

TORRIONE Henri, Regards sur le suicide dans les sociétés où la conception libérale de la justice et du droit est devenue un fondamentalisme de la liberté, in : F.-X. Putallaz / B. N. Schumacher (édit.), *Le suicide - Regards croisés*, Paris 2019, p. 81-114.

REGARDS SUR LE SUICIDE DANS LES SOCIÉTÉS OÙ LA CONCEPTION LIBÉRALE DE LA JUSTICE ET DU DROIT EST DEVENUE UN FONDAMENTALISME DE LA LIBERTÉ

HENRI TORRIONE

INTRODUCTION

Cette contribution veut mettre en évidence l'influence de la conception libérale de la justice et du droit dans le regard que les sociétés occidentales portent sur le suicide et sur le « suicide par tiers interposé¹ ». Nous allons le faire en partant de la question suivante : on observe que les lois de bioéthique sont sans cesse révisées, mises à jour, modifiées, adaptées, ou tout au moins, suivant les pays, on réclame sans cesse qu'elles le soient ; Robert Badinter parle même de la « fureur de légiférer de notre temps », de l'« immensité du torrent législatif actuel », et se demande « pourquoi tant d'empressement... ? Combien de lois ont-elles été votées dans les huit dernières années autour de la bioéthique ? Cinq ? Six² ? »

On dit souvent que ce sont les progrès scientifiques et techniques qui rendent nécessaires ces révisions incessantes. Peut-être, mais si l'on observe attentivement les choses, on s'aperçoit qu'il y a un autre phénomène, très différent : on

1. C'est l'expression utilisée par R. Badinter, Audition du 16 septembre 2008 devant une commission de l'Assemblée nationale présidée par J. Leonetti, dans *Rapport d'information fait et présenté par J. LEONETTI (Documents de l'Assemblée nationale)*, t. II, p. 575.

2. *Ibid.*, p. 570.

recherche sans cesse une réglementation plus adéquate à la totalité des droits individuels, et l'on va d'essais en essais, progressant toujours, indéfiniment.

C'est donc aussi une exigence de justice qui nous fait avancer ainsi. La logique de cet effort vers ce que certains considèrent comme plus de justice, ou même de la justice absolue est bien exprimée par ces propos de l'ADMD : faisant le lien avec l'avortement et les droits individuels, elle affirme que son but est de « promouvoir à tous les niveaux le droit légal et social de disposer librement de sa personne, de son corps et de sa vie, et en particulier de choisir librement et légalement le moment de finir sa vie et le moyen d'y parvenir¹ ».

Être mené par les progrès scientifiques et techniques, et par une réalisation des droits individuels toujours plus parfaite est peut-être devenu pour nous, dans ce début de troisième millénaire, un destin plus qu'un choix ! Ne faudrait-il pas au moins pouvoir se demander si c'est un destin souhaitable ? Mais une telle réflexion n'est pas facile : on ne peut pas questionner des progrès qui vont dans le sens de la justice, vers plus de justice, vers une meilleure réalisation des droits individuels dans tous les domaines. Le sens même des termes qu'on utilise quand on parle de « plus de justice » ne nous condamne-t-il pas à aller aveuglément dans une certaine direction, inéluctablement, indéfiniment, sans même pouvoir se demander si le concept que l'on a de la justice n'est pas biaisé ? Selon le poète soufi afghan Hakim Sanaï, l'« humanité tisse la toile où elle se prend² ». Elle le fait avec d'autant plus de passion aveugle, semble-t-il, que le sens des termes qu'elle utilise pour décrire ce qu'elle fait l'amène à penser que cela va nécessairement dans le bon sens, vers plus de justice !

1. C'est C. PELLUCHON (*L'Autonomie brisée. Bioéthique et philosophie*, Paris, PUF, 2009, p. 57) qui rapporte ces propos de l'ADMD (l'Association pour le droit de mourir dans la dignité).

2. Cité par I. ABERKANE, « Le péril Neuralink », *Le Point*, 18 mai 2017, p. 14.

N'y a-t-il pas un problème avec le concept de justice qu'on utilise ? Amartya Sen le pense : il affirme que la « tradition du contrat social [...] finit par fonctionner en partie comme un obstacle à la raison pratique sur la justice¹ ». Le « torrent législatif » dont parle Badinter ne serait-il pas le symptôme d'un problème avec le concept de justice et de droit que l'on utilise ?

LA CONCEPTION LIBÉRALE DE LA JUSTICE ET DU DROIT

Il y a plusieurs conceptions de la justice et du droit, contrairement à ce qu'on pourrait croire, et pas seulement la conception libérale. On ne peut donc pas continuer d'ignorer les conséquences particulières de la conception libérale de la justice et du droit sur la façon d'approcher l'acte de se tuer dans les sociétés occidentales, sur la façon de le valoriser. On ne peut pas continuer à faire comme si ces conséquences n'étaient que le résultat inévitable de la mise œuvre de ce qui serait la seule conception rigoureuse de la justice et du droit. Mais en réalité, la conception libérale de la justice et du droit n'est que l'une des conceptions existantes : c'est celle que Thomas Hobbes a élaborée avec beaucoup de soin et de précision sous le nom de « droit de nature », en s'opposant frontalement à ceux qui, écrivant sur ce sujet, ont, dit-il, « l'habitude de confondre *jus* et *lex*² » (*droit* et *loi*).

Hobbes présente la distinction entre *droit* (*jus*) et *loi* (*lex*) de la façon suivante :

1. « Le DROIT consiste en la liberté de faire ou de ne pas faire, alors que la LOI détermine et contraint dans un sens ou dans

1. A. SEN, *L'Idée de justice*, trad. P. Chelma, Paris, Flammarion, 2009, p. 486.

2. T. HOBBS, *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, trad. G. Mairet, Paris, Gallimard, 2000, p. 230-231.

un autre, en sorte que la loi et le droit diffèrent autant que l'obligation et la liberté, et se contredisent s'ils sont appliqués à un même objet¹. »

2. « Par LIBERTÉ, [...] j'entends l'absence d'entraves extérieures [*the absence of external Impediments*]² », entraves qui peuvent être corporelles, comme « des chaînes et de la prison », ou non corporelles, comme des « lois³ ».

3. « Là où n'existe aucune puissance commune, [c'est-à-dire dans l'état de nature,] il n'y a pas de loi ; là où il n'y a pas de loi, rien n'est injuste⁴ » et il y a seulement « le DROIT DE NATURE [...], [qui] est la liberté que chacun a d'user de sa propre puissance, comme il le veut lui-même⁵ ».

En parlant de conception libérale de la justice et du droit, on vise donc quelque chose de précis : la conception du droit que Hobbes expose dans ces courts extraits qui, comme on le verra, assimilent le *droit* aux *pouvoirs* respectifs des individus en conflit⁶, notamment au pouvoir de chacun sur son propre corps. Il y a une autre façon de repérer avec précision la conception libérale de la justice et du droit : c'est précisément celle que critique l'économiste Amartya Sen dans son livre sur *L'Idée de justice* (il le fait pour d'autres raisons que celles discutées ici). Amartya Sen s'oppose à la conception adoptée par Hobbes et par toute la tradition contractualiste (Rousseau, Kant, Rawls, Fichte, Habermas, Renaut, etc.). Rawls par exemple, comme

1. *Ibid.*, p. 231.

2. *Ibid.*, p. 230. Pour l'anglais, voir T. HOBBS, *Leviathan*, C. B. Macpherson (éd.), Londres, Penguin Books, 1981, p. 189. Sur l'effort extrême déployé par Hobbes pour arriver finalement à cette définition de la liberté, voir Q. SKINNER, *Hobbes et la conception républicaine de la liberté*, trad. S. Taussig, Paris, Albin Michel, 2009, p. 129-174.

3. T. HOBBS, *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, p. 340.

4. *Ibid.*, p. 228.

5. *Ibid.*, p. 229.

6. L'expression « des individus en conflit » est utilisée par J. RAWLS : « Nous définissons l'impartialité [...] à partir des individus en conflit », *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Paris, Éd. du Seuil, 1987, p. 219.

Hobbes¹, assimile le droit aux pouvoirs des individus en conflit sur des questions pratiques, dont la solution dépend de la conception qu'ils ont du bien. Amartya Sen critique toute cette tradition, à laquelle il reproche d'être de l'« institutionnalisme transcendantal² », c'est-à-dire une tradition de pensée qui a la prétention de découvrir une définition de la justice parfaite (transcendantalisme), et de pouvoir bâtir sur elle toute la structure juridique et constitutionnelle de nos démocraties occidentales (institutionnalisme).

Selon la tradition de pensée critiquée par Sen, le droit n'est rien d'autre que la liberté de chaque personne de faire ce qu'elle veut quand il s'agit d'elle et de ce sur quoi elle a le pouvoir d'agir. Partir du droit ainsi conçu, c'est partir de l'idéal d'une puissance de faire et d'agir qui devrait pouvoir se déployer sans interférence externe. C'est la conception du droit que reprend tout le courant du contrat social qui, après Hobbes et son pacte de renonciation³, va réunir dans un concept unique (le concept de droit) l'idée de la liberté sans limite de faire ou de ne pas faire ce qu'on veut, d'une part, et l'idée de l'autolimitation de cette liberté dans un contexte social d'autre part. Le génie de Kant, qui est celui qui a porté l'élaboration du concept le plus loin, est d'avoir affirmé que la limite de cette liberté sans limite « provient en totalité du

1. P. PETIT relève que Rawls adopte implicitement, comme tous les libéraux, une conception du droit, de la liberté et de la loi dans le prolongement de celle de Hobbes : *Républicanisme : Une théorie de la liberté et du gouvernement*, trad. P. Savidan, J.-F. Spitz, Paris, Gallimard, 2004, p. 74.

2. A. SEN, *L'idée de justice*, p. 30 ; voir aussi tous les renvois dans l'index thématique de l'ouvrage, sous l'entrée « théorie transcendantale et justice parfaite ». F. M. KAMM, notamment, critique l'opposition de Sen au transcendantalisme en doutant que l'on puisse se passer d'une théorie préalable de la justice parfaite si l'on veut pouvoir identifier les injustices particulières (« Sen on Justice and Rights : A Review Essay », *Philosophy and Public Affairs*, 39, n. 1, 2001, p. 82-104).

3. Selon Hobbes, ce pacte consiste dans la « volonté de chacun, si c'est également celle de tous les autres, [...] d'abandonner ce droit sur toute chose, et [...] de disposer d'autant de liberté à l'égard des autres que les autres en disposent à l'égard de lui-même », HOBBS, *Léviathan*, p. 232.

concept de liberté dans les rapports extérieurs» de deux personnes quelconques entre elles¹, en ce sens que la réciprocité² fait que leurs deux libertés extérieures se limitent l'une l'autre, et ne sont donc limitées, chez l'une comme chez l'autre, par rien d'autre que la liberté. Avant Hegel, Kant pense que les événements eux-mêmes dans le domaine pratique suivent un processus dominé par les concepts : la limitation de la liberté par elle-même (et par rien d'autre qu'elle-même), donc le concept de droit (pour lui, « un concept pur [...] émanant de la raison³ »), s'impose de plus en plus dans les faits grâce à une dimension de bonne réciprocité mise par le contrat social (et l'État) dans les actions extérieures des hommes entre eux. La bonne réciprocité remplacerait peu à peu, dans l'histoire des hommes, la mauvaise réciprocité qu'est la violence mutuelle initiale.

À la base de cette approche du droit et de la justice, il y a ce qu'Alan Ryan a décrit comme la « notion de souveraineté individuelle, ou propriété de soi ». Selon lui, le « droit de propriété tel qu'il est conçu par les droits modernes est le paradigme des droits subjectifs. Je peux faire ce qui me plaît avec ce qui m'appartient [...] »⁴. Il y a de nombreux partisans de l'identification totale du droit à cette exigence (être le seul à décider, avoir le pouvoir absolu de faire comme on veut). Certains sont utilitaristes, comme Alan Ryan, et défendent l'identification du droit à l'exigence en question en soute-

1. E. KANT, *Théorie et pratique et autres textes*, trad. F. Proust, Paris, GF-Flammarion, 1994, p. 64.

2. KANT parle de « relation réciproque des arbitres » de ces deux personnes, plus exactement de la conciliation de l'action de l'un avec l'arbitre de l'autre, et réciproquement. Voir *Métaphysique des mœurs*, vol. II, trad. A. Renaut, Paris, GF Flammarion, 1994, Introduction à la doctrine du droit, § B, p. 17.

3. *Ibid.*, Préface, p. 9. Pour Kant, « le droit... relève du système esquissé *a priori* », p. 10.

4. A. RYAN, *The Making of Modern Liberalism*, Princeton, Princeton University Press, 2012, p. 13-14 : « The notion of individual sovereignty, or self-ownership » ; « modern property rights are paradigms of subjective rights. I may do as I please with what I own [...] ».

nant qu'on adopte un tel concept du droit parce que cela va dans le sens du bien-être général. Et d'autres, qui ne sont pas utilitaristes, soutiennent qu'on adopte cette exigence pour sa valeur intrinsèque : l'exigence d'être seul maître chez soi, la propriété de soi, le rejet de toute servitude « est le propre de notre humanité¹ », c'est un « droit de nature² », c'est le fondement de ce que l'art. 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 appelle les « droits naturels et imprescriptibles de l'Homme ».

Cette conception du droit qui consiste à le définir par référence à l'exigence d'être seul maître chez soi est présentée par ses partisans comme relevant d'une haute moralité, une moralité que les autres siècles et les autres civilisations devraient nous envier. Une liberté qui s'arrête là où commence celle d'autrui, c'est-à-dire à la limite qui sépare ce qui est à soi et ce qui est à autrui, n'est-ce pas en effet de la haute moralité ? Le problème est que cette conception a évolué vers un fondamentalisme de la liberté³, et est devenue le principal facteur de ce que le sociologue Jean-Pierre Le Goff

1. A. RENAULT, « La famille », dans *Questions d'éthiques contemporaines*, L. THIAW-PO-UNE (dir.), Paris, Stock, 2006, p. 577. Voir J.-J. ROUSSEAU : « Renoncer à sa liberté, c'est renoncer à sa qualité d'homme, aux droits de l'humanité... », *Du Contrat social*, Liv. I, chap. IV, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1964, p. 356.

2. T. HOBBS, *Léviathan*, p. 229.

3. A. SUPLOT, à travers l'expression des « interprétations fondamentalistes des droits de l'homme », vise trois approches différentes qui, semble-t-il, comprennent celle dont nous parlons ici ; voir *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Éd. du Seuil, 2005, p. 286. Sur l'idée d'un fondamentalisme de la liberté, voir : H. TORRIONE, « Peut-on se passer de la notion de bien dans la pensée juridique et politique ? », dans A. GAVRIC, G. W. SIENKIEWICZ (éd.), *État et bien commun. Perspectives historiques et enjeux éthico-politiques – Colloque en hommage à Roger Berthousoz*, Berne, Peter Lang, 2007, p. 1-60, et aussi : « Républicanisme et philosophie aristotélicienne du droit vs. libéralisme et philosophie hobbesienne du droit », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beihefte* 154 : *La propriété et ses limites*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2017, p. 173-223, en part. p. 202-206. Comme exemple d'une interprétation fondamentaliste des droits de l'Homme, voir O. CAYLA, Y. THOMAS, *Du droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, Paris, Gallimard, 2002.

appelle une « déculturation individuelle et sociale¹ », un relativisme pratique qui s'impose parce qu'un principe l'exige. Pour passer du libéralisme à ce fondamentalisme de la liberté, il a suffi de retourner les choses comme un gant. Ce qui ne devait régler que les rapports extérieurs des hommes entre eux en est venu à représenter l'idéal le plus élevé en matière de conduite individuelle dans les situations où il n'y a personne face à soi, c'est-à-dire aucun de ces « autres Membre de la Société » dont parle l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789. En l'absence de réciprocité possible dans ces situations, donc de limitation de la liberté par elle-même, chacun est encouragé par le concept de droit et de justice en question, c'est-à-dire par un principe, à faire tout ce qu'il veut – et s'il veut n'importe quoi, ce concept le persuade que plus il le fait, mieux c'est, quoi que ce soit.

Puisqu'un acte comme le suicide ne porte que sur le propre corps de la personne qui se tue, et qu'il n'y a pas le corps d'un autre membre de la société qui soit immédiatement atteint par le coup, la liberté de la personne qui se tue est sans limite, en ce sens que tout relève de ses préférences individuelles². La réciprocité étant la seule forme d'universalité, en l'absence de cette universalité intersubjective

1. *Le Figaro*, Entretien avec J.-P. Le Goff, publié sur le site le 22.11.2018, consulté le 23.11. 2018 sur www.lefigaro.fr.

2. Il faut souligner que ce n'est pas la philosophie de Kant dans son ensemble qui aboutit à ce résultat : avec le tournant du libéralisme vers un fondamentalisme de la liberté, on ne retient de la philosophie kantienne que « la loi universelle du droit », c'est-à-dire la limitation de la liberté de l'un par celle de l'autre, et on écarte tout ce qui relève de la deuxième forme de l'impératif catégorique (traiter l'humanité, dans sa personne aussi, toujours en même temps comme une fin, jamais simplement comme un moyen), et aussi tout ce qui relève de la troisième forme (l'autonomie au sens kantien, soit celle d'un être qui n'obéit à nulle loi si ce n'est celle qu'il instaure en même temps lui-même). Ce qu'on écarte, ce sont en particulier les éléments qui conduisent KANT à s'opposer au suicide ; voir notamment *Métaphysique des mœurs*, vol. II, Doctrine de la vertu, I. 1. § 6, p. 274-5.

(contractuelle ou communicationnelle), il y a le droit de nature de Hobbes dans toute son extension, la liberté sans limite conçue selon le paradigme de la souveraineté ou de la propriété. C'est le cas pour le suicide comme on vient de le dire, mais aussi pour des actes qui ne peuvent affecter que des gens qui n'existent pas encore, les générations futures plus ou moins lointaines, des gens qui ne peuvent pas être considérés comme d'autres membres de la société : avec eux, non plus, il n'y a pas de possibilité de réciprocité, donc pas de limite à la liberté, par exemple quand on veut introduire des modifications génétiques dans le patrimoine des gamètes, de façon à ce que ces modifications soient transmissibles à la descendance¹.

Mais c'est peut-être en matière d'avortement que le droit de nature de Hobbes a été compris avec le plus de radicalité. C'est là qu'on a le mieux mené à bien le projet de penser concrètement le droit à partir de la seule souveraineté sur soi, de la seule propriété sur son corps, donc de l'exigence morale que chacun soit maître chez soi. Avec l'idée que « notre corps nous appartient² » et toutes les prétentions et créances qui découlent de ce principe, on a le droit de nature à l'état pur, comme Hobbes l'a conçu, c'est-à-dire la « liberté que chacun a d'user de sa propre puissance, comme il le veut lui-même ». On parle aujourd'hui dans ce sens d'autonomie, notamment reproductive ou procréatrice (une autonomie qui n'a rien à voir avec la notion kantienne d'une raison législatrice). L'idée de base avec ce concept de droit est de traiter un pouvoir de fait sur soi, incontestable, comme un droit à la réalisation duquel l'État doit active-

1. Voir G. HOTTOIS, *Essais de philosophie bioéthique et biopolitique*, Paris, Vrin, 1999.

2. L. MARGUET, « Les lois sur l'avortement (1975-2013) : une autonomie procréative en trompe-l'œil ? », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne sur www.journals.openedition.org], 5/2014, mis en ligne le 26 mai 2014, consulté le 25 novembre 2018, § 3.

ment contribuer, de la même façon qu'il contribue, par ailleurs, à la réalisation des droits sociaux.

Laurie Marguet précise que cela exige de dépasser la loi Veil du 17 janvier 1975 et sa révision quatre ans plus tard, qui n'ont conçu l'IVG que comme un « enjeu de santé publique visant à éviter les conséquences dramatiques générées par les avortements clandestins » : la dépénalisation n'était pas une question de principe, de DROIT, mais elle était la « réponse à une situation de détresse et son encadrement médical obéissait à une mesure sanitaire¹ ». Le dépassement de cette perspective trop limitée n'est possible, cependant, que si l'on aborde l'avortement exclusivement en termes de pouvoir sur soi. Laurie Marguet le fait avec netteté, en se demandant « sous la coupe de quelle souveraineté, [la procréation] doit être placée » : plutôt « la petite souveraineté de l'individu sur son corps ou la grande souveraineté de l'État² ». La réponse est claire s'il est vrai que le « fait moral premier ou primaire est la propriété de soi », c'est-à-dire si, quand il s'agit de soi, le droit de nature comme l'a conçu Hobbes (la liberté que chacun a d'user de sa propre puissance, comme il le veut lui-même...) continue de valoir pleinement comme le seul principe de tous les raisonnements juridiques, même après la conclusion du pacte social³. La loi Veil doit donc être dépassée dans ce sens,

1. *Ibid.*, § 28. Nous exposons la pensée de L. Marguet qui regrette que la loi Veil ait été si timide, mais nous utilisons les mots de C. PELLUCHON qui prend la position que c'est juste de concevoir la dépénalisation comme « un moindre mal quand la femme enceinte s'estime placée dans une situation de détresse et son encadrement est préférable aux avortements clandestins réalisés dans des conditions sanitaires déplorables pouvant entraîner la mort de la personne », *L'Autonomie brisée*, p. 57.

2. L. MARGUET, « Les lois sur l'avortement (1975-2013) : une autonomie procréative en trompe-l'œil ? », § 4.

3. Nous citons M. P. ZUCKERT, *Launching Liberalism. On Lockean Political Philosophy*, Lawrence, University Press of Kansas, 2002, p. 194 : « The first or primary moral fact is self-ownership. » L'auteur procède à une reconstruction théorique des origines du libéralisme par « amalgame » de la philosophie de Locke sur la propriété de soi (« every Man has a Property in

parce que sinon le décalage serait manifestement trop grand entre le principe constitué par ce concept de droit, et l'approche de la loi en droit positif. C'est en effet un concept de droit et de justice qui conduit à la nécessité de dépasser la loi existante vers quelque chose qui soit plus conforme au concept. Et il est important de comprendre que ce concept de droit (la totale souveraineté du propriétaire sur son propre corps, l'idée que notre corps nous appartient vraiment) est compris comme un idéal moral. Comme le dit Zuckert, « être propriétaire c'est disposer d'une inviolabilité morale », en ce sens que la propriété implique l'exclusivité¹.

Mais il faut aller plus loin encore dans cette ligne de réflexion : il ne suffit pas de parler de la procréation en termes de souveraineté et de la faire passer de la grande souveraineté de l'État à la petite souveraineté de l'individu sur son corps, mais il faut, de plus, que la grande souveraineté de l'État soit désormais mise au service de la pleine et parfaite réalisation de la petite souveraineté des individus sur leur corps. Le but est que chaque personne, homme ou

his own *Person*. This no body has a right to but himself »), et de celle de Hobbes sur le sens des mots *liberté*, *droit* et *loi*, et sur le droit de nature. La reconstruction consiste simplement à remplacer le droit hobbesien de *nature* (un droit de chacun sur toute chose et toute personne), par un droit de chacun sur soi, donc un droit de propriété de soi, de souveraineté sur soi). Elle consiste simplement, comme l'a expliqué M. P. Zuckert, à « utiliser le langage de la propriété pour définir le langage des droits » [« using the language of property to define the language of rights »], à « utiliser le mot propriété pour se référer au domaine des droits naturels » [« using the term property to refer to the realm of natural rights »]. Selon nous ces reconstructions permettent de bien comprendre la base de la philosophie politique de Hobbes (l'absolu de la liberté qu'est le droit de nature ne tient pas à l'extension du droit au corps des autres, mais à son caractère illimité (quand il s'agit de soi), mais déforment celle de Locke. C'est Zuckert qui cite J. LOCKE p. 193 ; la citation est tirée de *The Second Treatise of Government*, dans *Two Treatises of Government*, édité par Peter Laslett, New York, Cambridge University Press, 1963, section 328.

1. *Ibid.*, p. 194 : « To have property is to have moral inviolability. » L'auteur relève en effet que les droits de propriété comportent « cette sorte d'exigence morale qui porte en elle une exigence d'exclusivité » [« that sort of moral claim that carries with it claims to exclusivity »].

femme, bénéficiant d'une égale et totale propriété de soi dans le domaine reproductif, notamment, et donc des prestations de l'État qui seraient nécessaires à cet effet. Tout droit doit en effet pouvoir non seulement être respecté et protégé, mais aussi pleinement réalisé. Comme l'explique Laurie Marguet, il convient donc, avec ce droit comme avec tout autre (elle parle d'IVG), d'abandonner la séparation nette « entre les "droits-libertés" (droit *de* qui n'exige pour sa satisfaction qu'une abstention de l'État) et les "droits-créances" (droit *à* qui nécessite une intervention active des pouvoirs publics) » ; cette approche ancienne, dit-elle,

est remise en cause au nom d'une nouvelle typologie, celle proposée par la doctrine de droit international des droits de l'homme, qui parle non seulement de respecter et protéger, mais aussi de réaliser le droit individuel en question [...]. La réalisation implique, premièrement, de garantir à l'individu l'accès à un droit reconnu et, deuxièmement, une obligation de prestation : l'État va être obligé de fournir une prestation pour assurer la réalisation d'un droit garanti¹.

Il ne s'agit donc pas seulement d'une inviolabilité qui pourrait être assurée par une abstention ; si des prestations sont nécessaires, elles pourront être exigées. Cela conduit Marcel Gauchet à dire que « l'État social a changé de mission : il s'est transformé en État des droits individuels² ».

On peut résumer ce qui précède par une remarque de Zuckert sur le fondement de toute cette approche : l'abstention ou l'intervention de l'État, que ce soit dans le contexte de respecter un droit comme l'avortement, de le protéger ou de le réaliser pleinement, est exigée par un devoir-être « ought », qui, dit Zuckert en l'attribuant fausse-

1. L. MARGUET, « Les lois sur l'avortement (1975-2013) : une autonomie procréative en trompe-l'œil ? », § 7.

2. M. GAUCHET, Dialogue avec Eric Fassin sous le titre « Ce qui nous sépare », *Philosophie Magazine*, février 2017, p. 61-65, p. 63.

ment à Locke, est « déduit d'un fait (le fait de la propriété de soi)¹ ». Zuckert reconnaît qu'on a affaire à un sophisme naturaliste. C'est en effet un simple pouvoir factuel sur son propre corps, la possibilité physique (liberté factuelle) de faire ou de ne pas faire consciemment avec lui ce qu'on veut, qui est considérée comme du parfaitement juste *a priori*, à l'exclusion de toute autre considération. Il semble toutefois que l'explication donnée par Rawls, à la suite de Hobbes, est meilleure : il ne s'agit pas de déduire un devoir-être d'un fait, mais plutôt de « défini[r] l'impartialité [...] à partir des individus en conflit² », donc en sanctuarisant leurs pouvoirs de fait, quand il s'agit de pouvoirs de fait qui satisfont la condition de réciprocité (ce qui est le cas du pouvoir de chacun sur son propre corps). Il semble bien que pour Rawls quand il y a la « certitude pratique que des désaccords insurmontables, bien que raisonnables, se produiront sur des questions de la plus haute importance³ », le problème à résoudre est simplement de fixer sous la coupe de quelle souveraineté ces questions doivent être

1. M. P. ZUCKERT, *Launching Liberalism*, p. 194 : l'auteur dit en effet de Locke que « he concluded from an "is" (the fact of self-ownership) the "ought" of moral inviolability ». Il ajoute : « Cependant, cette dérivation d'un devoir-être à partir d'un fait n'est pas aussi mystérieuse ou même problématique que la difficulté bien connue du problème pourrait le laisser supposer » [« now this derivation is not as mysterious or even problematical as the notorious difficulty of the problem would imply »]. Cet auteur exprime la même idée en disant que « le cœur de cette philosophie (the core of this philosophy) » c'est « la notion d'êtres humains comme titulaires de droits par nature, parce qu'ils sont propriétaires d'eux-mêmes » [« the notion of human beings as rights bearers by nature because they are self-owners »] (p. 192). On a envie de traduire « because they are self-owners » par : « parce qu'ils se possèdent eux-mêmes », c'est-à-dire « parce qu'ils veulent consciemment pour eux-mêmes telle ou telle chose ». Le rôle décisif joué en sous-main par la conscience de soi quand c'est quelque chose qu'on veut pour soi, explique peut-être le peu de cas que l'auteur accorde à l'objection de sophisme naturaliste (voir p. 94, n. 1).

2. J. RAWLS, *Théorie de la justice*, p. 219.

3. J. RAWLS, *Justice et démocratie*, trad. C. Audard, Paris, Éd. du Seuil, 1993, p. 330.

placées¹, comme chez Hobbes quand l'état de nature est en train d'être dépassé par le pacte de renonciation.

UN EXEMPLE DE L'EFFET SOCIAL DU FONDAMENTALISME DE LA LIBERTÉ : UN LIBÉRALISME ABANDONNANT L'AMBITION D'ENVISAGER LES CHOSES DU POINT DE VUE DE LA TOTALITÉ SOCIALE

Pour comprendre comment une conception du droit et de la justice comme celle que l'on vient de présenter peut se transformer en culture et milieu ambiant et entraîner des conséquences importantes dans toutes sortes de domaines, voyons les analyses de Mark Lilla sur l'échec d'Hillary Clinton contre Donald Trump, lors la présidentielle de 2016. Il s'agit d'un domaine éloigné de ce qui nous intéresse ici, mais ce que dit cet auteur montre qu'une conception erronée de la justice et des droits individuels, qui s'est imposée à tort comme vérité absolue, a conduit les démocrates américains à l'échec face à Trump. Selon Mark Lilla, qui a publié en novembre 2016 un article qui a eu un retentissement considérable², la gauche américaine a perdu parce qu'elle a démissionné de sa responsabilité de faire de la politique.

1. J. REIMAN suggère que ce qui l'emporte dans ce choix entre souverainetés, c'est, en cas de conflit, ce qu'une personne « veut ou désire pour elle-même » [« want or desire for herself »] consciemment, et non pas ce qu'elle veut pour quelqu'un d'autre ; la « subjective awareness », la conscience de soi quand il s'agit de quelque chose qu'on veut pour soi, serait donc le pouvoir de fait qui doit l'emporter en cas de conflit impossible à résoudre autrement ; voir « Abortion, Natural Law and Liberal Discourse: A Response to John Finnis », dans R. P. GEORGE et C. WOLFE (éd.), *Natural Law and Public Reason*, Washington D.C., Georgetown University Press, 2000, p. 111. John Finnis réagit à cette idée en parlant de « appel à peine voilé à la force, sans tenir compte de la justice » [« diaphanously veiled appeal to power regardless of questions of justice »], *ibid.*, p. 102.

2. M. LILLA, « The end of identity liberalism », *The New York Time International Edition*, 21 novembre 2016, p. 15.

Cette démission est attribuable à une certaine idée de la justice et des droits qui s'est imposée comme non discutable au cours de ces derniers trente ans. Lilla appelle cela le « tournant identitaire » du libéralisme de gauche, et parle en conséquence d'« identity liberalism ». Je crois qu'il désigne par ces expressions ce que j'ai visé plus haut en parlant du tournant du libéralisme vers un fondamentalisme de la liberté.

Les efforts de la gauche se sont en effet orientés à partir d'un certain moment vers la reconnaissance de nouveaux droits individuels en matière sociétale, indéfiniment étendus. Le libéralisme américain, selon Mark Lilla, « a versé dans une sorte de panique morale en ce qui concerne l'identité de race, de genre ou de sexe, et cela a distordu le message libéral ». Hillary Clinton a perdu la vision large durant la campagne et « dérapé dans la rhétorique de la diversité, faisant appel à chaque étape de son tour du pays aux électeurs afro-américains, latino, LGBT et femmes ». Il affirme, comme libéral de gauche, qu'il faut réagir et « clore la phase du libéralisme identitaire ». « “Célébrer” nos différences », la réponse libérale standard depuis une génération face à la diversité de nos sociétés, « est un principe remarquable de pédagogie morale – mais c'est désastreux comme base d'une politique démocratique ». Trop de gens aujourd'hui pensent que le « discours de la diversité contient à lui seul tout le discours politique, alors qu'il a peu à dire, au point que c'en est choquant, sur des questions pérennes comme les classes sociales, la guerre, l'économie et le bien commun¹ ».

1. *Ibid.*, p. 15: « American liberalism has slipped into a kind of moral panic about racial, gender and sexual identity that has distorted liberalism's message » ; « [Hillary Clinton] slip into the rhetoric of diversity, calling out explicitly to African-American, latino, L.G.B.T. and women voters at every stop » ; « the age of identity liberalism must be brought to an end » ; « [“celebrate” our differences] is a splendid principal of moral pedagogy – but disastrous as a foundation for democratic politics » ; « by the time they reach college many assume that diversity discourse exhausts political discourse, and have shockingly little to say about

Mark Lilla précise bien que sa conception ne revient pas du tout à une vision des choses qui atténuerait l'importance des droits de l'homme. Il termine son article de 2016 en disant qu'il a été invité à une grande réunion populaire où l'on allait parler du fameux discours de Roosevelt sur les quatre libertés. Il indique à quel point les participants (une réunion populaire rassemblant des gens de toutes les catégories sociales) étaient concentrés sur ce qu'ils avaient en commun, et, dit-il, « écoutant la voix vibrante de Roosevelt lorsqu'il évoquait la liberté de parole, la liberté de culte, la liberté par rapport au besoin et la liberté par rapport à la peur – des libertés que Roosevelt réclamait pour chacun dans le monde – je me souvenais de ce que sont les réelles fondations du libéralisme américain moderne ». Il se réfère par ces mots simples à une tout autre conception du droit et de la justice, et aussi des droits de l'homme, que celle de la tradition du contrat social¹. Ce qu'il critique, c'est la culture diffuse émise par le point extrême atteint par ce courant qu'Amartya Sen stigmatise, on l'a dit, comme de l'« institutionnalisme transcendantal² » : le concept selon lequel à la base des institutions il doit y avoir une certaine idée de la justice parfaite, de ce qu'est « un monde parfaitement juste », une idée présente en particulier parmi ceux qui soutiennent que la justice absolue c'est que « tous les droits [...] soient satisfaits³ ».

such perennial questions as class, war, the economy and the common good ». L'auteur publie un livre qui développe cette thèse, *La Gauche identitaire*, trad. E. et P. Aronson, Paris, Stock, 2018.

1. Sur cette autre conception des droits de l'homme, voir H. TORRIONE, « Philosophie des droits de l'homme et républicanisme. Une autre perspective que le libéralisme sur les origines intellectuelles des déclarations de droit », dans J.-B. ZUFFEREY, J. DUBEY et A. PREVITALI (éd.), *L'Homme et son droit, Mélanges en l'honneur de Marco Borghi*, Zürich, Schulthess Verlag, 2011, p. 561-590.

2. A. SEN, *L'Idée de justice*, p. 30.

3. *Ibid.*, p. 132. Sen rajoute : « C'est [leur] image du transcendantal. » Cela produit, dit Mark Lilla (c'est nous qui établissons le lien avec Sen), « une génération de libéraux et de progressistes narcissiquement inconscients

LA NÉCESSITÉ D'EXAMINER LA NOTION DE DROIT ET DE JUSTICE QUE L'ON UTILISE

Si l'image que l'on se fait de la justice et du droit risque de conditionner les positions que l'on prend sur des sujets controversés, il faut s'interroger sur le concept de la justice et du droit qu'on utilise, même si l'on n'est pas philosophe du droit.

Les libéraux qui sont partisans de ce libéralisme identitaire que critique Mark Lilla, cependant, n'ont pas de capacité critique quand il s'agit de justice et de droit, même lorsqu'ils sont adeptes du criticisme kantien. Comme le relève Jeremy Walton, des gens aussi avisés que John Rawls, quand ils ont souligné qu'il fallait partir du juste et pas du bien (en raison de la multiplicité des conceptions du bien et des désaccords des hommes à ce propos), n'ont pas vu qu'il y a aussi plusieurs conceptions du

des conditions de vie hors de leurs groupes auto-définis [« a generation of liberals and progressives narcissistically unaware of conditions outside their self-defined groups »]. Nous n'avons pas encore indiqué que dans la tradition du contrat social il n'y a pas seulement les partisans du libéralisme économique et de la droite libérale ; il y a en effet aussi Rousseau et les nombreux penseurs de gauche à sa suite. Rousseau pense que Hobbes a tort de considérer que l'état de guerre de tous contre tous est un état de nature : c'est au contraire, estime Rousseau, le premier état social, et c'est donc un état social qui est caractérisé par l'inégalité entre les hommes et la domination des faibles par les puissants, origine de tous les maux sur terre, origine surtout de l'avitilissement de l'homme. Avec cette supposition, en plaçant donc « dans l'histoire l'origine et la persévérance de l'inégalité », en posant en conséquence « l'hypothèse d'une responsabilité humaine dans le mauvais cours du monde », Rousseau indique à la gauche le point d'appui possible d'une vision progressiste de l'histoire, et donc « l'idée d'une espérance non religieuse », celle d'un monde dans lequel « tous les droits [...] soient satisfaits », alors que dans ce premier état de société aucun ne l'était (voir E. DE FONTENAY et A. FINKIELKRAUT, *En terrain miné*, Paris, Stock, 2017, p. 33-34 et p. 47). « Rousseau et sa bruyante descendance » (*ibid.*, p. 26) représentent un puissant courant dans le mouvement de l'institutionnalisme transcendantal, le plus puissant peut-être, et ce courant reprend, comme l'ensemble du mouvement, la définition du droit qu'on trouve chez Hobbes.

juste¹. Ils se sont efforcés d'en imposer une comme la justice au sens absolu, sans réelle discussion à ce sujet. Comment l'expliquer ? En définissant l'impartialité à partir des individus en conflit, en adoptant « une conception politique de la justice » et en donnant le rôle central à ce qu'il a appelé la raison publique » quand il s'agit de l'adoption de mesures de contrainte, Rawls a eu l'impression, semble-t-il, que sa propre conception du droit et de la justice ne pouvait en aucun cas faire l'objet d'une controverse. Cette impression provenait peut-être du fait que sa conception de la justice était totalement focalisée sur les désaccords entre les gens sur la conception du bien – des désaccords que Rawls décrit, comme on l'a dit, comme « insurmontables, bien que raisonnables [...] sur des questions de la plus grande importance ». Il pouvait penser qu'elle n'était en somme que l'organisation de la coexistence pacifique de ces désaccords, une sorte d'aménagement sur le plan politique et juridique. Malheureusement, l'aménagement des désaccords à partir des individus en conflit sur ces questions de bien, tel que Rawls le conçoit, n'est pas neutre : ce qui se passe entre eux quand ils

1. J. WALDRON commence son livre en affirmant : « Nous sommes nombreux, et en désaccord entre nous à propos de la justice. En d'autres termes, le désaccord entre nous ne porte pas seulement sur l'existence de Dieu et la signification de la vie... » [« There are many of us, and we disagree about justice. That is, we not only disagree about the existence of God and the meaning of life... »]. Selon Waldron, « c'est rare de trouver un philosophe tentant de faire face aux désaccords à propos de la justice dans le contexte de sa propre théorie politique » [« it is rare to find a philosopher attempting to come to terms with disagreements about justice within the framework of his own political theory »] (*Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999). Et P. NEAL note que la position de la tradition du contrat social va plus loin dans cette aveuglement à l'égard des désaccords en matière de justice : Rawls refuse même d'accepter que « des gens raisonnables de bonne volonté s'opposent entre eux à propos de ce que la justice exige d'eux » [« reasonable people of good will disagree about what justice requires of us »], et voit de la mauvaise foi dans les oppositions à ce qu'il présente comme la justice, « Political liberalism, Public Reason, and the Citizen of Faith », dans R. P. GEORGE et C. WOLFE (éd.), *Natural Law and Public Reason*, Washington D.C., Georgetown University Press, 2000, p. 178-179.

ne se font pas la guerre, bien qu'en désaccord les uns avec les autres, Rawls a choisi de le comprendre en termes de réciprocité, et il a ensuite décidé de lier philosophiquement la justice à la réciprocité, comme toute la tradition de pensée du contrat social¹.

LA PHILOSOPHIE DES LOIS

Qu'il y ait plusieurs conceptions différentes de la justice et du droit, notamment celle que Sen critique comme de l'institutionnalisme transcendantal, et celle qui le conduit à adresser cette critique à Hobbes, Rousseau, Kant ou Rawls, on peut facilement s'en rendre compte si l'on examine attentivement les deux philosophies différentes de la loi dont témoignent ceux qui débattent de législation dans le domaine de la bioéthique, par exemple de la question d'une nouvelle disposition légale dépénalisant l'acte de tuer dans des circonstances compassionnelles.

Pour comprendre en quoi consistent ces deux conceptions de la loi, nous allons examiner avec attention la philosophie de la loi de Robert Badinter, lors de son audition par la commission des lois de l'Assemblée nationale en 2008². L'audition a lieu à la suite du suicide de Chantal

1. Sur les « désaccords insurmontables » concernant le bien, voir p. 93, n. 3. Sur la réciprocité comme élément de la définition du droit à partir d'un point de départ hobbesien, voir J. RAWLS, « Justice as Reciprocity » (1970), dans *Collected Papers*, S. Freeman (éd.), Cambridge MA, Harvard University Press, 1999, p. 190-224 ; voir à ce propos H. TORRIONE, « Certains sont d'avis que c'est la réciprocité qui constitue la justice. Une critique des conceptions pythagoricienne et contractualiste de la justice », contribution au 5^e Colloque international du Centre toulousain d'histoire du droit et des idées politiques, Montauban, 4-6 juillet 2017, dans C. MENGÈS-LE-PAPE (éd.), *La Réciprocité : dimensions théologiques, juridiques et autres*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse Capitole, 2019 (à paraître).

2. Dans la suite, nous indiquerons dans le corps du texte lui-même les numéros de page des nombreuses références aux p. 569 à 581 qu'occupe

Sébire, qui a suscité une grande émotion collective. Cette personne était atteinte d'une tumeur très rare des sinus et de la cloison nasale qui entraînait des douleurs atroces et lui avait fait perdre l'odorat, le goût, puis enfin la vue, six mois avant sa mort. Elle avait ouvert une action devant le tribunal de grande instance de Dijon en demandant à la justice de lui reconnaître le « droit de mourir » immédiatement en milieu médical, comme quelqu'un dont le traitement serait interrompu et qui serait ensuite accompagnée jusqu'à une mort rapide (en raison de l'interruption du traitement) avec la mise en route de thérapeutiques de confort en fin de vie, essentiellement la sédation et l'endormissement. Elle demande à la justice de lui reconnaître le droit de bénéficier, sans plus attendre, d'une fin semblable compte tenu de sa grave maladie, bien qu'elle ne soit pas encore du tout dépendante de son traitement et habite encore chez elle. Il s'agit donc de ce que Badinter a appelé, comme nous l'avons dit, « un suicide par tiers interposé » (une forme d'euthanasie). Sa demande est rejetée le 17 mars 2008, et elle se tue deux jours plus tard par ingestion d'une dose massive de barbituriques. La Commission des lois de l'Assemblée nationale reprend alors des auditions sur la question de la dépénalisation de l'acte de tuer dans des circonstances compassionnelles, qu'elle avait déjà examinée en 2004, sans adopter alors de dispositions légales sur ce point.

L'approche de Robert Badinter illustre l'une des deux conceptions de la loi. Badinter explique à la Commission du Sénat la haute idée qu'il a de la tâche du législateur, de la sagesse nécessaire pour être à la hauteur de cette tâche, pour être à la hauteur de ce qui, dit-il, « me paraît [...] devoir être l'œuvre d'un législateur » (575). Il se réfère même à la « méthode qu'affectionnait Portalis, qui rappelait volontiers

l'audition de Robert Badinter du 16 septembre 2008 dans le t. II du Rapport d'information fait et présenté par J. LEONETTI (Documents de l'Assemblée nationale).

que trois ou quatre grandes lois dans un siècle sont seules appelées à survivre » (570). Il souligne que le « code pénal n'a pas qu'une fonction répressive » (570) ; selon lui, il a aussi une dimension expressive. Cette dimension du droit « n'est rien d'autre que l'expression de valeurs éthiques » (578). Comme cette fonction expressive « est à son plus haut niveau quand il s'agit de la vie et de la mort » (572), il faut bien mesurer la gravité du sujet examiné par la Commission.

Badinter souligne en outre qu'on ne peut pas traiter « une situation extraordinaire » au moyen de la loi, c'est-à-dire par des dispositions générales et abstraites (575). En légiférant, dit-il, nous ne ferions que déplacer l'interrogation judiciaire vers un autre champ (575). Et nous le ferions parce qu'on « aurait l'impression de répondre à une attente sociale qui traduit, en réalité, une émotion collective, certes parfaitement légitime » (575) ! Selon lui, « créer une législation pour les cas exceptionnels n'est pas la bonne façon de les résoudre » (573).

L'approche de Badinter suppose une conception du droit et du travail du législateur qui n'est pas du tout celle de l'institutionnalisme transcendantal critiqué par A. Sen. La position de Badinter implique une conception modeste de la loi : ce n'est que la formulation de la bonne solution selon le jugement d'appréciation auquel le législateur s'est arrêté au terme d'une démarche analogue à celle du juge, à propos de la situation qu'il a considérée (sauf que le juge considère le cas singulier qu'il doit trancher, alors que le législateur examine les situations qui peuvent faire l'objet de règles générales et abstraites, et formule de telles règles quand la situation le permet). La conception modeste de la loi a pour conséquence, comme on vient de le dire en donnant l'exemple de la position de Badinter, que, quand il s'agit d'une situation extraordinaire, le législateur sage ne crée pas de législation. Pour arriver à cette conclusion, il faut un examen

attentif des situations pour lesquelles on envisage la production d'une réglementation.

Kant conçoit la loi d'une façon toute différente. Il défend l'idée d'une loi qui serait parfaitement juste *a priori*, parce qu'adéquante au concept de droit (qui pour lui est, comme on l'a dit, « un concept pur », un concept « émanant de la raison »), c'est-à-dire à cette liberté individuelle en soi sans limite, qui se limite elle-même dans l'interaction d'un sujet avec un autre. Kant voit un lien entre cet « absolument juste » et l'idée de contrat social : il suffit qu'on ait affaire à une loi qui aurait « pu émaner de la volonté unie d'un peuple tout entier¹ », dit Kant, une loi qui aurait pu être faite « à la suite d'un accord universel, donc d'un contrat² », « pour que ce soit un devoir de la considérer comme juste³ ». Kant pense, semble-t-il, que ce sont alors nécessairement des lois « qui procèdent par elles-mêmes des concepts du droit extérieur en général⁴ », qui sont donc des lois « *a priori*, nécessaires ». C'est ce type d'approche *a priori* qui est mise en œuvre quand, en matière de législation de bioéthique, certains estiment qu'il faut partir d'une certaine idée de la justice parfaite, par exemple de l'idée (déjà indiquée ci-dessus) que la justice parfaite c'est que « tous les droits [...] soient satisfaits⁵ ». L'approche de Robert Badinter est différente : il considère que le législateur doit partir d'une analyse des éléments caractéristiques de la situation à réglementer, et si c'est « une situation extraordinaire », c'est-à-dire une situation pour laquelle il n'est pas possible d'envisager

1. E. KANT, *Théorie et pratique et autres textes*, p. 73.

2. *Ibid.*, p. 72.

3. *Ibid.*, p. 73. Selon Kant, « il suffit qu'il soit possible que le peuple donne son accord à une loi pour que ce soit un devoir de la considérer comme juste », même si, dit Kant, le peuple est actuellement dans « un état d'esprit tel que, si on le lui demandait, il refuserait vraisemblablement de donner son consentement » !

4. E. KANT, *Métaphysique des mœurs*, vol. II, *Doctrine universelle du droit*, § 45, p. 128.

5. A. SEN, *L'Idée de justice*, p. 132.

une solution adéquate de façon générale et abstraite, indépendamment donc des circonstances spéciales de chaque cas particulier, indépendamment des mobiles, il faut qu'il ait la sagesse de renoncer. L'acte commis reste dès lors sous le coup des dispositions générales du Code pénal, qui répriment tout homicide intentionnel. Cela n'empêche pas selon Badinter de « faire en sorte que justice soit rendue, y compris par un acquittement » (575), « si les circonstances sont [...] celles d'une situation exceptionnelle » (575), compte tenu en particulier des mobiles. Il y a tout un édifice de procédure pénale que nous avons construit difficilement, dit Badinter, et tout tourne autour de l'intention, des circonstances, des mobiles, etc.

Pour voir d'où vient cette conception modeste de la loi, il faut comprendre qu'avec l'approche essentialiste ou transcendantale de la loi chez Kant, on est aux antipodes de l'entreprise critique aristotélicienne, de ne faire de la loi rien de plus qu'une œuvre de la politique, plus ou moins bonne ou plus ou moins mauvaise, suivant les cas. « Par rapport à Platon, [...] on peut dire qu'Aristote désacralise le domaine de la loi », remarque Pierre Aubenque¹, et contribue ainsi, avec les sophistes, à ce qui constitue, à mon avis, un apport essentiel des lumières grecques : les lois sont en effet « œuvres de la politique² » (τῆς πολιτικῆς ἔργοις). La loi n'est pas révélée³, ni engendrée par un mécanisme comme le contrat social. Garante de l'ordre social, elle n'a point de garant dont elle puisse se réclamer autre que la justesse de la solution à laquelle la délibération politique ou constitutionnelle (s'il s'agit d'une disposition constitution-

1. P. AUBENQUE, *Problèmes aristotéliens, II. Philosophie pratique*, Paris, Vrin, 2011, p. 83.

2. ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Liv. X.10, 1181a25, trad. J. Tricot, Paris, Vrin, 2007, p. 569 (nous utilisons la traduction de l'expression par P. Aubenque, *Problèmes aristotéliens*, p. 81).

3. *Ibid.*, p. 81, où Pierre Aubenque renvoie à Jacqueline de Romilly, qui relève la différence avec la loi juive.

nelle) a conduit¹. Aubenque souligne qu'« Aristote s'oppose à tout déplacement métaphorique de la notion politique de loi », notamment à toute « métaphore cosmopolitique », comme on en trouve dans certains textes platoniciens, et chez les stoïciens, qui « seront les premiers à parler d'une *lex naturae*² ». Aristote insiste : « Les choses [...] ne sont pas naturellement, mais humainement justes³. » Elles sont le fruit d'une appréciation, aussi impartiale que possible, quand le travail est bien fait.

Le débat de fond porte sur l'objectivité des jugements, que l'institutionnalisme transcendantal rejette, sauf lorsqu'il s'agit de processus comme la limitation de la liberté par la liberté, donc de mécanismes fonctionnant sur une base de réciprocité et produisant de l'intersubjectivité. L'ouvrage, déjà cité, de l'économiste et philosophe Amartya Sen, *L'Idée de justice*, va peut-être contribuer à une meilleure compréhension de l'approche aristotélicienne. Le préjugé fondamental contre lequel Sen lutte, c'est la croyance qu'il n'y a pas de jugement objectif possible si des critères formels ne sont pas préalablement donnés. C'est la position de Kant⁴. Sen reproche à John Rawls et à toute la tradition contractualiste moderne (Hobbes, Rousseau, Kant, Fichte, etc.) la même chose qu'Aristote reprochait à Platon : un

1. *Ibid.*, p. 81-82 : « [L]a loi ou même la législation en général ne possèdent pas en elles-mêmes leur propre justification, mais [...] il faut la chercher plus haut dans une délibération qui relève de la [...] politique ».

2. *Ibid.*, p. 82.

3. ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Liv. V, chap. X, 1135a 3-5, p. 270 (nous utilisons la traduction de l'expression τὰ μὴ φύσικὰ ἀλλ' ἀνθρώπινα δίκαια qui est donnée par Pierre Aubenque, *Problèmes aristotéliens*, p. 81).

4. Pour Kant, la justice distributive aristotélicienne – à laquelle en Suisse le Tribunal fédéral accorde une grande importance en matière fiscale, en affirmant que la justice en matière fiscale est une question de justice distributive aristotélicienne (arrêt du Tribunal fédéral du 1.06.2007, ATF 133 I 206, RDAF 2007 II 50) – n'est pas pour Kant du droit « proprement dit (strict) », et un juge ne peut pas se prononcer car ce serait décider « selon des conditions indéterminées », E. Kant, *Métaphysique des mœurs*, vol. II, Appendice à l'introduction à la doctrine du droit, p. 22.

déplacement métaphorique de la notion politique de loi (ce déplacement est réalisé par les Modernes à travers l'usage purement conceptuel de la notion de contrat social¹), ainsi que la dissimulation correspondante du caractère central de la délibération et du jugement à propos du matériellement juste².

Dans l'optique d'Amartya Sen, le travail de la raison pratique en matière de justice dépend non pas d'un soi-disant pur concept de droit auquel on voudrait faire jouer le rôle de pierre de touche de la justice³, mais du discernement des mérites respectifs des différentes solutions envisageables pour trancher le litige en question, donc de ce que Sen appelle une approche comparative. Il ne dépend pas d'une dérivation transcendantale. À partir de l'analyse du même phénomène dans la pratique du droit de son époque, Aristote a conclu que la loi est « dans la dépendance de [...] l'intelligence » du législateur⁴. Thomas d'Aquin précisera que, puisque la loi est l'expression du jugement que porte le législateur sur le matériellement juste dans la situation en cause, sur la solution adéquate dans cette situation⁵, elle est

1. Voir le passage de Kant cité plus haut (p. 102, n. 3) pour comprendre le type d'abus auquel peut aboutir l'usage purement notionnel du contrat social.

2. Notre article cité p. 99, n. 1 est consacré à la discussion de cette question. Nous renvoyons en particulier au livre de H. PUTNAM, *Fait/Valeur : la fin d'un dogme – et autres essais*, trad. M. Caverivière et J.-P. Comet, Paris, Éd. de l'Éclat, 2004.

3. E. KANT, *Théorie et pratique et autres textes*, p. 73.

4. ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Liv. X, chap. x, 1180a21-22, p. 563. La formule complète est λόγος ὃν ἀπὸ τινος προνοήσεως καὶ νοῦ. Tricot traduit par « règle qui émane d'une certaine prudence et d'une certaine intelligence » (p. 563). Selon Pierre Aubenque, pour Aristote la loi n'est pas d'abord une affaire de volonté du législateur, et le pouvoir de contraindre « s'ajoute à elle [la loi] du dehors » (voir Pierre AUBENQUE, *Problèmes aristotéliciens*, p. 152).

5. C'est un jugement qui, dans les cas les meilleurs, « comporte une détermination exacte de cela même qui est juste » dans la situation examinée par le législateur, « c'est-à-dire du droit » (*sive juris*), THOMAS D'AQUIN, *Somme de théologie*, IIa-IIae, q. 60, a. 1, Paris, Éd. du Cerf, 1999, p. 361 : *judicium [...] importat rectam determinationem ejus quod est*

« une certaine œuvre de la raison », elle est « quelque chose de constitué par la raison¹ ». Là où Aristote utilise le mot λόγος, Thomas d'Aquin va utiliser le mot *ratio* pour désigner cette œuvre de la raison, et il va préciser que « la loi n'est pas le droit lui-même, au sens propre du terme », « mais un certain être-dit du droit² ».

La loi n'est pas seulement « dans la dépendance [...] de l'intelligence » du législateur, elle est aussi « dans la dépendance d'une certaine prudence » de sa part³. En effet, la loi ne se ramène pas sans reste à la saisie intellectuelle et l'expression du matériellement juste dans la situation envisagée par le législateur. Il y a de nombreuses autres questions à régler, par exemple celles de délais, de procédures applicables, etc. Et il y a d'abord, bien sûr, la question de savoir s'il faut une loi ou non, et si une loi est possible ou pas.

Sur ce dernier point, comme le souligne Badinter, qui se distancie de ceux qui veulent une loi qui procède par elle-même du pur concept de droit en général, il n'est pas prudent de vouloir des dispositions générales et abstraites, donc une loi, quand il s'agit d'une situation exceptionnelle, que seul le juge peut trancher. La réflexion de Roger Badinter à ce sujet est intéressante. Faut-il une loi habilitant les tribunaux à autoriser des médecins ou d'autres personnes à tuer quelqu'un qui dit « je ne veux plus vivre, or je ne peux pas ou ne veux pas me tuer par moi-même, donc qu'on me

justum. Il faut bien sûr comprendre cette détermination comme le terme d'une recherche qui se fait de façon dialectique, à travers la confrontation des positions et des arguments. Il s'agit de déterminer, à travers cette recherche, quelle est la solution adéquate dans le litige en cause, compte tenu des caractéristiques objectives de la situation.

1. *Ibid.*, Ia-IIae, q. 90, a. 1 : *quodam opus rationis* ; Ia-IIae, q. 94, a. 1 : *aliquid per rationem constitutum*.

2. *Ibid.*, IIa-IIae q. 57 a.1 ad 2 : *lex non est ipsum jus, proprie loquendo, sed aliqualis ratio juris*. C'est A. DE MURALT qui propose pour *ratio juris* la traduction « être-dit du droit », *L'Enjeu de la philosophie médiévale*, Leyde, Brill, 1991, p. 12.

3. ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Liv. X, chap. x, 1180a21-22, p. 563.

tue»? La discussion porte alors non pas tellement sur le suicide, ni même sur l'assistance au suicide, mais, si l'on pousse les choses jusqu'au bout, sur l'idée de mettre en place « une sorte de service d'assistance médicale où l'on se rendrait et qui permettrait d'en terminer » (575), comme en matière d'avortement. Réfléchissons, dit Badinter, à « un service d'assistance au public, ouvert vingt-quatre heures sur vingt-quatre, pour ceux qui auraient pris la décision de se suicider » (580). Il ne s'agit sans doute pas toujours de prestations de l'État aussi étendues que celles que réclamait Chantal Sébire (un suicide par tiers interposé en milieu hospitalier). Le point central de la nouvelle législation sur laquelle Badinter réfléchit devant la commission du Sénat supposerait cependant « le passage de la reconnaissance de cette liberté [la liberté de se suicider] à la consécration d'un droit opposable » (577) : il y aurait « une créance, par définition contre la collectivité, la nation, l'État, pour exercer ce que l'on appellerait un droit opposable au suicide » (577). Sur le plan de l'articulation juridique, ce n'est pas le suicide qui pose un problème (c'est purement factuel, dit Badinter), ni l'assistance au suicide – pour Badinter, la complicité de suicide, par exemple fournir à autrui des moyens de se donner la mort, ne doit pas être punissable, si le suicide ne l'est pas (575) – mais cette consécration d'un droit opposable, et donc, pour une autre personne, une obligation de tuer intentionnellement correspondante, ou tout au moins un droit de tuer intentionnellement correspondant, sur demande expresse de la personne qui veut mourir.

CONCLUSION

Nous portons exclusivement notre attention, dans cette conclusion, sur la philosophie du droit que l'ouvrage d'Amartya Sen (*L'Idée de justice*) présente comme une alter-

native réelle à l'institutionnalisme transcendantal de Hobbes, Rousseau, Kant ou Rawls. Le but ici n'est pas d'expliquer en quoi consiste cette autre philosophie du droit (on a déjà attiré plus haut l'attention sur certains de ses aspects, notamment sa conception de la loi¹), mais de mettre brièvement en évidence quatre ou cinq points forts, qui ont un impact sur la question qui nous occupe dans cette contribution :

1. Comme Locke l'a bien vu, dans une bonne constitution le « pouvoir est limité² », quelle que soit l'autorité qui prend la décision, même si c'est le souverain – le peuple dans une démocratie directe. Or, cette idée de pouvoir limité, centrale dans toute la tradition constitutionnaliste depuis Aristote, n'est plus mise en œuvre « lorsque [...] nous autorisons des gens à se poser en juges de la vie d'une autre personne humaine, à juger que la vie de cette personne est sans valeur, et à s'autoriser ainsi eux-mêmes ou d'autres à exécuter la demande de mourir de cette personne³ ». Voilà un premier point fort de cette philosophie du droit, avec un impact évident sur la question qui nous occupe ici. C'est pour une question de justice matérielle que l'exigence de pouvoir limité est défendue⁴. Robert Badinter fait allusion à cette exigence. Il se demande : « L'État a-t-il le pouvoir et le droit de dire : "puisque vous voulez mourir, je vais vous tuer" ? » (578). Est-ce cette direction qu'il faut prendre en adoptant une législation à cet effet ? Comme artisan de l'abolition de la peine de mort en France, en 1981, il a

1. Pour un exposé de cette philosophie du droit, voir H. TORRIONE, *Républicanisme et philosophie aristotélicienne du droit vs. libéralisme et philosophie hobbesienne du droit*, en part. p. 189-223.

2. J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, II, § 135, p. 403 : « power... is limited... ».

3. J. FINNIS, « Euthanasia, Morality, and the Law », *Loyola of Los Angeles Law Review*, 1998, vol. 31, p. 1132 : « when [...] we allow some people to sit in judgment on the life of another human person, to judge that person's life worthless, and so to authorise themselves or others to carry out that person's request for death. »

4. Voir notre article cité p. 96, n. 1.

beaucoup réfléchi à la position de ceux qui considèrent qu'il n'y a pas de problème quand leur pays a « une justice qui tue ». Il a indiqué à l'époque que la position de ces gens (les partisans de la peine de mort, auxquels il s'opposait) supposait chez eux, suivant son analyse, la « conviction [...] qu'il peut y avoir une justice sûre de son infailibilité au point de dire que celui-là peut vivre et que celui-là doit mourir¹ ». Sa philosophie politique et constitutionnelle est très différente de celle de ses adversaires. Je crois que sa remarque sur la faillibilité signifie que pour lui il faut partir d'« une conception modeste de la fonction du droit », en ce sens que la « pratique du droit, c'est-à-dire le juge et le législateur dans leurs activités [...], ne peut se concevoir que compte tenu de la priorité de la vie concrète des personnes humaines existantes par rapport à toute appréciation portée sur la valeur de ces vies² ». Cet aspect politique et constitutionnel est décisif pour Badinter, non seulement pour la question de la peine de mort, mais aussi quand il s'agit de bioéthique. C'est un aspect qui découle de l'exigence de pouvoir limité, qui elle-même repose sur une question de justice matérielle.

2. Il ne faut pas souhaiter l'adoption d'une loi qui procède du concept de droit extérieur en général, selon l'expression de Kant déjà citée. En parlant du suicide comme il le fait, Badinter rejette implicitement l'idée qu'il faut prendre comme principe des raisonnements de justice la définition de la justice absolue comme liberté de faire ou de ne pas faire, selon ce que l'on veut. C'est aussi ce que rejette la Cour suprême américaine dans un arrêt à propos du suicide assisté du 26 juin 1997, dans lequel elle écarte l'idée que

1. Voir des extraits de son discours à l'Assemblée nationale, du 17 septembre 1981, dans M. ARON, *Les Grandes Plaidoiries des ténors du barreau*, Paris, Jacob-Duvernet, 2010, p. 261-270, p. 268-269.

2. H. TORRIONE, « Le préjudice d'être né », *Responsabilité et Assurances*, 4/2006, p. 388-198, p. 398, où l'on présente la thèse que le législateur français, lorsqu'il a réagi par une loi à l'arrêt de la Cour de cassation dans l'affaire Perruche, a aussi adopté un tel principe de raisonnement.

sa jurisprudence reflète « une tradition générale de la souveraineté sur soi¹ ». Sans doute, comme Badinter le relève, « chacun est maître de son corps, et donc libre de disposer de son corps et de sa vie » (570). Cela signifie, ajoute-t-il, « qu'il ne saurait être question de pénaliser le suicide ni la complicité de suicide » (570). Mais en revanche, cela n'entraîne pas, selon lui, le pas supplémentaire que serait l'assimilation de ce pouvoir de fait sur son corps et sur soi à quelque chose comme une manifestation du droit de nature dont parle Hobbes. Ce pas suivant, s'il était fait, serait l'adoption par Badinter d'une approche transcendantale. Selon la Cour suprême américaine, le fait de se suicider ou d'obtenir d'un tiers qu'il nous tue constitue certes une décision personnelle et intime, et il est vrai d'affirmer que sur le plan moral et en matière de liberté religieuse, « au cœur de la liberté il y a le droit de définir sa propre conception de l'existence, de la signification des choses, de l'univers et du mystère de la vie humaine² ». Mais la Cour précise que la Constitution ne prévoit pas que ses décisions doivent procéder du concept de droit extérieur en général (de la souveraineté sur soi, de la propriété de soi, de l'exclusivité ou inviolabilité qui en découle). La Cour refuse explicitement de suivre Rawls et d'autres philosophes sur ce point crucial pour l'institutionnalisme transcendantal³ : elle consi-

1. Supreme Court, *Washington et al. v. Glucksberg et al.* 521 U.S 702, 724 (1997) : « A general tradition of self sovereignty ».

2. Supreme Court, *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 851 (1992) : « At the heart of liberty is the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life. »

3. La Cour avait à disposition le mémoire qu'avaient rédigé Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Robert Nozick, John Rawls et Judith Jarvis Thomson, en tant qu'*amici curiae* (voir « Suicide assisté : le mémoire des philosophes », dans : *Raisons politiques*, 2003/3 (n. 11), p. 29-47 ; le texte se trouve aussi dans : *La Mort assistée en arguments*, A. BONDOLFI, F. HALDEMANN, N. MAILLARD (éd.), Chêne-Bourg, Georg, 2007, p. 75-96), et elle a expressément rejeté l'idée que développait ce mémoire : la pleine propriété de soi et l'exigence de pouvoir faire ce qu'on veut comme concept de droit extérieur en général, et l'idée que la décision de la Cour, comme les lois, doit procéder par elle-même du concept de droit extérieur en général.

dère en effet que la Constitution protège uniquement « les activités et décisions personnelles que cette Cour a identifiées comme si profondément enracinées dans notre histoire et nos traditions, ou si décisives dans notre conception d'une liberté constitutionnellement structurée, qu'elles sont protégées par le 14^e amendement¹ ». La Cour n'écarte pas par ces mots toute prise en considération des droits fondamentaux, mais elle retient l'autre conception des droits fondamentaux et des droits de l'homme : celle de Roosevelt (dont parle Mark Lilla dans le passage cité plus haut), celle que nous avons exposée dans notre article², c'est-à-dire celle qui lie les droits à l'orientation des institutions et des autorités, dans la communauté politique en question, vers l'utilité commune, c'est-à-dire vers le bien des gens. Cette orientation vers le bien des gens, et donc les droits de l'homme eux-mêmes qui en dépendent et permettent en même temps de s'en assurer, c'est aussi une question de justice matérielle (en l'occurrence, c'est ce qui est matériellement juste dans une situation d'interaction particulière – celle entre les autorités et la population –, donc dans une situation présentant une asymétrie de pouvoirs et de compétences).

3. Si l'on raisonne comme Badinter ou comme la Cour suprême américaine, c'est-à-dire en rejetant l'idée qu'il faut prendre comme principe de ses raisonnements de justice le concept de droit extérieur en général, on laisse ouverte la possibilité d'une tout autre conception du droit. Selon cette autre conception, qu'Aristote a exposée au Livre V de l'*Éthique à Nicomaque*, le droit (*jus*), loin de se ramener à la propriété de soi et une exigence d'exclusivité et d'inviolabilité, est une question de justice matérielle, de solution

1. Supreme Court, *Washington et al. v. Glucksberg et al.* 521 U.S 702, 727 (1997): « Those personal activities and decisions that this Court has identified as so deeply rooted in our history and traditions, or so fundamental to our concept of constitutionally ordered liberty, that they are protected by the Fourteenth Amendment ».

2. Voir p. 96, n. 1. Voir aussi A. SEN, *L'Idée de justice*, p. 423-459.

adéquate aux circonstances du cas particulier ou aux caractéristiques générales de la situation en cause. La justice selon cette autre conception relève donc d'une appréciation portée sur la situation (on parle en conséquence de « justice matérielle¹ »). On est donc dans une perspective tout autre que celle de l'institutionnalisme transcendantal ! En affirmant que la justice relève d'une appréciation portée sur la situation en cause, on ne se réfère manifestement pas à un critère ou à une pierre de touche de la justice, que Kant pensait avoir trouvé dans le pur concept du droit. Il ne s'agit que d'un procédé de recherche de solution, que du processus de délibération qui pourrait être adopté pour résoudre la difficulté et trouver une solution adaptée à la situation en cause. Ce processus est décrit de la façon suivante par le Tribunal fédéral : on « doit apprécier d'une manière objective tous les éléments pertinents et rechercher la solution adéquate aux circonstances du cas particulier [ou aux caractéristiques objectives de la situation générale en cause]² ».

4. Si l'on approche les questions qui se posent et les litiges que l'on doit trancher avec le point de vue que la justice relève d'une appréciation portée sur la situation en cause, après un débat aussi riche et contradictoire que possible, on rejoint cette idée de Badinter, que des situations comme celle de Chantal Sébire sont des situations extraordinaires, et que la seule façon d'aborder l'examen de l'acte de tuer dans une telle situation (un acte que demandait Chantal Sébire, mais qui n'a pas eu lieu) consiste à admettre qu'il s'agit d'un acte qui tombe sous les dispositions ordinaires du Code pénal en matière d'homicide, c'est-à-dire sous des dispositions qui

1. *Sachgerechtigkeit* : voir arrêt du Tribunal fédéral du 17.09.1975, ATF 101 Ia 545, considérant 3.d ; voir aussi arrêt du Tribunal fédéral du 1.06.2007, ATF 133 I 206, RDAF 2007 II 50, consid. 8.2.

2. Arrêt du Tribunal fédéral du 17.09.1975, ATF 101 Ia 545. Sur quelque chose d'analogue à ce procédé décrit par le TF, voir H. PUTNAM, *Fait/Valeur : la fin d'un dogme – et autres essais*, p. 97 : « we make ways of dealing with problematic situations, and we discover which one are better and which one are worse ».

répriment plus que tout le fait de tuer avec l'intention de le faire. C'est en partant de ces dispositions générales, et donc de cette idée de base, qu'il faut regarder de cas en cas (en partant de l'intention, en regardant les mobiles et les circonstances particulières) « comment faire en sorte que justice soit rendue » (573). Pour Badinter, « c'est un problème de conscience pour celui qui est appelé à commettre l'acte, et pour ceux qui sont amenés à rechercher si le mobile invoqué est le seul ou s'il y en a d'autres » (575). John Finnis souligne l'importance centrale de ce même principe (exclure plus que tout le fait de tuer avec l'intention de le faire) quand il s'agit de la relation entre le médecin et son patient. Il souligne que si ce principe central de l'éthique médicale disparaissait, dans beaucoup de situations disparaîtrait la seule barrière qui puisse exister pour la protection des patients dans des situations extrêmes. Il pense à des patients en fin de vie, et, après avoir vu mourir son père à l'hôpital, il dit être convaincu que le médecin a le pouvoir de mettre fin facilement à la vie du patient dans ces cas extrêmes, en décidant la dose de morphine nécessaire pour calmer la douleur, et tout en restant dans les limites de son pouvoir d'appréciation¹. Il est bien qu'il en soit ainsi, mais qu'arriverait-il si les médecins devaient se débarrasser du principe éthique qui exclut l'option de donner la mort intentionnellement ? Qu'arriverait-il si on abandonnait l'idée qu'il faut exclure plus que tout le fait de tuer intentionnellement, un principe qui repose sur le socle solide de ce qui est matériellement juste, pour un observateur impartial, dans une situation d'interaction entre deux parties avec asymétrie entre elles quant au pouvoir ou quant aux compétences ? Finnis précise que l'intention de donner la mort ne doit pas être confondue avec le fait de l'accepter comme la conséquence, éventuellement bienvenue, d'un traitement ou d'une sédation. Dans les situations asymétriques (médecin/patient), la justice élémentaire

1. John FINNIS, « Euthanasia, Morality, and the Law », p. 1133.

de ce qui est fait ou pas fait par la partie forte dans l'interaction, lorsqu'on est dans un cas extrême où aucun traitement connu n'est adéquat, dépend presque exclusivement de la qualité de l'intention de la partie forte (l'équipe médicale).

5. Le dernier point fort que nous voulons mettre en évidence a trait à la prudence avec laquelle le législateur doit procéder. Il y a de nombreux aspects qui relèvent de cette dimension, et l'on va n'en évoquer qu'un seul : le choix de l'approche qui créerait le moins de risques. Le législateur ne doit pas intervenir si son intervention risque de créer encore plus d'injustices que la situation actuelle, qui est sans doute insatisfaisante, mais il ne faut pas aboutir à quelque chose d'encore pire. C'est un aspect important dans l'approche de la Cour suprême américaine dans l'arrêt dont on vient de parler. Pour illustrer cet aspect de prudence, John Finnis propose le raisonnement suivant : « Supposons un instant qu'il y ait un droit (moral ou constitutionnel) de choisir le moment de mourir, c'est-à-dire de choisir précisément de hâter la mort de quelqu'un. Avec bien plus d'évidence il y a un droit de choisir de ne pas être tué. La question est de savoir quel est le cadre légal qui prend le plus sérieusement en compte ces droits. C'est une question principalement empirique¹. » La chambre de la Cour d'appel (Ninth Circuit), lorsqu'elle a dû donner un préavis en 1995 dans l'affaire qui finira devant la Cour suprême en 1997 (on vient d'en parler plus haut), a mis en évidence le risque que la légalisation de l'acte de tuer dans des circonstances compassionnelles force les personnes les plus fragiles financièrement à devoir justifier leur volonté éventuelle de continuer à vivre, sans être jamais sûres de pouvoir convaincre².

1. *Ibid.*, p. 1136 : « Suppose for a moment that there is a right (moral or constitutional) to choose when to die, i.e., to choose precisely to hasten one's death. Even more evidently there is a right to choose not to be killed. The question is which legal framework will take those rights most seriously. That is largely an empirical question. »

2. United States Court of Appeals, Compassion in Dying v. State of Washington, 49 F 3d, 586, 591 (1995).

Jacques Ricot est agrégé et Docteur en philosophie, chercheur associé à l'université de Nantes, France. Il est membre du bureau de l'association nantaise Philosophia. Ses thèmes de recherche abordent les problématiques du pardon, de l'inhumain, de la dignité, de la fin de vie et de la paix. Il a notamment publié : *Philosophie et fin de vie* (ENSP, 2003) ; *Dignité et euthanasie* (Pleins Feux, 2003) ; *Étude sur l'humain et l'inhumain* (Pleins Feux, réimpression 2004) ; *La Tentation de l'euthanasie, en collaboration* avec P. Verspieren et M.-S. Richard (DDB, 2004) ; *Éthique du soin ultime* (ENSP, 2010) ; *Du bon usage de la compassion* (PUF, 2013) ; *Penser la fin de vie : L'éthique au cœur d'un choix de société* (Presses de l'EHESP, 2017).

Bernard N. Schumacher est professeur titulaire de philosophie à l'université de Fribourg où il est responsable du pôle de recherche et d'enseignement « Vieillesse, éthique et droit » à l'Institut interdisciplinaire d'éthique et des droits de l'homme, dont il est le coordinateur. Doctorat en philosophie, habilitation, Professeur invité notamment à University of Chicago (Illinois), Providence College (Rhode Island), Universität Wien. Ses domaines d'enseignement et de recherche sont l'éthique et l'anthropologie philosophique. Il a notamment publié : *Une philosophie de l'espérance. La pensée de Josef Pieper dans le contexte du débat contemporain sur l'espérance* (Éd. du Cerf, 2000) ; *Jean-Paul Sartre. Das Sein und das Nichts* (Akademie Verlag, 2003, 2014²) ; avec J. Gracia et G. Reichberg, *Classics of Western Philosophy* (Blackwell, 2003) ; *Confrontations avec la mort : La philosophie contemporaine et la question de la mort* (Éd. du Cerf, 2005) ; avec J.-C. Merle, *L'Amitié* (PUF, 2005) ; avec F.-X. Putallaz, *L'Humain et la personne* (Éd. du Cerf, 2008) ; *A Cosmopolitan Hermit. Modernity and Tradition in the Philosophy of Josef Pieper* (CUA Press, 2009) ; *Quand cesse-t-on de vivre ? Pour une définition de la mort humaine* (Cécile Defaut, 2011) ; *Death and Mortality in Contemporary Philosophy* (Cambridge University Press, 2011) ; *L'Euthanasie de la personne vulnérable* (Erès, 2017) ; *L'Éthique de la dépendance face au corps vulnérable* (Erès, 2019).

Henri Torrione est professeur de droit et de philosophie du droit à l'université de Fribourg. Il a pratiqué le droit comme avocat pendant plusieurs années avant d'enseigner la philosophie du droit. Ses recherches et publications portent sur la philosophie du droit, la philosophie politique, ainsi que la théorie de l'argumentation et la rhétorique. En philosophie du droit et philosophie politique il a notamment publié : « Republicanisme et philosophie aristotélicienne du droit vs. libéralisme et philosophie hobbesienne du droit », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*

sophie (2017, p. 173-223); « Peut-on se passer de la notion de bien dans la pensée juridique et politique ? », dans A. Gavric et G. Sienkiewicz (éd.), *État et bien commun* (Peter Lang, 2007, p. 85-143); « Justice distributive aristotélicienne en droit fiscal selon la jurisprudence du TF : une étude de philosophie du droit sur la notion de *Sachgerechtigkeit* », *Revue de droit suisse* (2010, n° 129, p. 131-161); « Philosophie des droits de l'homme et républicanisme. Une autre perspective que le libéralisme sur les origines intellectuelles des déclarations de droit » dans J.-B. Zufferey, J. Dubey, A. Previtali (éd.), *L'homme et son droit* (Schulthess, 2011, p. 561-590); « La philosophie politique d'Aristote », *Aletheia* (2014, n° 44, p. 93-146); « Le poids des arguments : Discursivité non déductive dans la pensée juridique, et utilisation des ressources de la rhétorique et de la dialectique », *Gauchs Welt: Recht, Vertragsrecht und Baurecht* (Schulthess, 2004, p. 275-299); et « Argumenter et convaincre aujourd'hui selon les enseignements de la rhétorique des Anciens » (en train d'être publié).