre aux «Règles pour le parc humain»,

représentants du libéralisme économique radical, à l'occasion d'un article sur un ouvrage traduisant en français une trentaine de textes de cet auteur (*Essais de philosophie de sciences politiques et d'économie* [trad. Christophe Piton], Paris: Les Belles Lettres, 2007). Voir ci-dessus les explications sur la «théorie des choix rationnels» qui est à la base de cette pensée du libre marché.

39 Tout cela relève en effet de «the equity of the outcome», et comme indiqué dans la citation de la note 29, il n'est pas possible de partir d'une appréciation portée sur le résultat: l'ordre spontanée, qui tient à l'«input» et non à la conception que l'on se fait d'un bon «output», sait toujours mieux que nous ce à quoi il faut aboutir. Sur la qualification de cette approche comme «une sorte d'intégrisme très particulier», voir Christian Laval, *L'homme économique. Essai sur les racines du néolibéralisme*, Paris: Gallimard, 2007.

selon le titre de l'ouvrage du philosophe allemand Peter Sloterdijk publié en 1999), si effectivement nos jugements de valeur sur le bien et le juste n'ont aucune objectivité, dépendent de l'arbitraire de chacun, et s'opposent le plus souvent les uns aux autres, nous entraînant en principe dans une guerre de tous contre tous.

C'est l'apport principal de la philosophie de Hobbes d'avoir proposé une solution ingénieuse qui explique comment le droit, l'obligation et la moralité peuvent émerger, à partir du magma informe que représente le conflit des points de vue et des préférences individuels, et la guerre de tous contre tous dans un état initial (état de nature) où règne sans partage la liberté sans limite de chaque individu. C'est la solution imaginée par Hobbes qui sera reprise par les courants contractualistes radicaux et la pensée économique hyper-libérale pour expliquer l'émergence spontanée des règles nécessaires au fonctionnement d'un marché parfaitement compétitif.<sup>40</sup>

Par ce que André de Muralt désigne comme un «chef-d'œuvre de dialectique volontariste»<sup>41</sup>, Hobbes a proposé un mécanisme qui permet, en partant seulement de la liberté sans limite de l'individu et de ses préférences, sans aucune référence au bien et au juste, d'engendrer la limite, l'obligation. Celle-ci est conçue comme une autolimitation réciproque d'individus qui se trouvent dans une relation symétrique.

Cette invention va avoir un grand avenir, non seulement dans la pensée économique du marché, mais aussi en droit. La conception de l'obligation qu'elle implique en est même venue, dans l'esprit de bien des gens aujourd'hui, à représenter le paradigme de ce qu'est le droit (au point qu'on désigne parfois cette conception particulière de l'obligation comme relevant de la «théorie des droits»). Selon cette théorie, le droit se définirait par les trois principes suivants: (a) tous les sujets ont un droit à la liberté; (b) c'est un droit sans limite pourvu que l'exercice de

40 Cf. par exemple David Gauthier qui parle du «conceptual underpinning that may be found in Hobbes», *op. cit.*, p. 10.

41 Cf. *L'unité de la philosophie politique. De Scot, Occam et Suarez au libéralisme contemporain*, Paris: J. Vrin, 2002, p. 136. Pour une étude approfondie de la dialectique du droit de nature et de sa «négation», la loi de nature, voir Olivier Cayla et Yan Thomas, *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche*, Paris: Galimard, 2002, pp. 67-70.

cette liberté ne viole pas le droit d'autrui; (c) les seules obligations qui existent sont donc celles de respecter la liberté d'autrui. Il est inutile de souligner à quel point ces idées sont répandues aujourd'hui.

Dans l'introduction à la nouvelle traduction du *Léviathan* qui a paru en Folio en 2000, Gérard Mairet dit de Hobbes qu'il «n'est pas un moderne, il est le moderne», et que le monde tel que le conçoit Hobbes «est le monde historique dans lequel nous sommes, [...] c'est le monde profane de l'action historique, le monde de la volonté et du calcul, le monde des forces et de la force» (p. 12), et que la recherche de Hobbes est un «voyage rigoureux et irrésistible à l'origine de notre moralité», de cette «moralité dont nous sommes nourris, nous Européens [...] depuis le début de ce que la coutume historique nomme les temps modernes» (p. 10 et 11). On nous permettra d'ajouter à ces louanges une remarque critique: il s'agit de l'origine de la «moralité» propre à ce qu'un auteur a récemment appelé «l'occidentalisme», cette idéologie particulière, qu'il faut distinguer soigneusement de l'universalisme des droits de l'homme.<sup>42</sup>

Thomas Hobbes est très soucieux de montrer que le passage de l'état de nature à l'état civil, et en particulier la genèse de l'obligation à la base de la moralité et du droit, se fait sans intervention extérieure, et aussi sans appel à quelque idée du bien que ce soit, dans l'immanence de cette multiplicité de volontés individuelles, chacune en soi infinie et enfermée en elle-même. Par un processus dialectique, ces volontés vont se régler elles-mêmes, de l'intérieur, chacune renonçant réciproquement à son caractère illimité, puis scellant cet acte de renonciation par un pacte de renonciation, qui constituera le premier aspect, le plus fondamental, du contrat social.

42 Cf. Christian Laval, *op. cit.*, p. 9. L'occidentalisme se pare du manteau que constitue l'universalisme des droits de l'homme, comme le sophiste se pare du manteau du philosophe; mais il ne peut éviter, selon le mot de Jacques Vergès, «la contradiction entre les idéaux humanitaires qu'il invoque et sa pratique qui les nie» (*Que mes guerres étaient belles!*, Ed. du Rocher, 2007, p. 30). La référence à Hobbes est faite expressément par les partisans de cette idéologie, par exemple les néo-conservateurs américains (voir Robert Kagan, *La Puissance et la Faiblesse*, Paris: Plon, 2003).

Tout tient à ce que Hobbes désigne comme la seconde loi de nature, qui est formulée dans le *Léviathan* (XIV) de la façon suivante: «Que l'on consente, quand les autres y consentent aussi, à se dessaisir, dans toute la mesure où l'on pensera que cela est nécessaire à la paix et à sa propre défense, du droit qu'on a sur toutes choses; et que l'on se contente d'autant de libertés à l'égard des autres qu'on en concédera aux autres à l'égard de soi-même». Tout tient donc à cette dialectique de libertés en soi infinies, qui s'autolimitent réciproquement au moment où chacun se départit de son droit absolu sur tout et sur tous. Cette dialectique, une fois achevée, prend la forme du pacte de renonciation mutuelle de chacun avec chacun. L'obligation contractuelle qui en résulte pour chacun, de n'exercer sa liberté que dans la mesure compatible avec l'exercice de la même liberté par les autres, pose des bornes à l'exercice de la liberté sans limite, qui continue cependant à être sans limite lorsque l'on se situe hors de tout contexte social, dans un état de nature.

Ce n'est qu'après la conclusion de ce pacte que peut apparaître le juste et l'injuste, suivant Hobbes. Alors qu'avant, à l'état de nature, il n'est pas possible de commettre quelque injustice que ce soit envers les autres, il en va autrement une fois que le pacte de renonciation a été conclu: toute violation du pacte constitue ce qu'on appelle un tort, une injustice à l'égard d'autrui. Inversement, toute action ou omission conforme au pacte peut être considérée comme juste.

En conséquence, les seules obligations qui peuvent être retenues sont celles qui constituent l'image inversée du droit de quelqu'un d'autre, puisque ces obligations résultent du pacte de renonciation mutuelle de chacun avec chacun. Comme l'a indiqué Jürgen Habermas, toute obligation, toute limite à la liberté, tient uniquement au fait que les membres de la société s'adressent les uns aux autres, réciproquement, dans le cadre des relations symétriques qu'ils entretiennent, des commandements et des interdictions réciproques subjectivement reconnues.<sup>43</sup> Il n'y a pas d'autres obligations que celles qui résultent des engagements réciproques qui ont été pris entre chacun des membres de la société. Il n'y a donc pas d'autre injustice que contractuelle. Il n'y a donc

43 Cf. Jürgen Habermas, *L'avenir de la nature humaine. Vers un eugénisme libéral?*, Paris: Gallimard, 2002, pp. 55-58.

pas d'autre injustice que celle entre contractants. On verra plus bas comment Gilbert Hottois va exploiter cet aspect dans le domaine des biotechnologies, s'agissant en particulier de l'absence d'obligations à l'égard des générations futures: des êtres qui n'existent pas encore ne peuvent en effet pas être des contractants.

Dans la conception de Hobbes, le contrat social a une autre dimension que le pacte de renonciation dont on vient de décrire le mécanisme. Le pacte de renonciation ne suffit pas pour sortir de l'état de nature. Il faut encore autre chose. Comme le dit Hobbes dans le *Léviathan* (XVII), «cette autre chose est un pouvoir commun qui les tienne en respect». Or cela ne peut se faire que si chacun soumet sa volonté propre, dans un pacte de soumission, à un souverain (un seul homme, ou un conseil), dont les ordres constitueront les lois de l'Etat. De ce fait, le juste et l'injuste contractuels qui résultent du pacte de renonciation initial, s'enrichiront de toutes les instructions qui pourront être contenues dans les divers commandements donnés par le souverain.

La philosophie du droit de Hobbes relative au pacte de renonciation par autolimitation réciproque des libertés va être entièrement reprise par Gilbert Hottois, le philosophe dont on va examiner les positions en matière de bioéthique dans la section suivante.<sup>44</sup> Hottois va mettre en lumière le fait que dans l'approche de Hobbes il n'y a pas de limite mise à la liberté comme telle, qui reste en soi infinie, même après la conclusion du pacte de renonciation, mais seulement à l'exercice de cette liberté dans un contexte social.

En outre, Hottois va souligner que cette philosophie de Hobbes qui met au premier plan «la liberté, le primat de la volonté, le désir, la puissance», a trouvé son expression la plus précise et la plus autorisée dans les textes relatifs aux droits de l'homme. Dans ces textes, selon Hottois, la liberté et la volonté de l'individu sont posées comme sans limite, indéterminées, potentiellement infinies; les seules bornes qu'elles rencontrent leur sont extérieures: elles affectent non pas la liberté et la volonté elles-mêmes, mais leur exercice dans un contexte social.

44 Cf. Gilbert Hottois, *Essais de philosophie bioéthique et biopolitique*, Paris: Vrin, 1999.

Il faut bien reconnaître que Hottois a probablement raison s'agissant des déclarations françaises (les déclarations des divers Etats américains au moment de l'indépendance, et la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948, expriment une conception du droit assez différente). La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, du 26 août 1789, affirme ainsi (art. 4) que «l'exercice des droits de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits». La Constitution du 5 Fructidor (22 août 1795) reprend l'idée que la liberté «consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas au droit d'autrui». De plus, cette Constitution reprend une idée de Hobbes, selon laquelle la renonciation réciproque qui est au cœur du système, et qui constitue le ressort de cette dialectique volontariste si nouvelle, correspond la vieille règle morale selon laquelle il ne faut pas faire à autrui ce que l'on ne veut pas qu'il nous fasse. Hobbes rajoutait même à ce propos qu'il s'agissait là de la loi de l'Evangile, qui dit: «tout ce que tu réclames que les autres te fassent, fais-le leur», et la Constitution de 1795 qualifiait cette règle de «principe gravé par la nature dans tous les cœurs».

Ces références ne doivent cependant pas induire en erreur et faire oublier la nouveauté de ce mécanisme imaginé par Hobbes pour justifier l'émergence de l'obligation sans recours au bien, dans un monde où règne la liberté, le primat de la volonté, le désir et la puissance. Dans ce monde de Hobbes, la connaissance humaine ne peut atteindre aucune objectivité, et la seule justification disponible «est la justification en termes de pouvoir, pas en termes de justice»<sup>45</sup>. Le fait que le pouvoir et la liberté de chaque individu, en soi infinis, s'autolimitent et se dépassent réciproquement selon la dialectique que l'on vient de décrire, ne change rien à la mise à l'écart de toute idée du bien. Chaque individu poursuit exclusivement la réalisation de ses désirs selon les seules règles de sa subjectivité, non seulement avant mais aussi pendant et après la mise en œuvre de cette dialectique d'autolimitation réciproque de volontés en conflit les unes avec les autres, sous réserve seulement de cette limitation réciproque de pouvoirs.

45 Selon l'expression de Michel Foucault dans son débat avec Noam Chomsky, *op. cit.*, p. 303.

## 5. L'exploitation du modèle hobbésien en bioéthique par Gilbert Hottois

La mise en œuvre des principes résultant du modèle dialectique de Hobbes – en fait, comme le relève Hottois, des principes repris dans les déclarations françaises sur les droits de l'homme – permet à Hottois d'atteindre une radicalité remarquable en matière de bioéthique. Cet auteur soutient en effet que sur la plupart des questions qui font l'objet de recherches et de développements en technosciences, on ne se situe pas dans un contexte où il existe des limites à l'exercice de la liberté, mais au contraire dans un contexte d'état de nature, où de telles limites n'existent pas. La liberté dans les laboratoires est donc, dans la plupart des situations, une liberté sans limite.

Suivant Gilbert Hottois, philosophe et membre de la commission de bioéthique de l'Union Européenne, rien n'interdit de transgresser dans les laboratoires les limites du donné naturel, rien n'empêche une attitude de «réaction face à la condition humaine», l'affirmation «de la transcendance de l'homme non pas ontologique mais opérative», une volonté qui qualifie un homme se dépassant «dans l'audace et le risque de la négation de cette nature».

Hottois va fonder cette position radicale, de façon précise et rigoureuse, sur la «philosophie de la liberté et de la volonté» centrée sur l'individu, qui trouve son expression la plus élaborée dans les textes relatifs aux droits de l'homme. Hottois va en effet montrer comment la dignité de l'être humain, son intangibilité, l'interdiction de le manipuler et de porter atteinte à son identité, sont des concepts obsolètes au regard des textes fondateurs sur les droits de l'homme (entendre: les textes français de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle). Selon ces textes suivant Hottois, la dignité ne peut avoir de sens (et l'intangibilité qu'elle implique) que comprise dans les relations interpersonnelles de reconnaissance mutuelle, dans le contexte de cette dialectique par laquelle les volontés individuelles libres s'autolimitent réciproquement; elle ne peut donc protéger que ceux qui font partie de ces relations symétriques dans lesquelles les membres actuels de la société s'adressent les uns aux autres des commandements et des interdictions subjectivement



reconnus<sup>46</sup>, et non pas, par exemple, les générations futures, les êtres qui n'existent pas encore.

A l'égard de ceux qui n'existent pas encore, par rapport au soubassement biologique de l'être humain, à son patrimoine génétique auquel on apporterait des modifications pouvant se transmettre à la descendance, il y a liberté totale d'action, absence de toute obligation, donc état de nature. Par principe, en quelque sorte *a priori*, à cause du cadre conceptuel de base, on va toujours choisir en faveur de l'absence de contrainte: non pas donc parce que les spécificités de la situation examinée l'exigeraient, mais parce que le cadre conceptuel global exige de considérer que (à l'état de nature) tout est permis.

Suivant G. Hottois, la dignité véritable résulte d'une volonté qui n'a d'autre limite que cette autolimitation réciproque, d'une volonté qui peut donc décider de transgresser les limites du donné naturel, y compris les données du patrimoine génétique humain. La véritable dignité résulte en effet non pas de la nature, ni d'activités naturelles comme percevoir, comprendre, aimer, jouer, sourire, mais d'une volonté qui qualifie un homme se dépassant dans la négation effective de sa nature grâce aux technosciences, donc d'une volonté technologique que l'on peut qualifier de «contre-nature et contre-humain[e], de *contre-ontologique*».<sup>47</sup>

Le thème de l'imperfection extrême de l'être humain (repris de Nietzsche, de Fichte et de Rousseau), et de sa capacité correspondante à être formé, amélioré, perfectionné, est aussi très présent: suivant Hottois, grâce aux technosciences s'ouvre aujourd'hui pour l'être humain la possibilité de «la poursuite diverse, artificieuse, illimitée de son remodellement, en l'absence de toute bonne forme essentielle et originelle»<sup>48</sup>; il s'agit d'un remodellement qui n'est plus seulement symbolique, mais effectif, opératoire, grâce aux technosciences.<sup>49</sup>

Hottois souligne l'absence de fondement des principes juridiques et éthiques, y compris du principe de la dignité humaine, et le caractère

46 Suivant l'expression de Jürgen Habermas, *L'avenir de la nature humaine. Vers un eugénisme libéral?*, p. 55.

47 Cf. Gilbert Hottois, *op. cit.*, p. 9.

48 Cf. *Idem*, p. 81.

49 Nietzsche disait déjà que nous devons être des «bêtes d'expérimentation», *Idem*, p. 65.

sophistique (sophisme naturaliste, naturalistic fallacy) de tout recours à un fondement objectif (gouffre entre l'être et le droit, et caractère illégitime du passage de l'un à l'autre).

Il va donner la priorité aux processus, en particulier au processus de recherche et de développement techno-scientifique (en liaison avec le capital et le marché), dont les moteurs sont la volonté individuelle, le désir, la puissance; il va donner la priorité au *laissez-faire* et *laissez-passer*, à la déréglementation, à la dérégulation, à la flexibilité, à la «désontologisation universelle», à l'échange, au change, à une «dynamique d'illimitation», au «Grand Marché Libre Mondial».

Le droit et l'éthique sont conçus comme le produit de l'«éthique procédurale de la négociation»: compte tenu de la pluralité de points de vue irréconciliables, l'accord éventuel (même celui qui porte sur des questions essentielles comme la modification du génome de la descendance de l'être humain), n'est pas un bon ou un mauvais accord, mais seulement un accord de fait existant à un certain moment, dont le contenu dépend plus des hasards de la négociation que de la délibération de problèmes de fond; la foi rationaliste du Siècle des Lumières est dépassée et Hottois indique que «la révolution est radicale». Le modèle du «bazar, du supermarché ou mieux du Grand Marché Libre Mondial» remplace la raison du siècle des Lumières.

On a l'impression que la dialectique volontariste conçue et mise en œuvre par Hobbes, est en train d'être saisie par l'idéologie de la transformation technologique de l'être humain, un peu comme la dialectique hégélienne avait été saisie par l'idéologie de la transformation de l'être humain par le processus de la lutte des classes. Dans les deux cas, il y a cette idée qu'à l'avenir on ne va plus se limiter à interpréter le monde: on va au contraire le changer. L'homme occidental se serait-il à peine libéré de cette idéologie du communisme, de cette idée d'une praxis qui permettrait à l'être humain de s'autoproduire comme être nouveau, pour tomber dans la fascination d'un autre type d'idéologie, avec un autre type de transformation, non pas celle qui se ferait au niveau social, à travers la lutte des classes, mais celle qui se réaliserait par la praxis technoscientifique, dans le silence des laboratoires? Hans Jonas relevait «l'utopisme implicite» plus ou moins présent dans la dynamique mondiale du progrès technologique, et

rapprochait cet utopisme de celui de l'idéologie communiste. Il s'agit cependant dans les deux cas (pour le communisme, voir les citations de Michel Foucault ci-dessus, qui sont claires) non pas d'un utopisme du bien absolu, de type platonicien<sup>50</sup>, mais d'un utopisme de la puissance et de la volonté absolue, notamment, aujourd'hui, d'une volonté technologique absolue.

## 6. Le retour à l'usage de la notion de bien dans la pensée juridique et politique

Suivant Hans Jonas, «l'idée traditionnelle des droits et des obligation échoue face aux buts que nous nous sommes fixés».<sup>51</sup> Hans Jonas vise ici la conception du droit et de l'obligation d'origine hobbesienne: le droit

50 Sur l'idéal du bien absolu ou, en d'autres termes, sur l'Idée du Bien, voir ci-dessous sous note 91 la critique aristotélicienne de Platon. Ce qui suit ne repose pas sur la conception platonicienne du bien, c'est-à-dire sur le bien comme «quelque chose de commun qu'on puisse comprendre sous une seule et unique Idée» (*Ethique à Nicomaque*, Livre I, 7, 1096 b 25, [trad. J. Barthélémy Saint-Hilaire revue par A. Gomez-Muller], Le Livre de Poche, 1992, p. 47), voire même «quelque chose de séparé qui existe en soi» (*Idem*, 1096 b 34, p. 48) et qui est seul bon, de sorte qu'on doive «reconnaître absolument pour un bien que l'Idée et l'Idée toute seule» (*Idem*, 1096 b 20, p. 47). Ce qui suit repose sur la conception aristotélicienne du bien comme «τὸ πρακτὸν ἀγαθόν», c'est-à-dire comme «bien capable d'être atteint par nos opérations», comme bien qui peut être l'objet de notre action, qui est «tel que l'homme peut le pratiquer», un bien «quod in actione cadet» (*Idem*, 1097 a 1-24, p. 48-49; la première traduction utilisée ci-dessus est tirée de Marie-Dominique Philippe, *Introduction à la philosophie d'Aristote*, p. 34; la traduction latine est tirée des œuvres d'Aristote parues en 1590 à Lyon auprès de Guillelmum Laemarium, p. 4). C'est un bien qui est «accessible à l'homme» (*Ibidem*). Dans l'approche aristotélicienne, loin de partir d'une idée du bien, il convient de partir de la diversité des réalités bonnes que nous expérimentons, et d'admettre que la notion de bien n'a qu'une unité d'analogie (*Idem*, p. 30). Il s'agit d'un bien qui est pour nous comme la santé pour le médecin, en ce sens que «le médecin ne considère que [la santé] de l'homme, ou pour mieux dire encore, il considère spécialement la santé de tel individu» (Aristote, *op. cit.*, 1097 a 9-14, p. 48).

51 Cf. Hans Jonas, *Le Principe Responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Paris: Cerf, 1990, p. 86.

conçu comme liberté sans limite, pourvu que l'exercice de cette liberté ne viole pas le droit d'autrui, et l'obligation conçue comme image inversée du droit subjectif de quelqu'un d'autre, c'est-à-dire comme étant exclusivement obligation de respecter la liberté d'autrui. Il a sans doute raison. Il serait surprenant que la conception du droit de Hobbes puisse être utilisée par celui qui voudrait penser et formuler l'obligation dans laquelle se trouve l'être humain, de protéger de toute déformation d'origine humaine ce riche monde de la vie, en particulier (mais pas seulement) la richesse que représente l'être humain dans son état biologique actuel. La conception de Hobbes est au contraire utilisée par ceux qui défendent une liberté absolue dans le domaine des biotechnologies, et Hottois démontre de façon convaincante que la liberté la plus absolue dans la recherche et le développement technoscientifique est une conséquence logique, nécessaire, de la conception du droit de Hobbes.

Hans Jonas va en conséquence développer une philosophie du droit dans laquelle il peut y avoir «une obligation qui n'est pas l'image inversée du droit de quelqu'un d'autre».<sup>52</sup> C'est en effet seulement dans le contexte fourni par une philosophie du droit qui envisage la possibilité de telles obligations, que le bien des générations futures, l'identité de l'espèce humaine, les conditions de la survie indéfinie de l'humanité sur terre, peuvent faire l'objet d'une protection. Cette protection dépend en effet, le plus souvent, d'obligations qui découlent seulement (on va voir comment dans la section VII.1 ci-dessous) de biens à protéger; elle ne dépend pas, le plus souvent, d'obligations qui correspondent au droit de quelqu'un d'autre, notamment parce que comme on l'a dit ce quelqu'un d'autre n'existe pas encore dans la plupart des cas, et donc il n'y a pas pour lui de droits, ni, si toute obligation correspond au droit de quelqu'un, d'obligations correspondantes pour autrui.

Les questions de philosophie du droit deviennent en conséquence des questions de premier plan, avec des enjeux importants suivant que l'on prend une voie ou l'autre. Il faut donc se demander si le droit est fondamentalement, comme le prétend Hobbes, «la liberté que chacun a

52 Cf. *Idem*, p. 89.

d'user de sa puissance comme il le veut lui-même»<sup>53</sup>, avec les bornes qui résultent de cette dialectique volontariste que l'on a expliquée plus haut, ou s'il est plutôt un ensemble de protections adoptées en fonction de «buts constitutionnels élémentaires» (suivant une expression souvent utilisée par le Tribunal fédéral suisse)<sup>54</sup>, en fonction de «biens essentiels» tels que la dignité de l'être humain, l'identité de l'espèce humaine, l'intégrité de son soubassement biologique, sans que l'existence actuelle, ou la non-existence actuelle, de ceux qui sont destinés à bénéficier de la protection en cause ne change quoi que ce soit aux obligations assurant cette protection, puisque ces obligations découlent des biens en cause, et non pas du droit de quelqu'un d'autre.

Dans le premier cas, on conçoit l'obligation de façon à se passer de tout recours à la notion de bien, avec la conséquence pratique qu'il devient incohérent, conceptuellement, de vouloir par exemple protéger l'identité de l'espèce humaine, l'intégrité de son soubassement biologique (c'est incohérent conceptuellement car cela équivaut à réintroduire les idées du bien qu'on a voulu éliminer). Dans le second cas, on reconnaît le rôle nécessaire du bien dans toute conception adéquate du droit et de l'obligation, mais on se heurte, comme on l'a vu sous section III ci-dessus, à l'objection que cette position (sur le rôle nécessaire du bien) n'est pas tenable s'il n'y a pas de connaissance objective possible en matière de bien et de juste, et que tout dans ce domaine (qu'on désigne en général comme le domaine des jugements de valeur) relève de ce que Hume qualifiait de «sentiment» de désapprobation ou d'approbation, une affaire donc d'«impulsion» et non pas de «raison» et de connaissance.

Au niveau de l'évolution récente des conceptions en philosophie du droit, il faut relever que plusieurs auteurs se sont opposés à l'idée que les seules obligations strictes seraient celles qui sont «l'image inversée du droit de quelqu'un d'autre», à l'idée que chacun n'aurait aucune obligation juridique stricte en dehors des bornes qui assurent aux autres membres de la société la jouissance des mêmes droits que ceux dont il

53 Thomas Hobbes, *Léviathan*, XIV.

54 Cf. par exemple ATF 115 Ia 234, considérant 10.b (JT 1991 I 194).

dispose. Suivant Francis Fukuyama<sup>55</sup>, les avancées des technosciences nous amènent à remettre en question l'idée que le principe central du droit est celui de la liberté et de l'autonomie individuelle. Elles nous conduisent à remettre en question l'existence d'un prétendu gouffre entre l'être et le devoir, et nous dirigent vers une philosophie du droit pré-kantienne et pré-rousseauiste, qui a inspiré les auteurs du *Bill of Rights* aux Etats-Unis, et suivant laquelle le droit est essentiellement un facteur de protection de certaines finalités humaines substantielles, les obligations juridiques trouvant leur source principale dans le projet de protéger ces biens.

Le philosophe allemand Jürgen Habermas<sup>56</sup>, bien que toute sa philosophie soit consacrée au développement et à l'approfondissement du droit au sens de cette «dialectique volontariste» où la liberté infinie de l'individu n'est bornée que par la liberté égale des autres individus<sup>57</sup>, relève qu'une telle conception ne doit pas nous «boucher la vue».<sup>58</sup>

En effet, cette restriction réciproque des libertés de chacun, et la communauté morale qui en résulte, la manière dont nous nous comprenons en tant qu'êtres moraux au sein de cette communauté morale, la conscience morale elle-même, «ne constitue[nt] pas... un royaume des fins dans un au-delà nouménal, mais... demeure[nt] enchâssée[s] dans les formes concrètes de vie et dans leurs règles de comportement – dans leur *ethos*».<sup>59</sup> Cette communauté morale, et la conscience morale qui en est la base, trouvent en conséquence leur appui dans une «compréhension éthique que l'espèce humaine a d'elle-même».

55 Cf. Francis Fukuyama, *Our posthuman future. Consequences of the Biotechnology Revolution*, 2002; traduit en français : *La fin de l'homme. Les conséquences de la révolution biotechnique*, Paris, 2002.

56 Cf. Jürgen Habermas, *L'avenir de la nature humaine. Vers un eugénisme libéral?*, Paris: Gallimard, 2002.

57 Habermas désigne cette conception du droit (exposé aux pages 55 à 61 de son ouvrage) comme une conception inspirée par «le primat du juste sur le bien» (page 65). Par l'expression «primat du juste» il se réfère donc au caractère décisif de cette conception hobbesienne du droit et de l'obligation, conception parfois désignée comme «la théorie des droits» comme on l'a indiqué au début de la section IV ci-dessus.

58 *Idem*, p. 65. La «théorie des droits» ne doit donc pas nous boucher la vue.

59 *Idem*, p. 66.

Or, la technicisation de la nature humaine, la manipulation possible du génome humain et la prise en main éventuelle par l'homme de sa propre évolution «pourrait modifier à ce point la compréhension que nous avons de nous-mêmes dans la perspective d'une éthique de l'espèce humaine, que la conscience morale aussi pourrait s'en trouver affectée».<sup>60</sup>

Ces citations montrent à notre avis que la philosophie du droit est en train de redécouvrir, à l'occasion de la réflexion sur les menaces liées à l'instrumentalisation de l'espèce humaine par la technique, qu'il n'est pas possible de faire abstraction du bien. Dans le cas de Jürgen Habermas, il s'agit du bien que constitue la compréhension éthique que l'espèce humaine a d'elle-même et, ultimement, la conscience morale et la communauté morale qu'elle rend possible. Il s'agit donc du bien fondamental qu'est la raison pratique (voir section suivante, chiffre 3, lettre e, la référence à la raison pratique comme à un bien humain fondamental). L'intégrité du soubassement biologique de l'être humain, en particulier le fait de disposer d'un héritage génétique n'ayant pas été soumis à intervention artificielle, constitue peut-être selon Jürgen Habermas la condition nécessaire pour que ce bien puisse se réaliser. Jürgen Habermas indique lui-même, presque explicitement, le caractère téléologique de la perspective qu'il adopte ainsi: «La perspective à partir de laquelle j'appréhende la discussion qui se mène actuellement sur les besoins de réglementation de la technique génétique m'est donnée par la question de savoir quelle signification a le fait de ne pas pouvoir disposer à notre guise des fondations génétiques qui président à notre existence corporelle pour la conduite de notre vie personnelle et la manière dont nous nous comprenons en tant qu'êtres moraux».<sup>61</sup> Il souligne en outre la constitution en un certain sens «aristotélicienne» du monde vécu à partir duquel nous abordons cette discussion.<sup>62</sup>

Relevons incidemment que cette perspective téléologique n'a jamais été écartée dans la pensée mise en œuvre dans la pratique du droit. Une telle perspective donne au contraire leur structure fondamentale à un grand nombre de raisonnements utilisés sans cesse dans cette pratique. C'est par exemple le cas pour le raisonnement développé par le Tribunal

60 *Idem*, p. 68.

61 *Idem*, p. 39.

62 *Idem*, p. 71.

fédéral suisse lorsqu'il relève que «la garantie des besoins humains élémentaires, comme la nourriture, l'habillement ou le logement, constitue *la* condition de l'existence de l'homme et aussi de son épanouissement», et que «par conséquent, le minimum vital remplit les exigences nécessaires pour être garanti en tant que droit constitutionnel non écrit».<sup>63</sup> Il est manifeste que dans un tel raisonnement l'obligation de garantir le minimum vital repose sur un lien, établi par la raison, entre les biens que sont l'existence de l'homme et son épanouissement, et ce qui est nécessaire à la réalisation de tels biens.

## 7. Droit naturel et objectivité de la connaissance pratique

La position de Francis Fukuyama et de Jürgen Habermas, s'agissant des protections à adopter pour s'assurer qu'aucune atteinte ne sera portée à ce que l'article 20a de la loi fondamentale allemande désigne comme «les bases naturelles de la vie», ne relève-t-elle pas d'une structure de pensée caractéristique de la tradition du droit naturel représentée notamment par Aristote et Thomas d'Aquin? N'en va-t-il pas de même du raisonnement du Tribunal fédéral suisse en matière de droit au minimum vital? Dans tous ces cas n'y a-t-il pas référence à des biens (l'existence de l'homme, son épanouissement, la compréhension la plus appropriée qu'il a de lui-même, la conscience morale, la communauté morale, etc.), et déductions tirées de la visée de ces biens, s'agissant de ce qui est nécessaire à leur réalisation?

Il semble qu'il faille répondre positivement à cette question. La suite de cette présentation se propose de justifier cette réponse en rappelant deux éléments caractéristiques de l'approche jurnaturaliste d'Aristote<sup>64</sup>:

63 Arrêt du Tribunal fédéral du 27 octobre 1995, ATF 121 I 367, Semaine Judiciaire 1997, pp. 389-390.

64 Voir ci-dessous (section VII. 3) l'approche différente de l'Ecole de droit naturel moderne, que nous ne suivons pas.



- d’une part, la conviction que les obligations juridiques ou morales ne sont pas exclusivement l’image inversée du droit de quelqu’un d’autre, qu’elles ne résultent en particulier pas de cette dialectique volontariste imaginée par Hobbes, mais qu’elles sont formulées par la raison pratique lorsque celle-ci envisage certaines activités (par exemple vivre, comme on le verra ci-dessous, ou se comprendre soi-même en tant qu’être moral et être avec les autres dans une communauté morale comme dans la perspective de Habermas), ou certains états de chose qui disposent à ces activités (les bases naturelles de la vie, l’intégrité corporelle, la santé), comme devant être préservés et protégés (comme des biens), puis conçoit et formule ce qui est requis pour réaliser efficacement cette préservation et cette protection, en termes de comportements, de règles à respecter, d’obligations (comme on le verra sous section VIII, il ne s’agit là cependant que d’une conception partielle de ce qui relève du contenu du droit naturel: on n’y vise que le contenu des règles mises en place pour protéger directement tel ou tel bien, par exemple l’intégrité des personnes, et non pas celui des règles qui sont conçues et formulées en vue de réaliser de la justice au-delà de ce minimum, lorsque ce minimum est déjà acquis);
- d’autre part, la conviction que la raison pratique est capable d’une certaine objectivité, aussi bien au niveau de la saisie que tel ou tel état de chose, ou telle ou telle activité, constitue un bien (Habermas ne met ainsi pas en doute que la conscience morale, la communauté (morale) et cette compréhension éthique que l’espèce humaine a d’elle-même, soient des biens), qu’au niveau du lien spécifiquement rationnel établi entre la finalité que constitue le bien en cause, et les moyens requis pour le réaliser.

On va reprendre ces divers aspects dans les quatre sections qui suivent, dans le but de mieux faire comprendre la structure de pensée qui est à la base d’approches telles que celles de Habermas ou de Fukuyama, afin de permettre au lecteur de la mettre en concurrence, dans son esprit, avec la dialectique volontariste proposée par Thomas Hobbes.

*a. Le lien spécifiquement rationnel établi par la raison pratique entre certains biens, saisis et reconnus comme tels, et les moyens nécessaires pour les réaliser*

Le grand philosophe du droit, H.L.A. Hart, bien que s'inscrivant dans une tradition positiviste, a reconnu qu'il y a une certaine vérité dans les doctrines de droit naturel lorsqu'elles saisissent la dimension fondamentalement téléologique de tout ce qui relève de l'action et de la pensée humaine. Nous nous proposons d'expliquer cette dimension en suivant la présentation qu'il en a donné dans son ouvrage de base.<sup>65</sup>

Il y a selon Hart une certaine vérité dans l'approche jusnaturaliste: le droit ne peut pas avoir n'importe quel contenu. Il y a dans tous les systèmes juridiques un certain nombre de règles qui relèvent de ce que Hart appelle le contenu minimum du droit naturel. Le positiviste qu'est Hart reconnaît ainsi que l'une des thèses fondamentales du positivisme («la thèse positiviste selon laquelle le droit peut avoir n'importe quel contenu») n'est pas exacte. Les règles relevant du contenu minimum du droit naturel s'imposent à cause de leur contenu, indépendamment du respect d'une procédure d'adoption, indépendamment de la volonté du législateur, et ce contenu s'impose en raison des finalités que poursuivent spontanément les êtres humains. Les doctrines du droit naturel ont clairement saisi cette dimension, que Hart se propose d'«énoncer à frais nouveaux dans une terminologie plus simple».

Font partie de ce contenu minimum, suivant Hart, «les formes minimales de protection des personnes, de la propriété et des promesses», ainsi que l'existence d'un mécanisme de sanctions. Hart ne mentionne pas la protection des bases naturelles de la vie, la protection de l'identité de l'espèce humaine, mais il semble assez évident que ces biens peuvent parfaitement figurer, comme objets de protection, à côté des biens mentionnés par Hart, (les personnes, les propriétés et les promesses).

Suivant Hart, la notion d'un contenu spécifique minimum de droit naturel n'est pas nécessairement associée à l'idée d'un législateur divin,

65 Cf. H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, traduction de Michel van de Kerchove, Bruxelles, 1976, pp. 226-239.

à une loi morale ou religieuse qui imposerait ce contenu à des êtres humains qui ne feraient que le subir passivement; il peut donc y avoir droit naturel sans qu'il y ait nécessairement hétéronomie. Admettre que tout système juridique contient un contenu minimum qui relève du droit naturel ne revient donc pas à remettre en question une autre position fondamentale du positivisme: l'absence de connexion nécessaire entre droit et morale. En effet, si tout système juridique a nécessairement un contenu minimum qui relève du droit naturel, ce n'est pas parce qu'il respecte une loi morale ou religieuse. Ce qui amène tout système juridique à avoir un contenu minimum de droit naturel, c'est en effet autre chose que le respect d'une loi morale ou religieuse; cette autre réalité, le texte de Hart a pour but de l'identifier, en reprenant ce qu'il y a de juste dans la doctrine du droit naturel, en énonçant cette doctrine dans un langage compréhensible pour un esprit moderne, à travers une présentation qui en fait ressortir «le noyau de bon sens», «les vérités élémentaires essentielles à la compréhension du droit» que contient la doctrine jusnaturaliste.

Hart va expliquer que le contenu minimum de droit naturel, présent dans tous les systèmes juridiques, dépend d'une dimension téléologique (une dimension de finalité interne) omniprésente dans tout le domaine de l'action humaine. Un contenu spécifique de droit naturel s'impose en droit, non pas à cause de règles morales ou religieuses auxquelles le droit se conformerait, mais en raison des finalités que poursuivent spontanément les êtres humains, en particulier l'objectif fondamental de préserver leur propre existence, c'est-à-dire l'objectif de continuer à vivre. Le contenu minimum du droit naturel que vise Hart résulte du rôle central joué par cette finalité dans tout le domaine de l'action et de la pensée pratique humaine. Hart indique en effet «qu'il est nécessaire de reconnaître la conservation comme un but», «que la conservation constitue un objectif humain», «qu'elle occupe une place privilégiée dans la conduite humaine et dans notre manière de la considérer», et que la dimension téléologique constituée par la présence de cette finalité interne «se retrouve dans toute la structure de notre pensée et du langage que nous utilisons pour décrire le monde et nous décrire les uns les autres». Sans cette dimension, des concepts comme ceux de danger, de

sécurité, de dommage, de bénéfice, de besoin, de fonction, de maladie, de guérison, etc., seraient profondément altérés.

Pour faire comprendre en quoi consiste exactement cette dimension téléologique, Hart va distinguer deux conceptions différentes de la nature: (a) une conception moderne selon laquelle l'on voit la nature comme un ensemble de régularités observables, dont on peut rendre compte et que l'on peut prédire en découvrant les lois auxquelles obéissent les mécanismes en cause (par exemple la loi de la gravité); (b) une conception de la nature comme processus de croissance (par exemple le processus qui conduit du gland au chêne complètement développé), comme mouvement vers un achèvement, vers un épanouissement, une réalisation, une perfection, une activité (par exemple la perfection et l'activité qu'est le fait de vivre, de continuer à vivre) qui est perçue comme une fin et un objectif par rapport à tout le reste.

C'est cette deuxième conception de la nature qui est implicitement présente quand nous considérons spontanément comme «positif» un état d'intégrité corporelle et mentale, un état de santé et de bon fonctionnement du corps; en effet on appelle «positif» ce qui est orienté vers cette finalité que représente la vie, c'est-à-dire orienté dans la «bonne» direction, au sein de cette dimension téléologique dans laquelle baigne toute notre approche pratique; on l'oppose à des états ou à des processus qui apparaissent, par rapport à cette dimension téléologique que Hart essaie de mettre en évidence, non seulement comme négatifs, mais comme dépourvus de toute finalité et de toute fonction, comme complètement extérieurs à toute finalité (Hart donne l'exemple du cancer, qui est perçu comme un processus étranger à cette dimension téléologique, et qu'on peut opposer par exemple aux battements du cœur, dont nous disons que la fonction est de faire circuler le sang). Hart souligne que dans tout le domaine de l'action humaine, lorsque nous nous référons à des besoins humains, à des concepts comme ceux de préjudice, de dommage, de réparation, il y a toujours cette conception plus ancienne de la nature qui est présente, avec cette dimension radicalement téléologique.

Sur quoi repose le jugement selon lequel vivre serait un bien, une fin, un objectif fondamental? La dimension téléologique que Hart a mise en

évidence repose en effet sur un tel jugement. La question se pose de savoir si ce jugement est vrai ou non. Suivant Hart, «le présupposé tacite selon lequel la fin de l'activité est de survivre» résulte du «simple fait contingent que la plupart des êtres humains, en tout temps, désirent continuer à vivre». Hart pense que «le fait en général que les êtres humains désirent vivre est un fait purement contingent qui aurait pu se présenter autrement». On verra plus loin que Finnis s'oppose à ce point de vue, et soutient que si nous désirons en général vivre et continuer à vivre, c'est parce que nous comprenons que la vie est un bien. Cette compréhension constitue la connaissance vraie de ce bien qu'est objectivement la vie. Nous y revenons longuement plus bas.

Suivant Hart (et c'est là le point central de toute son explication sur le droit naturel), il est essentiel de bien saisir le type de nécessité dont relève le contenu du droit naturel: Hart dit qu'«il s'agit d'une nécessité naturelle», mais il ne faut pas se laisser abuser par cette expression car on risquerait de manquer le rôle central que joue la raison pratique, rôle que Hart met en évidence en soulignant «le lien spécifiquement rationnel» que cette approche établit entre divers faits et le contenu minimum du droit naturel.

Ce contenu spécifique de droit naturel n'est en effet rien d'autre que ce qui est considéré comme nécessaire par la raison pratique humaine pour atteindre l'objectif fondamental qu'est la préservation de l'existence. Il s'agit d'une raison pratique toute entière occupée, au sein de la dimension téléologique qu'on vient d'expliquer, à déterminer ce qu'il faut faire, en particulier les règles qu'il faut établir et respecter, pour réaliser l'objectif de conservation dans les conditions concrètes dans laquelle se trouvent les êtres humains en société. Le contenu du droit naturel n'est donc rien d'autre, dans cette perspective, que ce qu'il est raisonnable de respecter si l'on présuppose que vouloir continuer à vivre est le but, et compte tenu de la condition humaine et de l'environnement dans lequel s'accomplit la vie humaine. Ainsi, le droit naturel n'est rien d'autre que ce qui résulte de ce «lien spécifiquement rationnel».

Dans son texte, Hart explique bien que la réalisation de cet objectif minimum (vivre, continuer à vivre), dans l'environnement et les conditions naturels propres à l'être humain, c'est-à-dire dans une

situation de ressources limitées, d'égalité approximative, de grande vulnérabilité (les truismes dont parle Hart dans son texte), constitue la raison de l'adoption de telle ou telle règle, par exemple des règles qui répriment l'homicide. Le lien entre la situation de fait dans laquelle se trouve l'être humain (exprimée par les divers truismes) et le contenu du droit naturel de telle ou telle règle, n'est donc pas immédiat, comme en matière de lois scientifiques, mais passe par un esprit humain qui envisage certaines activités comme des biens (vivre, continuer à vivre), puis conçoit et formule ce qui est nécessaire, par exemple en termes de contenu de règles à respecter, pour les atteindre. Le contenu minimum du droit naturel dépend donc de la rationalité pratique (Finnis utilise plutôt l'expression «raisonnabilité pratique») de ceux qui conçoivent et formulent ce contenu minimum; il dépend de l'exercice de la raison pratique notamment par le législateur ou le juge; il dépend d'une raison toute occupée à concevoir et à formuler comme règles de droit précisément ce qu'exige la réalisation de biens tels que vivre, continuer à vivre; il dépend d'une raison toute occupée, parce que la vie est comprise comme un bien, à formuler une réponse raisonnable aux problèmes que pose sa conservation.

*b. La connaissance pratique des biens*

Hart a compris et expliqué avec beaucoup de précision le rôle central de cette dimension téléologique dans tout le domaine de l'action pratique humaine. Il a en outre saisi le lien spécifiquement rationnel qui est établi par une raison pratique toute entière occupée, au sein de cette dimension téléologique qu'on vient d'expliquer, à déterminer ce qu'il faut faire, en particulier les règles qu'il faut établir et respecter, pour réaliser cet objectif que constitue l'existence humaine dans les conditions concrètes dans lesquelles se trouvent les êtres humains.

Cependant, Hart conçoit cette dimension téléologique comme dépendant d'une finalité unique (vivre et continuer à vivre), qu'il comprend d'ailleurs plutôt comme un état que comme une activité (il parle seulement de «conservation»), et qu'il explique par un instinct que nous aurions, l'instinct de survie.

Si l'on veut donner une image plus fidèle de l'approche jusnaturaliste, si l'on veut aussi comprendre la structure de pensée implicitement mise

en œuvre dans les prises de position de Habermas et Fukuyama en matière de biotechnologie et d'avenir de la nature humaine, il faut apporter un certain nombre de modifications aux positions de Hart sur le contenu minimum de droit naturel. Nous allons le faire en nous référant à l'approche jusnaturaliste d'Aristote et de Thomas d'Aquin (et non pas à celle, toute différente, de l'Ecole de droit naturel moderne de Grotius et ses successeurs), en utilisant de façon très intensive l'élaboration qu'en a faite John Finnis, Professeur de droit et de philosophie du droit à l'Université d'Oxford, auteur notamment de *Natural Law and Natural Rights* (1981), *Fundamentals of Ethics* (1983), *Nuclear Deterrent, Morality and Realism* (avec J. Boyle et G. Grisez, 1987), *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory* (1998).<sup>66</sup>

Dans cette perspective jusnaturaliste, les modifications suivantes doivent être apportées à la conception de Hart s'agissant de la finalité que constitue l'existence humaine, s'agissant aussi de la connaissance qu'on en a:

- (a) La dimension téléologique qui imprègne toute l'action humaine ne peut pas être rattachée à une fin unique (vivre), comme le fait Hart, mais cette fin qu'est l'existence coexiste avec d'autres fins tout aussi fondamentales, comme connaître, aimer, se comprendre soi-même de la façon la plus appropriée et réaliser une certaine harmonie entre ses sentiments, ses jugements et ses comportements (Jürgen Habermas fait référence à cette dernière sorte de bien quand il parle de la compréhension éthique la plus appropriée que l'espèce humaine a d'elle-même).
- (b) La fin qu'est vivre et continuer de vivre, ainsi que les autres finalités humaines fondamentales, doivent être conçues en terme d'exercices et d'activités, plutôt que comme des états: si la conservation est un but, c'est en effet parce que l'existence elle-

66 Cf. également les articles suivants: Germain Grisez, Joseph Boyle et John Finnis, «Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends», *American Journal of Jurisprudence*, no. 32, 1987, p. 99 et suivantes; Germain Grisez, «Natural Law, God, Religion, and Human Fulfillment», *American Journal of Jurisprudence*, no. 46, 2001, p. 3 et suivantes; Germain Grisez, «The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the *Summa Theologiae*, 1-2, Question 94, Article 2», *Natural Law Forum*, no. 10, 1965, p. 168 et suivantes.

même est un but, et il faut donc parler du but comme d'un exercice, non pas comme d'un état.

- (c) Enfin, conformément à la thèse d'Aristote, et contre celle de Hobbes (voir ci-dessus sect. III), si nous désirons vivre, c'est parce que nous comprenons que c'est une bonne chose; cela ne nous apparaît pas comme une bonne chose parce que nous désirons vivre et que l'instinct nous y pousse. Ce qui est décisif dans l'approche proprement humaine (ce qui, dans cette approche, est au principe de l'approche, «au départ» comme dit Aristote, en n'entendant toutefois pas ce terme dans le sens de ce qui est premier dans le déroulement chronologique de notre croissance biologique), ce n'est pas le désir ou l'instinct, mais c'est la compréhension que l'objet de ce désir ou de cet instinct est quelque chose de positif, de bien. Nous saisissons la réalisation de ce désir comme constituant une possibilité très concrète (vivre et continuer de vivre, non seulement aujourd'hui mais aussi demain), et nous considérons que cette possibilité est affectée d'un signe positif, qu'elle constitue, en d'autres termes, une opportunité. Nous la relions à d'autres biens fondamentaux (l'amitié qui nous lie à telle ou telle personne, de nouvelles découvertes et des progrès dans la connaissance et la sagesse, la réalisation d'une meilleure harmonie entre nos sentiments, nos jugements et nos comportements, etc.), dans une certaine conception de l'épanouissement humain possible, de la réalisation globale dont chaque bien fondamental constitue un aspect.<sup>67</sup>

67 Aristote soutient même que le désir de vivre, non pas l'instinct mais «le désir réfléchi et délibéré» (voir citation sous note 92 pour cette expression) de vivre, tient à ce que «le fait de vivre doit être posé comme une sorte de connaissance» (*Ethique à Eudème*, Livre VII, 12, 1244 b 29 [trad. Pierre Maréchaux], Paris: Ed. Payot et Rivages, 1994, p. 183). On pourrait répondre comme suit à Hart quand il soutient que le fait que les êtres humains désirent vivre est un fait purement contingent qui aurait pu se présenter autrement (voir section VII.1 ci-dessus): sans doute, comme le dit John Finnis, «the states of affairs whose goodness is in question in ethics are, primarily, the states of human beings» (c'est notamment le cas lorsqu'on parle du bien qu'est la vie humaine); sans doute, «we cannot detach the meaning of *good* and *well-being* from the notion of *taking an interest in*» (c'est manifeste lorsqu'on parle du bien qu'est notre propre vie); sans doute, «describing my condition as *well-being*



Les limitations apportées par Hart à l'approche jurnaturaliste sur les trois points indiqués ci-dessus, assez arbitraires à notre avis, tiennent probablement toutes à son option en faveur du positivisme scientifique, c'est-à-dire à cette croyance qu'en définitive nous pourrions découvrir la vérité sur toute chose et sur nous-mêmes sous forme de propositions scientifiques dûment établies par l'observation, c'est-à-dire comme un fait.

C'est là négliger la coupure qui existe entre le pratique et le théorique, et imaginer que le théorique puisse rejoindre le pratique ; en définitive, c'est ne pas vraiment comprendre en quoi consiste la dimension pratique, dans laquelle on se situe toujours en droit et en morale, contrairement à la situation en sciences, même en sciences appliquées.

Comme l'a relevé John Finnis, par dimension pratique l'on ne vise pas du tout l'application de quelque chose qui a été préalablement élaboré théoriquement et qui est ensuite mis en pratique, mais au contraire une approche immédiatement pratique, dès le départ, y compris

does indeed *mark what fits in with my interest*» (c'est le cas lorsqu'on parle du «désir délibéré et réfléchi» de vivre: vivre, n'est-ce pas quelque chose qui est dans notre intérêt?); cependant, comme le relève Finnis, «the decisive question always is what it is intelligent to take an interest in»; en effet, «what is in my interests is certainly not sufficiently to be determined by asking what I happen to take an interest in» (il ne suffit donc pas d'en rester au fait purement contingent que nous avons un instinct de conservation qui nous pousse à vivre, et que donc nous y avons intérêt à cause de cette situation purement factuelle, mais il faut se demander si vivre est un bien, si donc nous y avons vraiment intérêt, s'il y a une raison d'aller là où notre instinct nous pousse); la conclusion de Finnis est la suivante: «So there is no reason to deny the objectivity – i.e. the intelligibility and reasonableness and truth... - of statements about what constitutes someone's well-being ( and is therefore in his interests)» (John Finnis, *Fundamentals of Ethics*, Georgetown: University Press, 1983, p. 62 et 63). On peut donc désirer «ce qui a été préalablement délibéré» d'un «désir réfléchi», et on peut le saisir comme un bien dans un acte d'intelligence qui relève d'une «intelligence désirante» (voir note 92 ci-dessous les références à Aristote pour ces expressions), même si par ailleurs ce qu'on a ainsi saisi comme bien intelligible, et qu'on désire en conséquence d'un désir réfléchi, fait aussi l'objet de l'instinct de conservation: comme le dit Aristote (voir note 92), l'homme est un tel principe.

au niveau des principes, qui ne peuvent pas être saisis indépendamment de la pratique et hors d'elle.

Comprendre pratiquement, suivant Finnis, c'est comprendre quelque chose lorsqu'on le saisit comme une raison d'agir, et certaines choses, comme le fait que la vie est un bien, ne se comprennent que pratiquement, lorsqu'on se demande, et qu'on choisit, ce qu'il est bien de faire, d'obtenir, d'être, d'avoir, dans les multiples circonstances de la vie quotidienne. Tout ce que Hart présente comme «une conception plus ancienne de la nature» constitue non pas tellement une conception théorique plus ancienne de la nature, mais beaucoup plus simplement l'approche pratique que nous adoptons spontanément (et que nous ne pouvons pas ne pas adopter) dans nos activités et nos choix de chaque instant, quelles que soient par ailleurs les positions théoriques et scientifiques que l'on défend.

### *c. Les biens fondamentaux*

Saisir qu'il y a une pluralité de biens fondamentaux, tous différents les uns des autres, est essentiel pour comprendre l'approche junsnaturaliste, et aussi pour comprendre la position adoptée par Habermas. Celui-ci ne justifie-t-il pas la préservation des bases naturelles de la vie, la protection du soubassement biologique de l'être humain contre toute déformation, au motif qu'une telle déformation pourrait porter atteinte au bien que constitue la compréhension éthique la plus appropriée que l'espèce humaine doit avoir d'elle-même? Il se réfère alors, nous semble-t-il, à un bien humain fondamental autre que la vie. Il y a donc plusieurs biens fondamentaux.

John Finnis est l'un des philosophes qui a défendu avec le plus de clarté la thèse de la multiplicité et de la diversité des biens fondamentaux, de ces biens que les êtres humains cherchent à réaliser dans leur vie. Il énumère les biens humains fondamentaux suivants:

- (a) la vie et la santé (vivre, continuer de vivre, est spontanément perçu et compris comme un bien, et constitue donc quelque chose qu'on cherche à préserver, une fin, un objectif, quelque chose qu'on traite pratiquement, plus ou moins consciemment, comme une raison

d'agir s'agissant d'un grand nombre d'actions que nous entreprenons quotidiennement);

- (b) la connaissance exacte et complète de la réalité (connaître, savoir quelque chose de vrai, est aussi spontanément perçu comme un bien que nous recherchons, et qui motive pratiquement un grand nombre de nos choix et de nos actions, de façon très profonde, si profonde que même ceux qui affirment qu'une connaissance objective n'est pas possible, ou qu'elle n'est pas un bien, tiennent à ce savoir comme à quelque chose de précieux, comme à un bien);
- (c) une certaine excellence dans le travail et le jeu;
- (d) une amitié avec une autre personne, une certaine harmonie dans les relations affectives avec les personnes proches, et aussi dans les rapports réciproques entre les membres de la communauté à laquelle on appartient (avoir une relation d'amitié, d'amour, de camaraderie, etc. avec une autre personne, vivre proche d'elle, et non pas seul ou isolé, est spontanément perçu comme un bien qu'il convient de rechercher, de cultiver, non seulement dans l'enfance, vis-à-vis des parents et des autres membres de la famille, mais aussi à l'âge adulte, à l'intérieur d'un couple par exemple, et cela constitue aussi pour chacun une raison d'agir, la raison qui motive pratiquement un grand nombre de nos actions)<sup>68</sup>;

68 Les biens listés sous lettres d, e et f sont des biens dits «réflexifs», du fait que «their instantiation necessarily includes the choice by which we participate in them» (Germain Grisez, op. cit. in *American Journal of Jurisprudence*, no. 46, 2001, p. 3 et suivantes, p. 7 et 8). Pour une amitié ou pour un mariage, par exemple, le choix que les personnes font l'une de l'autre, réciproquement, au moment du consentement mutuel, entre dans la constitution du bien en question. Au contraire, s'agissant de biens comme la connaissance ou la santé, le choix en leur faveur (par exemple par quelqu'un qui se consacrerait à la recherche, ou qui serait actif dans le domaine de la santé) n'est pas un élément constitutif du bien en cause. La subjectivité humaine joue donc un rôle plus important dans la constitution des biens réflexifs. Montaigne reconnaissait cet aspect réflexif du bien qu'est l'amitié, de la façon suivante: «notre liberté volontaire n'a point de production qui soit plus proprement sienne que celle de l'affection et amitié» (Essais, I, p. 185, éd. P. Villey et V.-L. Saulnier, Paris: Gallimard, 1962). Cet aspect réflexif n'enlève rien à l'objectivité du bien qu'est l'amitié, cette activité qui «possède en soi une excellence propre en raison même de ce qu'elle atteint: non pas telle ou telle qualité de l'homme, mais l'homme lui-même comme bien absolu», «la personne de l'homme, considérée par

- (e) une certaine harmonie entre ses sentiments, ses jugements, sa liberté de choix s'agissant des multiples comportements possibles, et ses comportements effectifs (la raison pratique);
- (f) une certaine harmonie avec la réalité ultime (la religion au sens large: l'harmonie entre soi et cette réalité est un bien, quelle que soit par ailleurs la conception que l'on a de cette réalité ultime: l'univers matériel, la conscience, une réalité transcendant l'univers matériel, une réalité transcendant l'univers matériel et qui est de nature personnelle).

Chacun de ces biens est fondamental en ce sens qu'on s'attache à le réaliser, non pas en raison d'autre chose, mais pour lui-même: chacun constitue une raison qui explique à nos yeux, pratiquement, selon le point de vue interne, pourquoi nous faisons ceci ou cela, pourquoi nous faisons quelque chose plutôt que rien, et qui l'explique sans qu'il soit nécessaire, ou même simplement possible, d'aller plus loin pour comprendre ce que nous faisons, notre action, notre comportement. Aucun ne constitue simplement un moyen en vue d'un autre bien, ni simplement une partie d'un autre bien<sup>69</sup>; chacun est irréductible à tout autre, chacun est objectivement incommensurable avec tout autre, et il y a donc une réelle diversité et une réelle multiplicité de biens fondamentaux. «Pris ensemble, ces biens fondamentaux donnent forme et contenu à une certaine conception de l'épanouissement humain [...]»<sup>70</sup>; ils constituent les divers aspects de cet épanouissement. De ce fait, ces divers biens (ou plus exactement la compréhension que l'on a des avantages que représentent leur réalisation pour chaque être humain concerné par cette réalisation) constituent nos diverses raisons fondamentales d'agir, nos motivations ultimes, et rendent compte de tout ce que l'on peut intelligemment vouloir, choisir, faire, être ou avoir.

Pour mettre en relief la conception de la finalité implicite dans ce qui vient d'être exposé à propos de l'épanouissement humain et des activités

l'ami comme son bien et sa fin» (Marie-Dominique Philippe, *Introduction à la philosophie d'Aristote*, p. 38).

69 Cf. John Finnis, art. «Droit naturel», *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, publié sous la direction de Monique Canto-Sperber, Paris: PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2001, p. 924.

70 *Idem*, p. 923.

qui en constituent les multiples facettes, mettons cette conception de la finalité en parallèle avec celle qu'adopte un scientifique comme Pascal Picq lorsqu'il évoque le «fait que la vie et l'évolution n'aient pas de finalité».<sup>71</sup> Il y a deux conceptions très différentes de la finalité. D'un côté (parfaitement illustrée par les recherches d'Aristote dans l'*Ethique à Nicomaque*), la finalité de la vie, ce qui en fait donc le sens, est conçue comme quelque chose d'immanent à la vie elle-même, comme l'exercice même de cette vie, comme «la vie en acte et comme fin» selon l'expression d'Aristote<sup>72</sup>, c'est-à-dire comme l'activité humaine elle-même envisagée dans ses manifestations les plus parfaites.<sup>73</sup> De l'autre côté, la finalité est comprise comme un objectif externe, celui que

71 Pascal Picq, *Lucy et l'obscurantisme*, Paris: Odile Jacob, 2007.

72 Cf. *Ethique à Eudème*, Livre VII, 12, 1244 b 23-24 [trad. V. Décarie], Paris – Montréal: Librairie Philosophique J. Vrin / Les Presses de l'Université de Montréal, 1978, p. 195.

73 Aristote parle dans le texte qu'on vient de citer de l'activité proprement humaine que constitue l'amitié (c'est, dit-il, «percevoir et connaître ensemble»). L'amitié fait partie des activités pour lesquelles «le but de l'activité n'est toujours que l'activité elle-même» (*Ethique à Nicomaque*, Livre VI, 4, 1140 b 5, [trad. J. Barthélémy Saint-Hilaire revue par A. Gomez-Muller], Le Livre de Poche, 1992, p. 244, sous réserve que nous avons remplacé *action* par *activité*), «la bonne activité étant elle-même sa propre fin» (*Ibid.* [trad. J. Tricot], Paris: Librairie philosophique J. Vrin, p. 286, sous réserve que nous avons remplacé *pratique* par *activité*). Ces activités ne sont en effet pas pour autre chose, mais pour elles-mêmes, et c'est pourquoi ce sont des biens fondamentaux. Il convient de relever que cette immanence n'exclut pas que l'opération en cause soit toute entière «extatique», c'est-à-dire, s'agissant de l'amitié, entièrement tournée vers la personne même de l'ami, qu'on atteint par elle dans son altérité (voir Marie-Dominique Philippe, *Introduction à la philosophie d'Aristote*, p. 38). C'est même le contraire qui est vrai: l'activité en cause possède cette immanence et cette excellence qui en font une fin «en raison même de ce qu'elle atteint» (*Ibid.*). L'immanence est donc liée à cette dimension «extatique». Ainsi, si la bonne activité est elle-même sa propre fin, il est aussi vrai qu'on ne peut dire d'aucune personne humaine, qu'elle «est à elle-même son propre bien», parce que «pour nous [êtres humains], le bien est relatif à autre chose» («τὸ εἶ καὶ ἑτέρων»), il implique une altérité, une autre personne que nous, et donc de «vivre avec autrui» (*Ethique à Eudème*, Livre VII, 12, 1245 b 9-19 [trad. Pierre Maréchaux], Paris: Ed. Payot et Rivages, 1994, p. 186). Pour une illustration de cette analyse d'une activité qui est elle-même sa propre fin, et qui est en même temps relative à autrui, voir note 78 ci-dessous.

pourrait, par exemple, avoir eu à propos de son ouvrage l'«horloger» humain ou surhumain qui aurait conçu et réalisé ce «mécanisme» que constitueraient la vie et l'évolution. La finalité est alors imaginée de façon assez grossière, sur le modèle de ce qui se passe dans notre activité fabricante, sans que ce concept n'ait subi l'examen critique nécessaire, celui qui est propre à la réflexion philosophique<sup>74</sup>, et il n'est pas surprenant que l'on conclue à la non existence de cette finalité-là.

Comparons maintenant cette perspective aristotélicienne d'une finalité immanente, avec le rationalisme de l'Ecole de droit naturel moderne, et faisons porter cette comparaison sur le bien mentionné sous lettre *d* ci-dessus, puisqu'il y a quelque chose de commun au départ sur ce point entre les deux démarches, bien qu'elles divergent ensuite complètement. On va voir que la notion d'une finalité immanente, constituée par l'exercice lui-même de certaines activités, a disparu dans l'Ecole de droit naturel moderne.

Suivant Hugo Grotius, si l'on examine les comportement humains on s'aperçoit que les êtres humains cherchent la société des autres et la vie avec eux.<sup>75</sup> Grotius relève aussi que nous recherchons «le commerce de nos semblables quand même nous n'aurions besoin de rien»<sup>76</sup>, c'est-à-dire que les relations avec les autres sont recherchées non pas seulement pour l'utilité qu'elles pourraient avoir, mais aussi pour elles-mêmes, comme quelque chose d'ultime, d'indépendant des autres biens et de ce qui leur est utile, d'indépendant notamment de ce qui est utile à la conservation de la vie. Grotius précise ce qu'est ce bien fondamental: l'être humain cherche «à vivre avec ses semblables, non pas de quelque

74 Comme le relève Hans-Georg Gadamer, «l'expression *entéléchéia* qu' Aristote introduit, veut manifestement dire, précisément, que le «télös» n'est pas un but relevant d'un ordre éloigné de perfection, mais que c'est au contraire en chaque être particulier que se réalise le «télös», à la mesure de l'achèvement dont il est porteur» (*L'idée du Bien comme enjeu platonico-aristotélicien. Le Savoir pratique* [trad. P. David et D. Saadjan], Paris: Librairie philosophique J. Vrin, 1994, p. 147).

75 Cf. Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, Prolégomènes, para. 6 [trad. par P. Pradier-Fodéré], Paris: PUF., 1999.

76 *Idem*, para. 17 (nous citons toutefois selon la traduction de Jean Barbeyrac de 1724, reproduite en 1984 par le Centre de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen).

manière que ce soit, mais paisiblement, et dans une communauté de vie aussi bien réglée que ses lumières le lui suggèrent».<sup>77</sup>

Cependant, malgré un point de départ identique à ce qui est exposé ci-dessus sous lettre *d*, s'agissant de la compréhension de ce bien qu'est la vie avec les autres (la société des autres), Grotius ne prête ensuite plus attention, ni à l'opération humaine en cause quand il y a action en société, ni à la finalité qui lui est immanente, et qui est constituée par l'exercice même de la relation avec autrui (il en va ainsi en particulier du point culminant de la vie en société, l'amitié vécue entre deux personnes).<sup>78</sup> Il oriente sa démarche dans un sens inverse à celle d'Aristote qui, dans ses *Ethiques*, se concentre sur l'opération humaine volontaire (la *praxis*) et sur sa finalité: comme le relève André de Muralt, Grotius, au contraire d'Aristote «remonte en deçà de l'acte humain»<sup>79</sup>, passant de ce bien qu'est la société des autres, au «désir de la société»<sup>80</sup> des autres, et, de là, à une nature humaine «raisonnable et sociale», dont ce désir serait le propre, une nature conçue comme le principe *a priori*, ou comme contenant en elle les principes *a priori* à partir desquels on pourra déduire l'ensemble du droit naturel. Dans une perspective

77 *Idem*, para. 6 (trad. de Jean Barbeyrac); le texte original parle d'une communauté «pro sui intellectus modo ordinatae».

78 Le caractère immanent de cette finalité est bien illustré par le passage suivant de Montaigne: «Car, à la vérité, si je compare tout le reste de ma vie, quoy qu'avec la grace de Dieu je l'aye passée douce, aisée et, sauf la perte d'un tel amy, exempte d'affliction poissante, pleine de tranquillité d'esprit [...]: si je la compare, dis-je, toute aux quatre années qu'il m'a esté donné de jouyr de la douce compagnie de ce personnage, ce n'est que fumée, ce n'est que nuit obscure et ennuyeuse» (Montaigne, *Essais*, I, p. 193, éd. P. Villey et V.-L. Saulnier, Paris: Gallimard, 1962). Sur cette amitié, Montaigne disait, comme on le sait: «Si on me presse de dire pourquoy je l'aymois, je sens que cela ne se peut exprimer, qu'en respondant: Par ce que c'estoit luy; par ce que c'estoit moy». (*Idem*, p. 188). Pour la conceptualisation de ces données existentielles dans la philosophie d'Aristote, voir ci-dessus notes 68 et 73.

79 André de Muralt, *op. cit.*, 2002, p. 70.

80 Hugo Grotius, *op. cit.*, Prolégomènes, para. 6 (nous citons la traduction de Barbeyrac plutôt que celle de Pradier-Fodéré, qui parle de «besoin de se réunir» pour traduire «appetitus societatis», alors même que Grotius souligne que nous recherchons la société des autres même si nous n'avons besoin de rien: Grotius vise ici un «désir réfléchi» - voir note 92 pour cette expression - et non un besoin.

caractéristique du rationalisme Grotius qualifie de la façon suivante cette nature humaine, et les principes qu'elle contient parce que Dieu les a mis en elle en la créant: «les principes de ce droit sont clairs et évidents par eux-mêmes», ils tiennent «à des notions si certaines, que personne ne puisse les nier à moins de se faire violence»<sup>81</sup>, et ce qui «ne peut pas être déduit de [ces] principes certains par un raisonnement juste»<sup>82</sup> effectué après qu'on ait «détourné sa pensée de tout fait»<sup>83</sup>, ne relève pas du droit naturel, mais du droit volontaire.

Grotius croit pouvoir ainsi remplacer par un principe rationnel la finalité que représente l'exercice même de l'activité en cause.<sup>84</sup> C'est un changement très important: la pensée juridique et politique va tendre désormais à perdre le lien immédiat avec cette dimension téléologique qui donne leur sens à des concepts comme ceux de dommage, de danger, de bénéfice, de besoin. Une telle pensée va en conséquence perdre de vue l'importance que joue le bien dans sa propre logique interne, et des philosophes comme Thomas Hobbes auront de très bonnes raisons d'adopter un point de départ totalement différent, plus cohérent avec l'abandon de toute référence à la notion de bien. En outre le raisonnement pratique tel qu'on l'a expliqué ci-dessus avec l'aide de Hart, c'est-à-dire le raisonnement téléologique, tendra désormais à être remplacé en droit et en morale par le raisonnement déductif.<sup>85</sup>

81 *Idem*, para. 39.

82 *Idem*, para. 40.

83 *Idem*, para. 60.

84 André de Muralt, *op. cit.*, 2002, p. 70.

85 Cette tendance s'est imposée en théorie du droit, mais non dans la pratique du droit, notamment dans la pratique des cours de justice: voir par exemple la façon dont le Tribunal Fédéral de la Suisse s'y prend pour découvrir le droit applicable dans un arrêt du 26 juin 1997, dans une affaire *Tonwerke Thayngen AG c. Fussballclub Lohn*, et l'importance que prend l'argument téléologique dans la démarche du tribunal (ATF 123 III 292, JT 1998 I 586). Voir à propos de l'argument téléologique en droit Henri Torrione, «Le poids des arguments. Discursivité non déductive dans la pensée juridique, et utilisation des ressources de la rhétorique et de la dialectique», *Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag*, Schulthess 2004, p. 275 et suivantes.



*d. L'objectivité de la connaissance pratique des biens fondamentaux*

La compréhension de la vie comme quelque chose de précieux, qu'on cherche à préserver, la compréhension de la connaissance comme quelque chose de valable, qu'on recherche autant que possible, et de même pour tous les autres biens, n'est pas une compréhension dérivée d'une connaissance antérieure, par exemple d'un jugement sur la nature de l'être humain, ou de connaissances tirées de la sociologie, de la psychologie, de la théorie de l'évolution, de la métaphysique ou de la théologie. Ce n'est pas la compréhension d'un principe théorique, ou quelque chose qui serait la conséquence d'un quelconque savoir abstrait.

Une telle compréhension constitue au contraire un acte de l'intelligence pratique, un acte dont le contenu est constitué par quelque chose de compréhensible par soi au niveau de l'agir humain. Une telle compréhension est comme la «perception [suivant certains traducteurs il faudrait même utiliser le mot «sensation»] que le dernier élément des figures planes, c'est le triangle»<sup>86</sup>: on ne peut pas aller au-delà du triangle dans le domaine des figures géométriques (en supprimant un coté du triangle on passe à tout autre chose), parce que le triangle est «ce qui est dernier»<sup>87</sup> dans ce domaine. De façon analogue, chaque bien fondamental est dernier, non pas bien entendu dans le domaine des figures planes, mais dans le domaine de l'agir (dans le domaine du «πρακτὸν», c'est-à-dire le domaine constitué par tout ce qui peut être «objet [...] de l'action» humaine, par tout ce qui est «capable d'être atteint par nos opérations»<sup>88</sup>). La saisie de quelque chose de dernier et

86 Cf. *Ethique à Nicomaque*, Livre VI, 9, 1142 a 29 [trad. J. Barthélémy Saint-Hilaire revue par A. Gomez-Muller], Le Livre de Poche, 1992, p. 254. S'agissant de la comparaison avec la perception du triangle comme dernière figure, Aristote indiquait que «c'est à ce genre de perception que se rapporte davantage la prudence, bien qu'elle en soit encore une espèce différente» (*Ibidem*, 1142 a 30-31, sous réserve que ce traducteur utilise «sensation» et non «perception»).

87 Cf. *Idem*, 1142 a 29 [trad. Jean Defradas], Presses Pocket 1992, p. 156; voir aussi la traduction de Richard Bodéüs, Paris: GF Flammarion, 2004, p. 322, qui ne se réfère pas à ce qui est «dernier», mais au «particulier ultime».

88 Traductions respectivement de J. Barthélemy Saint-Hilaire (*op. cit.*, p. 254) et Marie-Dominique Philippe (*op. cit.* p. 35). En utilisant la traduction latine dans les œuvres d'Aristote parues en 1590 à Lyon auprès de Guillelmum Laemarium, p. 46,

d'ultime dans le domaine de ce qui est objet de l'action humaine (en réalité, la saisie d'une pluralité d'éléments dont chacun, bien que différent des autres, est dernier et ultime dans ce domaine: saisir que c'est vrai que connaître est un bien, saisir que c'est vrai que vivre est un bien, saisir que c'est vrai que l'amitié est un bien, etc.) illumine toute la matière de l'agir, sans laisser subsister aucun problème, de la même façon que, s'agissant de la série 1 1 2 3 5 8 13 21 34 55 89 144..., la compréhension que chaque nombre de cette série est la somme des deux précédents «illumine toute la matière sans laisser subsister aucun problème».<sup>89</sup>

Cette compréhension, bien que pratique, relève d'une connaissance conceptuelle ordinaire, c'est-à-dire qu'elle se fait dans un jugement qui unit ou sépare un prédicat et un sujet, de façon tout à fait commune, sans mystère, sauf que le prédicat («à préserver», «à rechercher», «à réaliser», «bon»), n'est pas descriptif de ce qui est comme lorsqu'il s'agit d'une connaissance théorique, ou de ce qui est déjà là, comme pour la connaissance d'un fait, mais prescriptif, c'est-à-dire qu'il porte sur quelque chose dont l'existence, dans l'avenir, est conçue non seulement sur le mode de la possibilité (cela peut se produire), mais surtout sur le mode du devoir-être, c'est-à-dire comme quelque chose devant se produire ou devant être préservée grâce à mon action, ou grâce à la contribution apportée par mon action.

Dans cet acte de l'intelligence, on comprend que chacune de ces activités (comprendre et connaître, vivre, aimer et être aimé, etc.) est un bien à rechercher, à préserver ou à réaliser, donc une fin. Cette compréhension constitue la connaissance vraie et objective du bien qu'est l'activité en cause, et cette connaissance fonctionne ensuite comme point de départ de nos raisonnements pratiques (ceux qui portent sur les actions à accomplir ou à éviter, sur ce qu'il convient d'être ou de faire, sur les règles relatives aux comportements à adopter, en général sur ce qu'il faut choisir au niveau individuel et collectif).

on peut dire qu'il s'agit du domaine constitué par tout ce qui est couvert par la description suivante: «id, quod sub actione venit».

89 L'exemple donné par Garret Barden, «Le dialogue qu'est la Common Law», *Archives de philosophie du droit*, 29 (1983), p. 98.

La compréhension que telle ou telle activité est un bien, est le résultat d'une induction. Celle-ci se base sur des données fournies par l'expérience (nos divers désirs, nos diverses réactions émotionnelles, la connaissance de la situation concrète dans laquelle nous nous trouvons, la connaissance des possibilités d'évolution, de développement, de réalisation, d'épanouissement, etc.). L'induction en cause va dépasser ces données, non pas en généralisant en direction d'un prédicat décrivant ce qui est, mais en direction d'un prédicat relatif au futur<sup>90</sup>, à l'évolution possible, à la situation qui sera la situation existant demain, non pas du tout pour indiquer ce qui est possible et ce qui ne l'est pas (cela fait partie d'une connaissance préalable), mais pour indiquer (s'agissant des choses qui dépendent de nous) ce qui doit être, concrètement, dans une minute, dans une heure, dans un jour, dans une année, et faire de cette situation future une fin, et donc un principe d'action. Le devoir-être pris en ce sens n'implique donc pas la dimension de l'idéal propre à l'idéalisme platonicien du bien absolu (de l'Idée du bien), mais seulement l'existence concrète conçue comme à venir, c'est-à-dire non pas au présent mais au futur<sup>91</sup>, avec en plus la notion d'une causalité possible de l'action humaine s'agissant de cet avenir.

En conséquence, l'objet de certains désirs, ce qui provoque certaines réactions émotionnelles, par exemple dans le domaine de la santé et de l'intégrité corporelle, est compris comme quelque chose de positif

90 Pour cette précision, voir Germain Grisez, *op. cit.*, *American Journal of Jurisprudence*, 46 (2001), p. 3 et suivantes, p. 10.

91 Sur la critique par Aristote de l'idéalisme platonicien, voir Hans-Georg Gadamer, *L'idée du Bien comme enjeu platonico-aristotélicien. Le savoir pratique* en particulier p. 146: «Aristote a bien soumis la doctrine platonicienne à une critique radicale, en fondant la question de l'être [du bien] sur [...] ce qui est par nature et non sur la généralité de l'*eidōs* ou des configurations mathématico-eidétiques». Ce sont donc les modalités et les qualités de réalités existant concrètement, maintenant et dans l'avenir (dans une minute, une heure, une année, etc.), en tant qu'elles sont «capables d'être atteintes par nos opérations» (sur le «*πρακτὸν ἀγαθόν*» voir note 50), qu'on vise avant tout quand on parle de bien dans une perspective aristotélicienne. Précisons que lorsque John Rawls parle des «idées du bien» (voir ci-dessus, note 2) ou lorsqu'on fait référence dans le présent article à la «notion de bien», il n'y a derrière ces expressions aucun platonisme, mais plutôt une référence à la doctrine d'Aristote sur le bien.

(quelque chose de bon, à rechercher, à préserver, à entretenir, etc.), non pas parce que c'est ma santé qui est en question et que j'y tiens, mais parce que l'analyse des différentes évolutions possibles dans l'avenir pour moi et pour autrui (ces différentes possibilités que réserve l'avenir sont déterminées de façon aussi réaliste que possible), la comparaison de ces différentes possibilités entre elles dans un esprit aussi critique que possible, permettent de saisir quelles sont les évolutions qui sont positives, objectivement, et quelles sont celles qui sont négatives et doivent être évitées autant que possible. Le bien constitué par les évolutions positives, compris et reconnu comme tel, prend alors dans une certaine mesure la place du désir comme principe premier de l'action. Ou plutôt le désir (car celui-ci n'a pas disparu) se porte sur ce qui a été compris comme bon, sur ce qui a été reconnu comme tel au terme d'une délibération.<sup>92</sup> Le désir n'est donc plus limité à ce qui est seulement dans l'intérêt de la personne qui l'éprouve<sup>93</sup>, mais s'ouvre sur la perspective de l'épanouissement humain intégral de chacun.

Comme le relève John Finnis, la critique la plus féconde du scepticisme pratique est peut-être celle qui s'inscrit dans le prolongement de la critique aristotélicienne du scepticisme en général.<sup>94</sup> Comme on l'a

92 Suivant Aristote «l'homme est précisément un principe de ce genre»: il est caractérisé au niveau pratique par les choix qu'il fait, et le choix «est ou intellect désirant ou désir réfléchi» (*Ethique à Nicomaque*, Livre VI, 2, 1139 b 4 [trad. J. Barthélémy Saint-Hilaire revue par A. Gomez-Muller], Le Livre de Poche, 1992, p. 239); voir aussi la traduction de Richard Bodéüs, Paris: GF Flammarion, 2004, p. 296: «Et tel est le principe constitutif de l'homme». Préalablement, Aristote avait précisé que le choix est du «désir réfléchi et délibéré [au sens où un projet législatif fait l'objet d'une délibération au sein du Parlement, et peut être désigné comme «délibéré» après que la délibération du projet de loi ait été conduite à son terme] des choses qui dépendent de nous» (*Idem*, Livre III, 1113 a 10, p. 121); Aristote avait aussi indiqué que le «choisi» est un «objet qu'on désire et sur lequel on a délibéré» (*Idem*, p. 120). Ce qui est choisi relève du domaine de ce qui est «de plein gré», volontaire, mais comme tout ce qui est «de plein gré» ne peut pas être considéré comme «choisi», Aristote s'est demandé: «[Le choisi] ne serait-ce pas, en réalité [parmi tout ce que nous accomplissons de plein gré], le prédélibéré? Le choix en effet s'accompagne de raison et de pensée discursive» (*Ethique à Nicomaque*, Livre III, 1112 a 15 [trad. J. Tricot], Paris: Librairie philosophique J. Vrin, 1972, p. 132).

93 Voir ci-dessus note 67.

94 Cf. John Finnis, *op. cit.*, p. 923.

dit plus haut, même ceux qui affirment qu'une connaissance objective n'est pas possible, tiennent à ce savoir (celui selon lequel une connaissance objective du bien n'est pas possible...) comme à quelque chose de précieux. Ce n'est pas semble-t-il parce que c'est quelque chose qui est dans leur intérêt, mais parce que, pensent-ils, c'est quelque chose de vrai. Ils considèrent donc pratiquement que la connaissance de quelque chose de vrai est vraiment un bien. En conséquence, la proposition selon laquelle «la connaissance du vrai est vraiment un bien qu'il faut rechercher, tandis que l'ignorance, l'illusion et la confusion doivent être évitées», constitue «un principe pratique qu'on peut défendre – à défaut de le fonder – en analysant le caractère autoréférentiel et contradictoire de sa négation».<sup>95</sup>

## 8. Quelques remarques sur le bien commun, l'utilité commune et la justice

En conclusion, nous évoquerons quelques points qui permettent de faire le lien entre la notion de bien commun et d'utilité commune, d'une part, et l'approche qui a été proposée plus haut s'agissant du rôle nécessaire du bien dans la pensée juridique et politique, d'autre part. Il s'agit d'indications brèves, et pas du tout de l'examen des questions du bien, de l'utilité commune et de la justice dans toute leur étendue et leur complexité.

Selon la perspective qui a été présentée ci-dessus, le bien commun ne constitue pas l'un des biens humains fondamentaux. Plutôt, c'est chacun des biens humains fondamentaux (ou chaque réalisation de l'un des biens fondamentaux) qui peut être commun, dans la mesure où il polarise l'activité de plusieurs personnes qui agissent ensemble, de façon coordonnée. La place manque ici pour développer cet aspect des choses, qui joue un rôle essentiel dans l'ensemble des activités humaines, puisque les êtres humains poursuivent presque toujours ensemble la réalisation des biens fondamentaux (certains biens sont d'ailleurs par

95 *Ibid.*

définition «communs», par exemple l'amitié, et ne peuvent être réalisés qu'ensemble).

Lorsque l'on parle en revanche du bien commun comme de l'ensemble des conditions sociales qui permettent l'épanouissement de chacun<sup>96</sup>, on vise tout autre chose. On ne vise manifestement pas, par les expressions «bien commun» et «ensemble des conditions sociales», les biens humains fondamentaux dont nous avons parlé plus haut, pas même ceux dont la réalisation serait poursuivie en commun. On vise plutôt ce qui est nécessaire ou utile à leur réalisation. On définit ainsi le bien commun, en effet, lorsqu'on veut indiquer la finalité de la communauté politique, c'est-à-dire la finalité d'une communauté constituée surtout en vue de l'utile (une communauté utile à la production, précisément, de cet «ensemble de conditions sociales»). Il faut donc distinguer très soigneusement deux niveaux: celui de «l'épanouissement de chacun», et donc de la réalisation des divers biens fondamentaux énumérés par John Finnis, y compris ceux qui sont communs par définition (chacun de ces biens, poursuivis en commun ou non, constitue un aspect de cet épanouissement), et celui de «l'ensemble des conditions sociales», un moyen par rapport à «l'épanouissement de chacun», mais un moyen dont la production est la fin de la communauté politique.

Pour éviter toute confusion, on utilisera dans la suite, pour désigner cette finalité de la communauté politique, l'expression d'utilité commune plutôt que celle de bien commun (comme Aristote le fait le plus souvent). On évite ainsi de perdre de vue l'aspect instrumental que présente cet «ensemble de conditions sociales» par rapport à la finalité ultime que constitue «l'épanouissement de chacun». Par cette distinction, on ne veut pas indiquer que l'épanouissement humain est réalisé dans la solitude, isolément des autres, et que la communauté n'a qu'un rôle instrumental. Le fait que l'amitié soit considérée comme un bien fondamental, bien qu'elle implique une communauté et vise un bien qui

96 Voir par exemple la définition donnée par l'Eglise catholique: «l'ensemble des conditions sociales qui permettent et favorisent tant aux groupes qu'à chacun de leurs membres d'atteindre la réalisation de leur perfection d'une façon plus totale et plus aisée» (Cardinal Angelo Sodano, «La politique au service du bien commun», dans une publication du Conseil pontifical pour la famille, *Droits de l'homme, famille et politique*, Paris: Pierre Téqui éditeur, 2000, p. 35).

est par essence commun entre les deux amis, témoigne que c'est plutôt le contraire qui est vrai. On doit toutefois distinguer les «communautés qui concernent ce qui fait partie de la fin» (on peut penser à la famille, au couple, aux communautés d'amis), et la communauté politique, dans laquelle le lien social «s'est constitué en fonction de l'utilité».<sup>97</sup>

Dans cette perspective, le titre de cette série de conférences pourrait être: «Quel Etat en vue de l'utilité commune?», plutôt que «Quel Etat pour le bien commun?».

La réflexion d'Aristote sur la finalité que constitue cette utilité commune passe d'abord par un examen des institutions de la communauté politique. Aristote défend les thèses suivantes sur les institutions et l'utilité commune:

- *Une thèse sur le caractère fonctionnel du pouvoir.* Aristote insiste sur le caractère fonctionnel du pouvoir ou, en d'autres termes, de celui qui commande (le magistrat au sens le plus large du terme, aussi bien au niveau exécutif que législatif et judiciaire); il est le gardien ou le serviteur du droit (de ce qui est juste); il se donne de la peine pour ce qui est juste; et donc, le droit étant le bien de l'autre, il se donne de la peine pour autrui. Le pouvoir est donc un service. Cela donnera naissance à la notion de service public, à la notion d'Etat conçu comme service public, d'Etat défini par rapport à l'utilité commune.
- *Une thèse sur le caractère fonctionnel de la loi et de la constitution.* Cette thèse sur le caractère fonctionnel du pouvoir est approfondie et développée dans *Les Politiques* pour s'étendre aussi à la constitution et aux lois.<sup>98</sup> Aristote y développe l'idée d'un pouvoir qui ne s'exercerait pas à l'avantage de celui qui le détient, mais à l'avantage de ceux qui y sont soumis, donc un pouvoir qui aurait leur utilité à chacun comme fin (une utilité commune). Cette

97 Voir Aristote, *Ethique à Eudème*, 1245 b 3 et 1242 a 6, [trad. Vianney Décarie], Paris – Montréal: Librairie Philosophique J. Vrin/Les Presses de l'Université de Montréal, 1978, p. 199 et 183. Nous modifions la traduction dans la première citation: le traducteur parle de «l'association [qui porte] sur les choses comprises dans la fin».

98 Cf. *Les Politiques*, Livre III, 6, 1279 b 17, [trad. Pierre Pellegrin], Paris: GF-Flammarion, 1993, p. 227-228.

distinction permettra à Aristote de séparer les constitutions droites, qui disposent tout en vue de l'utilité de tous (Aristote précise qu'il s'agit de l'utilité de tous dans le sens de l'utilité de l'ensemble, mais aussi de l'utilité de chacun, donc le terme «commun» est compris dans un sens non seulement collectif mais aussi distributif), et les constitutions déviées, dans lesquelles le pouvoir s'exerce en faveur des gouvernants et des groupes qui leur sont proches, ou dont ils sont proches. La constitution, les lois, les institutions, en un mot tout le système juridique, doit être disposé en vue de l'utilité commune dans le sens distributif du terme.

- *Une thèse sur le gouvernement par la loi (la primauté de la loi sur le pouvoir).* Aristote souligne qu'il résulte de la nature fonctionnelle du pouvoir, que «nous ne laissons pas un homme nous gouverner, nous voulons que ce soit la loi, parce qu'un homme ne le fait que dans son intérêt propre et devient un tyran». <sup>99</sup> C'est l'origine du principe du *Rule of Law* britannique, suivant lequel tous, individu et pouvoir politique, sont assujettis à la loi, telle qu'elle est formulée par les tribunaux ordinaires. <sup>100</sup> En Europe continentale, on utilise plutôt l'expression «Etat de droit», qui implique aussi la primauté de la loi sur le pouvoir étatique. Cette primauté de la loi sur le pouvoir (c'est la loi qui doit gouverner, et non pas un être humain) ne doit pas faire oublier, cependant, le caractère fonctionnel de la loi, de la constitution, de la totalité du système juridique, qui, dans cette approche, doivent se comprendre comme au service de l'utilité commune, c'est-à-dire de la production de l'ensemble de conditions sociales qui permettent l'épanouissement de chacun. Les bonnes institutions, le bon fonctionnement de ces institutions, se déterminent donc en fonction de cette exigence d'utilité commune, qui les surplombe et les mesure (ce qui est logique s'agissant des institutions d'une communauté constituée surtout en vue de l'utile).

99 *Ethique à Nicomaque*, Livre V, 10, 1134 a 35 – b 1 [trad. J. Tricot], Paris: Librairie philosophique J. Vrin, 1972, p. 249.

100 L'expression de *Rule of Law* est reprise d'Aristote, *Les Politiques*, Livre III, 16, 1287 a 29, *op. cit.*, p. 267, où Aristote dit que «vouloir le gouvernement de la loi c'est, semble-t-il vouloir celui du dieu et de la raison seule, mais vouloir celui d'un homme, c'est ajouter celui d'une bête sauvage, car c'est ainsi qu'est le désir».



La réflexion d'Aristote sur l'utilité commune va au delà d'une réflexion sur les institutions politiques, et porte aussi sur les aspects sociaux, ceux qui concernent la société dans son ensemble, indépendamment des institutions politiques et de l'Etat. Suivant l'approche d'Aristote, le principe constitutif à la base de toute communauté constituée en vue de l'utile, c'est l'utilité dont chacun des membres bénéficie du fait de la coopération propre à cette communauté, c'est donc une utilité «commune à chacun» (on peut aussi utiliser l'expression «intérêt commun», ou «avantage commun», mais en français l'expression «utilité commune» a l'avantage de figurer à l'article 1 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, du 26 août 1989). C'est une utilité qui doit faire bénéficier des avantages de la coopération chacun des membres.

Or, comme Aristote l'affirme dans *Les Politiques*<sup>101</sup>, c'est une certaine relation de justice (un certain juste, un certain droit) qui détermine la part de chacun à l'utilité résultant de la coopération, et qui confère ainsi à cette utilité son caractère «commun» (dans un sens distributif).

L'utilité commune dépend donc de la justice (de la justesse) de la participation de chacun aux avantages de la coopération; ce n'est pas l'inverse qui est vrai: la justesse de la participation de chacun n'est pas définie en fonction de l'utilité (par exemple en fonction de la plus grande utilité possible, comme dans les courants utilitaristes et dans les positions qui défendent des politiques de maximalisation du produit intérieur brut).

La justice joue en conséquence un rôle central. Elle est comprise dans cette perspective comme le résultat correct auquel doit aboutir le système juridique, conçu en vue de cette finalité (le résultat correct), selon la structure de pensée téléologique qu'on a mise en évidence plus haut à propos des biens (section VII), mais qui est mise en œuvre de la même manière s'agissant de ce bien très particulier qu'est la justice. Il s'agit d'une conception de la justice que Martha Nussbaum caractérise à juste titre comme «*an outcome oriented conception of justice*»<sup>102</sup>, et que

101 Cf. *Les Politiques*, Livre III, 12, 1282 b 15 à 20 (*op. cit.* p. 246).

102 Martha Nussbaum, *Frontiers of Justice, Disability, Nationality, Species Membership*, Cambridge – Massachusetts – London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, p. 82. La philosophie d'Aristote, comme l'utilitarisme (qu'on

André de Muralt décrit comme «le juste dans la relation de deux personnes entre elles»<sup>103</sup> et «le fait réel d'une relation juste entre les hommes agissant en société», en précisant que «ce fait» est «reconnu inductivement comme tel par l'expérience contrôlée, rectifiée, affinée des hommes au fil de leur histoire, *jus in causa positum*».<sup>104</sup> C'est de la visée de ce bien qu'est la justice que dérive directement toute une partie du contenu du droit naturel présent dans les divers systèmes juridiques (pour l'autre partie du contenu de droit naturel présent dans les divers systèmes juridiques, soit la partie de ce contenu qui dérive plus directement de la protection de certains biens comme l'intégrité des personnes, l'existence humaine de l'homme et son épanouissement, voir ci-dessus section VII).

On retrouve ainsi, au cœur de la philosophie politique, la question qui est au centre de toute activité juridique: délimiter la part de chacun par rapport à celle des autres<sup>105</sup>, attribuer à chacun la part qui lui revient, non pas seulement dans un domaine limité (entre héritiers dans une succession, entre créanciers d'un failli), mais globalement aussi, au niveau politique. Il s'agit d'attribuer à chacun la part qui lui revient dans tous les avantages et les utilités résultant de la communauté politique. Il s'agit de savoir comment répartir entre les habitants d'un même pays ou d'une même cité: entre les riches et les pauvres, entre les handicapés, les malades et les personnes en bonne santé, entre les jeunes et les vieux, entre les habitants des villes et ceux de la campagne, entre les femmes

désigne parfois comme un conséquentialisme pour cette raison), sont des approches qui partent de l'*outcome*, conçu toutefois de façon fort différente (voir la différence indiquée dans le corps du texte); les critiques des contractualistes radicaux et des partisans de la pensée du marché (voir notes 29, 38 et 39 ci-dessus) se dirigent donc aussi contre une approche aristotélicienne.

103 André de Muralt, *L'Enjeu de la philosophie médiévale. Etudes thomistes, scotistes, occamiennes et grégoriennes*, Leiden – New York – Köln: Ed. E. J. Brill, 1991, p. 12.

104 André de Muralt, *L'unité de la philosophie politique. De Scot, Occam et Suarez au libéralisme contemporain*, Paris: Vrin, 2002, p. 87.

105 Voir la question «comment délimiter?», dans *Les Politiques*, Livre III, 13, 1283 b 9 [trad. J. Tricot], Paris: Librairie philosophique, Paris 1970, p. 228 (nous nous écartons de la traduction de Tricot, qui utilise l'expression suivante: «comment décider entre elles [entre les prétentions des différentes classes de citoyens]?»).

et les hommes, entre les propriétaires et les locataires, etc., et cela non pas seulement de façon générale et abstraite, au niveau de principes constitutionnels, mais concrètement, jusque dans les moindres détails de la délimitation, dans les innombrables litiges qui surgissent chaque jour, à chaque instant, entre les êtres humains.

Et avec cette question de la délimitation de la part de chacun, ressurgit, bien évidemment, la question de l'objectivité de la connaissance pratique, cette fois dans la détermination de ce qui est juste dans les rapports mutuels des hommes en société, et non plus dans la détermination de ce qui est bien (dans le sens prémoral du terme comme on l'a vu plus haut). Dans une perspective aristotélicienne, non seulement le bien, mais aussi le juste, peut être déterminé avec une certaine objectivité. C'est une œuvre difficile, qui ne relève pas d'une approche scientifique ou d'une technique, mais de la prudence (raison pratique). Il s'agit de «visualiser» les lois les meilleures.<sup>106</sup> C'est «œuvre d'intelligence, et [...] ce discernement fait correctement [est] ce qu'il y a de plus important».<sup>107</sup>

Aristote a développé une philosophie du droit très complète dans le livre 5 de *l'Ethique à Nicomaque*, et elle est mise en œuvre au niveau politique s'agissant notamment de la détermination de la part de chacun, de la constitution du «commun» (le commun visé lorsqu'on parle d'utilité commune) et de la structure de base de la société. Nous ne l'examinons pas ici. Mais comme nous avons évoqué plus haut, en relation avec la notion d'utilité commune, certains éléments de sa réflexion sur les institutions et sur les aspects sociaux, nous terminons par une remarque sur les aspects démocratiques de son approche.

S'agissant de la question de savoir qui délimite la part de chacun et «visualise» les lois les meilleures, Aristote estime que c'est la multitude des citoyens qui est la plus apte, non pas chacun individuellement, mais tous ensemble au sein de l'assemblée populaire<sup>108</sup>; il prend donc position

106 Cf. *Les Politiques*, Livre IV, 1, 1289 a 11 [trad. P. Pellegrin], p. 280. Le traducteur utilise cependant le terme «voir» et non pas le terme «visualiser».

107 *Ethique à Nicomaque*, Livre X, 10, 1181 a 18 [trad. J. Tricot], *op. cit.*, p. 530.

108 Cf. *Les Politiques*, Livre III, 11, 1281 b 1.

en faveur d'une dimension démocratique fondamentale.<sup>109</sup> Hobbes le lui reprochera avec véhémence. Aristote prend cette position parce que, dit-il, «en effet, quand ils [la multitude des citoyens] sont tous réunis, ils possèdent une juste perception des choses»<sup>110</sup>, «de sorte que c'est à bon droit que la masse est souveraine dans les domaines de la plus haute importance».<sup>111</sup> On trouve dans cette position les racines de ce concept de démocratie substantielle, que John Rawls définissait comme «l'exercice de la raison publique», et qui n'a rien à voir avec la caricature dont la démocratie est parfois l'objet aujourd'hui lorsqu'elle est envisagée comme un simple mécanisme formel destiné à produire des majorités. L'assemblée populaire ou sa représentation parlementaire, lorsqu'elle essaie d'établir les lois les meilleures, délibère en fait sur le bien et sur le juste, en s'efforçant d'en atteindre une perception adéquate, sans toujours y parvenir.

109 Voir à ce propos l'ouvrage de Clifford Angell, J.R. Bates, *Aristotle's Best Regime: Kingship, Democracy and the Rule of Law*, Louisiana State University Press, 2003.

110 Cf. *Les Politiques*, Livre III, 11, 1281 b 35, *op. cit.*, p. 242.

111 *Les Politiques*, Livre III, 11, 1282 a 38, *op. cit.*, p. 244.