



HAL
open science

Instituer l'humain, une affaire de droit ?

Franck Damour

► **To cite this version:**

| Franck Damour. Instituer l'humain, une affaire de droit ?. Nunc, 2013. hal-01889508

HAL Id: hal-01889508

<https://hal.science/hal-01889508>

Submitted on 6 Oct 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Instituer l'humain, une affaire de droit ?

« Même être des hommes, cela nous pèse – des hommes avec un corps réel, à nous, avec du sang ; nous avons honte de cela, nous prenons cela pour une tache et nous cherchons à être des espèces d'hommes globaux fantasmagoriques. Nous sommes tous mort-nés, et depuis bien longtemps, les pères qui nous engendrent, ils sont des morts eux-mêmes, et tout cela nous plaît de plus en plus. On y prend goût. Bientôt nous inventerons un moyen pour naître d'une idée. »

Dostoïevski, *Carnets du sous-sol*, Actes Sud.

Depuis quelques années des juristes et des philosophes s'affrontent autour de ce qu'il est convenu d'appeler la « fonction anthropologique » du droit. Il s'agit de déterminer si la loi a pour fonction d'instituer l'humain, notamment en posant les limites qui permettent au sujet de se construire. Débattre ainsi peut paraître abscons, et pourtant chaque citoyen aurait tout intérêt à pouvoir y apporter une réponse, car la loi est sans cesse convoquée pour dire l'humain : qu'est-ce que l'identité sexuelle ? Qu'est-ce que la parenté, la filiation ? À combien de semaines d'existence l'être humain apparaît-il ? Peut-on tenir sa naissance pour un préjudice ? L'impact considérable des sciences biologiques et médicales, aux différentes étapes de la vie, attend une réponse de nos sociétés, et celles-ci s'en remettent souvent aux juges ou aux législateurs pour la fournir. La re-découverte de l'importance de l'interdit depuis quelques années constitue un réel appel d'air pour une telle conception de la loi. Mais il n'est pas illégitime de s'en inquiéter : si la loi a un véritable statut anthropologique, si elle doit instituer l'homme, il sera difficile de lui demander des comptes.

Un observateur un peu attentif de récentes polémiques en France – comme celle autour de l'arrêt Perruche et celle sur le « mariage homosexuel » – aura relevé la présence récurrente de deux professeurs de droit, Pierre Legendre et Yan Thomas¹. Ces deux penseurs ne se pressent guère devant les médias, leur influence n'est en pas moins grande, car leurs thèses apparaissent toujours, explicitement ou en filigrane, pour étayer les argumentaires, Pierre Legendre du côté des défenseurs du mariage « traditionnel » ou des opposants à l'arrêt Perruche, Yan Thomas de l'autre côté. Alors que le premier n'a de cesse de défendre la « fonction anthropologique » du droit, l'autre affirme sa neutralité. De loin, il semble qu'on ait affaire à la vieille querelle du droit naturel ancien et moderne : un des tournants de la modernité fut le passage, à partir du XVI^{ème} siècle, de l'idée d'un droit naturel (souvent dit « classique ») qui serait le reflet d'une Loi naturelle, d'origine cosmique ou divine (ou les deux à la fois), extérieure au volontarisme humain (mais pas à sa raison) vers celle de « droits naturels » (dits « modernes ») non moins fondés sur la raison, mais par contre totalement autonomes à l'égard d'une Loi

¹ Alors que cet article partait pour la publication, nous apprenions la mort de Yan Thomas. Je ne sais si la discussion de sa réflexion proposée dans ces pages aurait trouvé son estime, mais je veux y voir un hommage à l'honnêteté et l'exigence de son travail intellectuel.

de la nature et liés intrinsèquement à la volonté humaine. L'opposition des deux visions ne s'est pas constituée en un jour, dans le cerveau d'un Thomas Hobbes ou d'un Fichte, mais de façon progressive, avant de prendre une tournure polémique aux XVIII^e et XIX^e siècles, lors de l'avènement d'une vision positiviste du droit, se figeant dans une guerre entre conservatisme (attaché à l'idée d'un « droit naturel », c'est-à-dire que le droit doit se soumettre à un être des choses, universel et immuable) et progressisme (défendant une origine plus ou moins purement volontariste du droit, attaché à son autonomie), chacun accusant l'autre de manquer aux droits de la raison humaine... Nous nous proposons ici non seulement de vérifier si l'opposition entre Pierre Legendre et Yan Thomas relève d'un tel clivage, mais bien plus de tester la consistance réelle d'une telle opposition.

* *

À la question de savoir si le droit a une fonction anthropologique, la réponse de Yan Thomas est négative. Pour Yan Thomas le droit romain représente l'essence de la pensée occidentale, pensée trahie et déviée par le christianisme et qui commence seulement maintenant à retrouver la pureté des origines en permettant au droit de se « dé-corporer ». Le droit civil romain s'attachait par ses « fictions » juridiques à différencier droit et corps, droit et réalité. « Pour un libéral contemporain, affirme Y. Thomas, il y a dans ces constructions antiques un repère qui permet de prendre quelque distance avec la définition sacramentelle et institutionnelle qui s'y greffe plus tard au Moyen Âge, et qui se réfère pleinement, elle, à la chair et au sexe » : cela permet d'éviter « de confondre la nature avec la légalisation de la nature : il s'agit de deux ordres de réalité distincts.² » Yan Thomas reproche à l'Eglise d'avoir développé, à partir de l'institution matrimoniale, une « culture institutionnelle [où] l'image de l'incorporation, donc de la chair, est fondamentale. La consommation qui vient ratifier le consentement au mariage, le refus de reconnaître comme vraie toute filiation qui ne soit pas inscrite dans le sang, l'exigence d'une présence charnelle du père dans le fils, tout cela forme un ensemble cohérent. (...) L'État lui-même est incarné. Le corps, qui n'avait jamais été pensé par le droit romain, devient au Moyen Âge une figure centrale dans le champ institutionnel et politique.³ ». L'archétype de cet héritage est bien entendu le concept de « droit naturel » : le droit doit s'inspirer d'une Loi imprimée à la nature par son Créateur, Loi qui serait accessible à la raison humaine. Cette conception établit l'universalité du droit, mais au prix de sa dépendance à l'égard d'une source extérieure, d'une révélation, même naturelle. Que le droit soit assujéti à une telle hétéronomie, c'est précisément ce que Yan Thomas rejette pour

² Yan Thomas, « L'union des sexes : le difficile passage de la nature au droit », *Le Banquet*, sept. 1998, p. 45.

³ Yan Thomas, *ibid*, p. 47.

exalter « l'invention juridique romaine, [et sa] faculté de créer du lien social hors chair. » Dans la lignée de la tradition positiviste d'Hans Kelsen, Y. Thomas dénonce l'ombre du droit naturel sur notre temps, à travers notamment l'idée d'un « ordre symbolique » à respecter « où la loi est une pâle représentation d'un ordre plus réel et plus vrai, à la manière des ombres projetées sur la caverne de Platon. (...) Mais il se trouve que le droit romain nous a permis de sortir de la métaphysique, et que, de ce point de vue, le droit moderne continue d'être romain. »

Yan Thomas influence les débats surtout à travers la notion juridique de "fiction". « La fiction requiert avant tout la certitude du faux », nous explique Yan Thomas. En cela, elle diffère fondamentalement de la "présomption" : « de ces deux manipulations du vrai et du faux, la première emprunte aux aléas de l'opinion commune, la seconde assume la radicalité d'une décision rebelle à l'ordre de l'être et du non-être. La présomption intègre l'imperfection de la connaissance humaine, le droit revêtant alors d'une apparence de certitude un probable qui ne peut être éternellement débattu. La fiction procède d'une démarche résolument contraire, même si les résultats auxquels elle conduit sont parfois empiriquement comparables. Elle ne se contente pas de mettre un terme à la recherche du vrai : c'est cette recherche même que, d'emblée, elle répudie. La fiction est une négation du vrai manifeste ; elle transgresse, pour le fonder autrement, l'ordre même de la nature des choses⁴ ». La fiction n'est pas un mensonge, elle se présente explicitement « comme une décision de contrer la réalité. » Est-ce seulement affaire de technique juridique que de considérer qu'il faille rompre avec l'ordre de la réalité ? Nullement. Une telle théorie du droit me semble implicitement marquée par une anthropologie de l'homme à jamais déchu, d'un homme abîmé dans la chair comme dans un tombeau. Dire que le droit positif est censé s'intéresser à un sujet de droit fictif abstrait, n'est pas un constat, mais un choix. Le neutre – du latin *ne-utrum*, « ni l'un, ni l'autre » – n'est jamais neutre en matière humaine : il diffuse une vision désincarnée de l'homme qui rend possible toute sorte de manipulation car plus rien ne peut limiter l'action du droit. La "neutralité" du droit s'efforce d'occulter l'auto-crédation de l'homme par lui-même : si le droit est neutre, quelle limite poser à ses constructions ? Tout ne devient-il pas possible et justifiable ? Ainsi la fiction qui était censée introduire une distance entre l'homme et sa matérialité afin de permettre une libération finit par empêcher toute libération en se substituant à cette matérialité. Le droit devient le monde de l'homme fait par l'homme, un cosmos où il peut contempler son propre visage jusqu'à le défigurer. Grâce à cette neutralisation de l'humain, un droit positif particulier reçoit paradoxalement le statut occupé par la Loi naturelle dans la conception ancienne du droit naturel : toute contestation devient impossible, car il n'y a pas d'extériorité au droit. Il acquiert même une puissance supérieure à la Loi naturelle, car celle-ci, selon les Anciens, n'était accessible à l'homme qu'à travers le

⁴ Y. Thomas, *ibid.* p. 18.

prisme de sa raison, ou de la mythologie, ce qui laissait beaucoup de place à l'interprétation, à l'adaptation. À l'inverse, dans une conception neutraliste du droit, ce que le droit dit s'identifie à ce qui doit être. Le droit s'auto-justifie : comme l'explique Yan Thomas, c'est précisément la nature fictive de la fiction qui permet d'affirmer qu'il faut agir selon les normes comme si elles émanaient d'une autorité fondatrice, et indiscutable⁵. L'État législateur⁶ est convoqué pour fabriquer l'humanité nouvelle, ainsi la loi se fait tout aussi génitrice que dans les thèses de P. Legendre.

Celles-ci, que l'on oppose habituellement à celles de Yan Thomas, déterminent assez largement le débat, soit comme référence⁷, soit comme cible principale. La dizaine de « Leçons » que Pierre Legendre a publiée chez Fayard a assuré son rayonnement au-delà du solide réseau de ses élèves et auditeurs. L'idée clef de P. Legendre est qu'une institution sert à dire la vie – rappelant qu'« instituer » vient de *status*, qui veut dire debout. Cette belle formule (P. Legendre a du style) veut rappeler que la loi institue le sujet, le précède et permet un monde commun. En cela, le juriste Legendre transpose ce qu'il a appris à l'école psychanalytique de J. Lacan, traduisant en termes juridiques (et politiques) les notions lacaniennes d'Autre, de Symbolique, de Miroir⁸.

Elle le fait à travers les institutions familiales que sont la filiation et le mariage, car ces constructions généalogiques ordonnent trois dimensions incontournables : la naissance, le sexe et la mort, autant de limites dont l'apprentissage constitue l'école première de la raison. Pour Pierre Legendre, « l'institution de la famille répond à une exigence de cohérence logique : un homme n'est pas une femme, une femme n'est pas un homme ; un père n'est pas une mère, une mère n'est pas un père. (...) Ces fonctions établissent, font tenir le rapport du sujet humain à un ordre normatif qui n'est pas à la libre disposition de l'individu, parce que c'est la culture qui construit cet ordre normatif.⁹ » Tel serait le « montage anthropologique occidental » ou, mieux encore, sa « dogmatique », qui fondent « l'identité, l'enjeu même de la reproduction ; cela comporte, pour notre espèce, le ressort d'un monde généalogiquement organisé.¹⁰ » À rebours de l'individualisme contemporain, la « dogmatique » rappelle

⁵ Yan Thomas : « *Fictio Legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits*, 21, 1995.

⁶ Pour Hans Kelsen, dont Yan Thomas s'inspire, l'État et la loi ne font qu'un. Le droit n'a qu'une valeur relative, comme technique sociale de production de conduites : seul l'État peut l'assumer, et en aucun cas ils ne sont l'expression de valeurs supérieures. L'État est un ordre juridique centralisé.

⁷ Alain Supiot a brillamment développé les intuitions de Pierre Legendre dans *Homo juridicus*, Seuil, 2005, dont la revue *Esprit* a donné de larges échos. Pour l'essentiel, les critiques des thèses legendriennes que nous proposons ici pourraient s'appliquer aux positions d'A. Supiot.

⁸ La série de conférences données par P. Legendre au Japon, et reprise dans *Ce que l'Occident ne voit pas de l'Occident*, Mille et une nuits, 2004, permettent rapidement de voir comment fonctionne cette articulation entre psychanalyse lacanienne et pensée politique. Mais l'ouvrage qui a eu le plus d'impact est sans doute *Le crime du caporal Lortie. Essai sur le Père*, Paris, Fayard, 1989, réédité en poche chez Flammarion en 2000 (coll. « champs »)

⁹ P. Legendre, *Ce que l'Occident ne voit pas de l'Occident*, *op.cit.*, p. 92.

¹⁰ P. Legendre, *ibid.* p. 22.

que l'hétéronomie fonde l'autonomie : le sens est un héritage qui précède le sujet car il fait le monde qui l'accueille. Il s'agit, « en signifiant des raisons de vivre et de mourir, de soutenir la cause humaine au moyen d'institutions¹¹ ». Être sujet, pour P. Legendre, c'est être assujéti au respect des lois, car résident « dans l'hétéronomie de la loi les moyens de son autonomie ». Les adversaires de Pierre Legendre lui reprochent de revenir à une conception pré-moderne du droit, de verser dans le jusnaturalisme. Certes Pierre Legendre se rapproche de Léo Strauss ou de Michel Villey, pour citer deux grandes figures contemporaines du droit naturel, par sa critique de la conception volontariste du droit contemporain, y dénonçant un subjectivisme outrancier soumis au scientisme. Mais Pierre Legendre ne revendique jamais un droit naturel, et pour cause : chez lui, l'institution – le « Dogme », la « Référence » – est la seule source du droit. Bien plus, sa critique du droit des modernes n'est pas aussi radicale qu'elle le serait chez un théoricien du droit naturel, car pour P. Legendre, il serait erroné de penser que l'avènement de l'individu moderne ait entraîné la fin de toute dogmatique.

En effet, loin d'être une rupture anti-dogmatique, la modernité a vu l'émergence d'une nouvelle dogmatique, celle de l'ère industrielle, qui repose sur l'État éclairé et libéral. Cette dogmatique, nous raconte Pierre Legendre, assigne au peuple la place du souverain absolu tout en conservant soigneusement l'héritage d'un ordre social et juridique fondé sur la transcendance d'un Texte sans auteur : c'est cette référence qui est oubliée aujourd'hui, sous l'impact d'un scientisme latent. Ce scientisme nourrit une appréhension technicienne du monde et de l'homme, un « management » dont l'État se prévaut aujourd'hui et qui menace sa fonction anthropologique, alors qu'il est le seul Texte vivant qui noue nos identités. Le Droit serait le « Texte sans auteur », le dernier des « grands récits » à avoir résisté au laminoir de la modernité. Le Droit se voit créditer d'un statut de texte sacré, anthropogène, et Pierre Legendre présente cette situation comme « la solution occidentale ».

Cette sacralisation du Droit n'est pas sans laisser perplexe. Bien sûr la loi structure, l'hétéronomie est nécessaire à l'autonomie, mais cela justifie-t-il de transformer la loi en Loi, fut-ce par le biais du Droit ? Une interprétation métaphysique du Droit fonde la dogmatique du lacanien Pierre Legendre, d'un Droit qui dans ses écrits se confond avec l'État. Le Droit est lié à l'État comme l'État est lié au Droit, il n'y a aucune extériorité à ce système. Le statut fictif de l'État est clairement exposé, et même revendiqué : l'État n'existe que par ses rituels, ses cérémonies, son langage, bref l'État est un « Théâtre ». Seulement, cette fiction semble valoir pour elle-même, comme un système autonome : dans la conception politique de P. Legendre, l'autonomie est déplacée de l'individu à l'État. Il s'agit alors de confier notre existence à une fiction creuse, gratuite, arbitraire et partant irréaliste, où le sujet n'existe

¹¹ P. Legendre, *Leçons II. L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels*, Paris, Fayard, 1983, p.51.

qu'au regard du Sujet suprême, l'État ou le Droit.

Une conception abstraite de l'homme nourrit cette philosophie du droit. Pour notre juriste, reprenant Aristote, l'homme est un « animal parlant », doté du *logos*, de raison donc et du pouvoir de questionner. Mais ce pouvoir contient sa part de négativité : l'homme est « un être divisé par le langage, un être séparé de soi et du monde, et cependant unifié, par les liens du langage.¹² » Ainsi pour P. Legendre l'animal logique qu'est l'homme est le fruit d'une fiction, d'une « représentation », d'un « montage » : il n'a pas de réalité donnée, il est construction et même auto-construction. Le langage est la médiation par laquelle l'homme se saisit et saisit sa corporalité animale. Il est frappant que la corporalité soit d'emblée rejetée du côté de l'animalité par P. Legendre, l'homme ne pouvant qu'être composite. Il faut se décorporer, opérer une « dématérialisation du corps et du monde pour que la vie émerge, pour que la vie vive et se reproduise dans l'espèce douée de parole. » Pierre Legendre juge constitutive de l'humain la division entre le corps et l'esprit qu'il qualifie de « traditionnelle » : le paradoxe de la démarche de P. Legendre est de vouloir relier ce dualisme à un héritage chrétien, validant la thèse fort réductrice du « dualisme corporel judéo-chrétien » qui a le malheur de confondre quelques moments d'une histoire complexe avec sa globalité. Pour ne parler que du christianisme (la lecture de la Torah suffit à montrer l'inanité de cette position pour le judaïsme), signalons simplement que la présence massive de l'Incarnation (et hors d'elle, qu'est le christianisme ?) empêche tout hiatus insurmontable entre le divin et l'humain, le « corps » et l'« esprit ». En fait Pierre Legendre réduit l'histoire du christianisme à une romanisation jusqu'à résorption de l'origine juive : pour lui, le rôle essentiel de l'Église fut de sauvegarder la pensée romaine en oblitérant l'héritage juif pourtant conservé par l'Église chrétienne dans « l'Ancien Testament ». En cela, P. Legendre emprunte les pas de Marcion, ce théologien du II^{ème} siècle qui voulait retirer des textes chrétiens tout ce qui pouvait se rapporter au judaïsme. Et comme tout marcionisme latent, la démarche de P. Legendre contient une neutralisation de l'anthropologie biblique, condition nécessaire pour développer un dualisme entre le corps et l'esprit.

Si anthropologie et politique vont de pair chez P. Legendre, c'est qu'ils reflètent une métaphysique bien particulière, développée dans le thème du Miroir. Le Miroir, pour Pierre Legendre, fonctionne « comme pouvoir – un pouvoir institué par le mythe et les rites – par la médiation duquel l'humain s'identifie et construit ainsi son rapport à sa propre altérité ». En effet, se réfléchir dans « le Miroir, c'est se libérer des explications ; c'est la foi aux images, la foi en sa propre identité et en la présence humaine du monde – en la présence d'un monde qui en quelque sorte nous regarde. ». Le Miroir est chez Legendre l'essence même de Dieu, « l'instance qui procure la ressemblance. L'appropriation pour soi de l'altérité n'est pas l'effet mécanique d'un rapport duel, qui découlerait de la

¹² Pour les citations de ce paragraphe et du suivant, voir P. Legendre, *Ce que l'Occident...*, *op. cit.*, p. 70 et ss.

ressemblance, mais elle comporte, pour l'humain, la médiation de l'élément tiers – une médiation soutenue par la parole. Miroir et parole sont indissociables, car l'un et l'autre traduisent la même logique ternaire. » On ne sait trop qui est le tiers, de Dieu ou du Miroir, et au fond cela importe peu, car ils semblent être interchangeable. La chose se précise peu après : « manier l'écart, occuper la place qui tend le Miroir, c'est-à-dire la place structurale qui enseigne et notifie au sujet (au sujet enfant) la distance de soi à soi et l'altérité du monde, c'est l'essence de la fonction des parents dans la famille – fonction construite aujourd'hui par un emboîtement de discours référés au pouvoir généalogique des États ». Le tiers, fondateur de l'identité, est le Miroir, Dieu ou l'État de façon équivalente... Dans cette histoire, le sens importe peu, seule la place structurelle des éléments est source d'ordre : « la vérité du discours de la Référence procède, non pas des contenus de ce discours, mais de la place à partir de laquelle ce discours est énoncé ». Cette dogmatique n'est au fond qu'un système formaliste : seul importe qu'il y ait un « dogme », peu importe ce qu'il dit, ce qui inévitablement amène à vider ce « dogme » de toute efficacité symbolique.

Ces quelques lignes montrent la distance entre cette « dogmatique » et la vision chrétienne : le même thème du miroir apparaît chez saint Paul, fugitivement mais à un endroit crucial, décrivant notre état présent d'abandon, car « à présent, nous voyons dans un miroir et de façon confuse » et non « face à face ». Le miroir paulinien ne prend pas de majuscule, et à raison : il n'est pas la source de l'identité, il n'est que le signe de l'impossibilité de cette identité et l'appel à autre chose. Depuis la Croix, le sens de l'*Imago Dei* a pris une autre dimension : si l'altérité individuelle se constitue en confrontation avec l'altérité commune, elle ne s'y réduit pas, car le commun est un élément de la personne et non l'inverse, l'horizon de la personne n'est pas le corps social et la résurrection annoncée n'est pas celle de l'État, ni de la société ou du peuple. Dans cette affaire, Pierre Legendre oublie que si être sujet, c'est être assujetti, c'est aussi être libéré : la difficulté majeure de son « montage anthropologique », me semble-t-il, est d'oublier la dimension blessée de l'humanité. L'expérience du clivage interne, de la scission profonde de l'homme, a été une fois pour toute résumée par Paul dans l'*Épître aux Romains* : « Effectivement, je ne comprends rien à ce que je fais : ce que je veux, je ne le fais pas, mais ce que je hais, je le fais. Or, si ce que je ne veux pas, je le fais, je suis d'accord avec la loi et reconnais qu'elle est bonne ; ce n'est donc pas moi qui agis ainsi, mais le péché qui habite en moi.¹³ » Tout le roman moderne n'est-il pas au fond une longue et terrible explicitation de cette expérience de la fissure de l'homme, ce qu'en d'autres temps on appelait « péché originel » ? Loin de ce réalisme, la théorie legendrienne réduit la personne au « masque » de l'étymologie romaine, mettant de côté sa dimension charnelle : une telle approche considère que la société et son ordre symbolique doivent de toute façon primer. Aucune place

¹³ *Romains*, 7, 15-17, trad. TOB.

n'est faite à la quête libératoire de l'homme, la blessure interne n'aura d'autre réponse qu'une brutale oblitération par l'Etat et son ordre symbolique, son « Miroir » écrivait Pierre Legendre. Au final, la seule véritable personne dans la dogmatique de Pierre Legendre semble être l'État, au sein d'un jeu de structures dont il est le maître, mais un maître sans yeux, ni bouche, ni cœur.

On mesure mieux ce qui sépare et ce qui réunit nos deux juristes : si tous deux sont d'accord sur la nécessité d'une institution absolue – au sens propre, déliée de tous liens –, ils localisent différemment la source du mal contemporain. Pour Yan Thomas, le christianisme a corrompu l'idéal romain, en naturalisant le droit et les rapports humains. Pour Pierre Legendre, cette naturalisation est un phénomène récent, sous l'impact du scientisme. Cette différence explique qu'ils accordent valeur ou non à la différence des sexes dans l'ordre du mariage, qu'ils valorisent ou non la notion de dignité humaine, etc. Mais dans le fond, il ne s'agit pas d'une anthropologie vraiment différente. Tous deux proposent une vision désincarnée de l'homme, où le corps étant un tombeau, deux solutions s'offrent à lui : soit il s'en émancipe (Yan Thomas), soit il s'y adapte (Pierre Legendre). La première solution tient mieux compte de la blessure de l'humaine condition, la seconde décèle mieux la trace divine qui l'informe ; aucune des deux n'apporte de réponse pleinement satisfaisante.

Ainsi ce débat qui semblait opposer les conceptions classiques et modernes du droit naturel montre que tant P. Legendre que Y. Thomas en sont très éloignés et qu'ils enracinent leur pensée respective dans une même vision enchantée et enchanteresse de l'État. Les deux positions se tiennent dans le même cercle idolâtrique autour de l'État souverain substitut de Dieu et enterrent toute idée d'un droit naturel. On pourrait répondre que l'État se doit de protéger le bien commun et de le construire. L'anthropologie ne fait-elle pas partie de ce bien commun, n'est-elle pas le tout de ce bien commun ? Mais, une fois posée la valeur normative de l'institution, au nom de quoi doit-on se retenir d'y toucher ou au contraire au nom de quoi doit-on la transformer ? D'un côté les tenants de la loi instituante en appellent à un montage anthropologique donné comme évident, défendu par le « sens commun » ou « l'héritage »¹⁴, se refusant en même temps d'en référer à toute métaphysique. Dès lors, l'hétéronomie sera, par un tour de passe-passe, intériorisée dans des « structures anthropologiques élémentaires », dont les clefs nous sont données par l'anthropologie, la psychanalyse ou l'histoire. D'un autre côté, les tenants de l'indifférence du droit s'abritent derrière sa supposée neutralité, sans voir assez que cette neutralité est grosse d'une anthropologie, implicite, qui tient lieu alors de vérité révélée. Au fond, les premiers défendent une « hétéronomie » qui s'avère une pure auto-construction, les seconds une « autonomie » qui n'est pas moins élaborée de l'extérieur.

¹⁴ La première formule est d'Irène Théry, la seconde de Pierre Legendre.

* *

Alors, comment sortir de ce cercle ? Pour comprendre comment nos deux penseurs se fourvoient ainsi, un détour par un texte admirable d'une autre juriste, Catherine Labrusse-Riou, me paraît éclairant¹⁵. Relisant son parcours de juriste spécialisée dans les questions de bioéthique, C. Labrusse-Riou souligne le rôle du droit pour « déjouer, en partie, l'effet de sidération des faits biotechnologiques ». Comme nos auteurs, elle découvre l'infondé des lois anthropologiques qui permettent peut-être et dans une certaine mesure de constituer l'homme, à coup sûr de l'empêcher de se dissoudre. Hannah Arendt a bien montré que la destruction de l'homme commençait par la disparition de ses droits, de son existence juridique. Mais si C. Labrusse-Riou reprend la formule d'une « fonction anthropologique du droit », elle n'y place pas le même contenu qu'un P. Legendre : elle montre que l'infondé n'est pas une structure, mais un donné propre à l'homme, un lieu de l'homme, une expérience, et se défie des illusions du droit : ce qui a animé son travail est « l'observation du mal, éprouvé chez autrui comme en moi-même, qui se niche derrière l'affirmation officielle du bien ». Dès qu'on théorise cette expérience, on l'absolutise, et l'infondé devient le « Dogme » ou la « Fiction ». Ce concept de « fiction » est aussi utilisé par Labrusse-Riou, mais on peut en mesurer l'écart avec la théorisation proposée par Y. Thomas : « Or, si on ne peut demander au droit, dont ce n'est pas le rôle, d'énoncer une ontologie du sujet, si la définition de la personne est à un certain niveau de l'ordre de l'indécidable – ce qui pourrait suffire d'ailleurs à fonder des interdits -, en revanche il appartient au droit de poser les postulats et de préciser le niveau de fiction acceptable. Fiction fondatrice des règles qui, mettant à distance les pouvoirs de matérialisation de l'humain, reconnaissent le sujet “comme si” (c'est cela la fiction) son existence réelle nous était donnée d'évidence, et lui évitent le régime, même spécial ou finalisé, des choses ou des produits. Ainsi, la fiction et l'interdit laissent paradoxalement ouverte la question de la définition de l'homme en lui évitant une réduction, ou même la négation de sa personnalité.¹⁶ » Et de préciser quelques pages plus loin, « on aperçoit alors que la nécessité de fictions pour construire le réel et pour instituer le sujet en son autonomie et dans ses frontières n'autorise pas le choix de *n'importe quelle fiction*.¹⁷ » Le « comme si » de la fiction, aux accents très pauliniens, n'est libérateur que s'il apprend ses limites de la pratique humaine, s'il ne perd pas de vue sa nature fictive et, à cause de cela-même qu'il se sait fiction, accepte de se heurter à la réalité. C. Labrusse-Riou en appelle

¹⁵ C. Labrusse-Riou, « Les fruits d'une expérience », in *Écrits de bioéthique*, PUF, 2007.

¹⁶ C. Labrusse-Riou, « La vérité dans le droit des personnes », in *op.cit.*, p. 61.

¹⁷ *Ibid.*, p. 70. C'est moi qui souligne.

à un imaginaire pour penser le droit. Mais là encore, ce n'est pas n'importe quel imaginaire, n'importe quel mythe gnostique hanté par l'idée d'une humanité abîmée dans la matière et qui, pour être restaurée dans sa pleine dignité, doit en être abstraite. Les mythes gnostiques qui animent, plus ou moins consciemment, les théories du droit de Pierre Legendre ou de Yan Thomas font de l'infondé un Absolu structurel, qui ne peut jamais rester vide et appelle à être comblé. Comme ce ne peut être ni la nature, ni Dieu, il ne reste alors que le droit lui-même, ou l'État. Ainsi là où Catherine Labrusse-Riou voit un droit garant de l'humain, rempart nécessaire mais prudent (« le droit ne peut dire une ontologie » rappelle-t-elle souvent), Y. Thomas et P. Legendre en font un droit créateur : comme je pense l'avoir montré, ce glissement n'est possible qu'à cause de la croyance en la souveraineté de l'État qui se tient en arrière-plan¹⁸.

Il ne s'agit pas pour moi de dénier au droit sa pertinence dans le processus de construction du sujet : le besoin d'interdits est réel et grand est le risque de laisser grandir une jungle où la loi ne protège plus les faibles. Mais si le droit a une véritable fonction anthropologique, ce n'est pas celle de créer l'humain. Le sujet est institué, certes, et il fallait le rappeler sans doute après des années de désillusion. Cependant, encore une fois, instituer pleinement le sujet n'est pas seulement l'assujettir : le sujet naît aussi de son opposition, de sa révolte, de l'écart et de ses failles, et c'est ce qu'un recours à l'institution entendue comme souveraine empêche de reconnaître. En fait l'homme est autant institué qu'il est libéré, ou plutôt il a autant à être institué qu'à être libéré : seule une anthropologie ouverte, apophatique, limitée à dire ce qu'y est inhumain doit inspirer le droit. La difficulté à penser la naissance du sujet tient peut-être au prisme à travers lequel on l'envisage, en l'occurrence l'antinomie individuel/collectif. Comme P. Legendre et Y. Thomas le montrent, le fond de l'affaire se trouve plutôt du côté de la chair. Si on observe les lieux de tension actuels, on rencontre toujours le corps, à travers la question du vêtement, des rituels, de la transformation des corps sous l'effet des techniques, etc. Bref une anthropologie soucieuse de prendre en compte la dimension charnelle de l'existence doit nous aider à repenser le sujet et donc l'institution.

Que Y. Thomas et P. Legendre soient hantés par la nostalgie d'une origine pure n'est pas un hasard : en effet, leur croyance en la souveraineté de l'institution attire celle-ci dans l'orbe du pouvoir et l'arrache à l'autorité. Or ce n'est pas le pouvoir qui institue, mais l'autorité qui a pour fonction d'assurer un lien entre les générations, de créer une durée humaine et surtout de permettre aux nouvelles générations d'avoir l'audace des commencements. Lorsqu'une institution se pense en termes de souveraineté, elle se retrouve incapable de suggérer un sens, une orientation, elle ne sait qu'arracher les

¹⁸ Pour une critique de cette croyance, voir *L'homme et l'Etat* de Jacques Maritain (PUF, 1953).

contemporains à leur temps commun. Comme l'explique limpide Hannah Arendt, « les barrières des lois positives sont à l'existence politique de l'homme ce que la mémoire est à son existence historique : elles garantissent la préexistence d'un monde commun, la réalité d'une certaine continuité, qui transcende la durée de la vie individuelle de chaque génération, absorbe tous les nouveaux commencements et se nourrit d'eux.¹⁹ » Dans son essai remarquable sur *Le pouvoir des commencements*²⁰, Myriam Revault d'Allonnes s'est efforcée d'étayer cette intuition arendtienne, faisant aussi appel à Maurice Merleau-Ponty dont le retour sur le devant de la scène intellectuelle coïncide avec la nécessité d'une nouvelle pensée du corps. Corps/chair, durée, institution : c'est dans cet écheveau que se niche sans doute la clef d'une humanité commune.

Une première étape nécessite sans doute de nourrir une critique de l'Etat souverain, et notamment de ce qu'on appelle le biopouvoir. L'Etat n'est pas le tout de l'homme, la pensée française a réellement à guérir de ce syndrome. Les pistes ouvertes par la réflexion des communautariens anglo-saxons sont à méditer. Le tabou de la souveraineté de l'Etat ne devrait plus résister devant les mutations du rapport de l'individu à l'Etat, de son imbrication collective telles que nous les vivons depuis quarante ans. Que l'Etat soit nécessaire pour préserver la « vie nue » (Giorgio Agamben) n'exige pas de lui accorder la souveraineté. Dans cette réflexion, le droit naturel a un rôle à jouer, d'abord celui d'exercer une critique du droit civil, et là la filiation catholique, avec bien d'autres écoles de pensée, peut apporter sa pierre à l'édifice.

Car pour mettre l'homme debout, une institution doit avoir renoncé à dire le tout de l'homme, elle doit se garder de l'illusion de la souveraineté. Le droit ne pourra exercer de fonction anthropologique que s'il se résout à se dessaisir de toute anthropologie. Ce paradoxe ne fait qu'exprimer la vérité de la condition humaine.

Franck Damour

¹⁹ H. Arendt, *Le système totalitaire*, Paris, Seuil, 1972, p. 211.

²⁰ Le Seuil, 2006.