

Paul Ricoeur

Le Juste

*Ouvrage publié avec le concours
de l'Institut des hautes études sur la justice*

ISBN 2-909210-16-2
© ÉDITIONS ESPRIT, 1995
212, rue Saint-Martin, F-75003 Paris
Distribution-diffusion : Le Seuil

philosophie

INSTITUT
DES HAUTES
ÉTUDES SUR
LA JUSTICE

ÉDITIONS
ESPRIT

Avant-propos

L'équitable, tout en étant juste, n'est pas le juste selon la loi, mais un correctif de la justice légale. La raison en est que la loi est toujours quelque chose de général, et qu'il y a des cas d'espèce pour lesquels il n'est pas possible de poser un énoncé général qui s'y applique avec certitude... On voit ainsi clairement ce qu'est l'équitable, que l'équitable est juste et qu'il est supérieur à une certaine sorte du juste. »

Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 15 (trad. J. Tricot).

I

Les textes réunis dans ce volume ne constituent pas à proprement parler les chapitres d'un livre. Il s'agit de conférences prononcées dans le cadre d'institutions diverses (dont on trouvera la liste dans la bibliographie de l'ouvrage), et surtout sous la contrainte – bénéfique – de programmes dont je n'avais pas choisi la problématique. Et pourtant ces textes sont loin de se réduire à des écrits de circonstance. Ils m'ont permis d'exprimer une de mes plus anciennes préoccupations d'enseignant en philosophie, concernant le peu de cas qu'il était fait dans notre discipline des questions relevant du plan juridique, comparé au soin dont faisaient l'objet les questions touchant à la morale ou à la politique. Cette négligence est d'autant plus étonnante qu'elle est relativement récente. La *République* de Platon est si

liée à la question de la justice que la tradition a fait de cette idée le sous-titre du célèbre dialogue. Quant à Aristote, il consacre dans ses *Éthiques* une analyse détaillée à la vertu de justice. A l'aube des temps modernes, c'est par rapport aux théories du droit naturel que se déterminent les théories contractualistes du lien social. Les philosophies de Hobbes, de Machiavel, d'Adam Smith ne sont des théories politiques que dans la mesure où elles proposent une explication de l'origine et de la finalité du droit. Leibniz et Kant composent des traités expressément consacrés au droit. Et comment ne pas évoquer les *Principes de la philosophie du droit* de Hegel, qui ont bien souvent supporté à eux seuls les réflexions des philosophes professionnels de ma génération portant sur la séquence *morale-droit-politique* ? Mais, même alors, c'était le lien entre l'éthique et la politique qui était l'objet principal de notre souci, et l'impasse était faite sur le statut spécifique du juridique.

Comment expliquer cette négligence quasi générale ? Le choc produit par le déchaînement de la violence durant l'horrible XX^e siècle explique en grande partie cette occultation de la problématique juridique par celle qu'on peut qualifier en termes généraux d'éthico-politique. Et pourtant cette occultation fait autant tort à l'une qu'à l'autre des disciplines concernées, dans la mesure où la seconde culmine dans la question de la *légitimité* de l'ordre par lequel l'État fait pièce à la violence, fût-ce au prix de cette autre violence dont le pouvoir politique est lui-même issu et dont il ne cesse de porter les stigmates : l'échec de la Terreur n'aurait-il rien à voir avec l'incapacité de la Révolution française à se stabiliser dans une constitution qui en aurait assuré la pérennité ? Et toute la philosophie politique de Hegel ne vient-elle pas se nouer dans la question de la constitution ? Si, néanmoins, nous n'avons pas accordé à ce problème de la légitimité de l'ordre constitutionnel qui définit l'État comme État de droit – comme je l'ai fait néanmoins dans quelques-uns des textes rassemblés dans *Lectures I : autour du politique* –, n'est-ce pas parce que, au lieu de séjourner longtemps

auprès du *topos* de la philosophie hégélienne du droit, nous laissons plus volontiers filer notre regard du côté de la philosophie de l'histoire qui, dans le texte de Hegel, fait suite à sa théorie de l'État, dès lors qu'il n'existe plus de régime constitutionnel pour faire échec aux rapports violents entre des États se posant sur la scène du monde comme de grands individus violents ? Passé ce seuil où la philosophie de l'histoire reprenait en charge la problématique du droit, c'était la dramaturgie de la guerre qui captait à nouveau toute notre énergie de pensée, au prix d'un aveu répété de l'incompréhensibilité principielle du mal politique. Je suis loin de déplorer, encore moins de réprover, ce retour obstiné au problème éminemment historique du mal politique, dans la mesure où j'y ai moi aussi contribué¹. C'est dès lors avec le sentiment de résister à un entraînement encouragé par l'esprit du temps que je me suis imposé, depuis quelques années, de faire droit au droit, de rendre justice à la justice. Ma rencontre avec l'Institut des hautes études pour la justice (IHEJ) a été à cet égard déterminante. J'y ai rencontré la question de l'injuste et du juste sur le plan où la réflexion sur le juridique risquait moins d'être prématurément enrôlée par une philosophie du politique, elle-même happée par une philosophie de l'histoire, à son tour hantée par le tourment impitoyablement fomenté et entretenu par l'aporie du mal politique. A l'École nationale de la magistrature je rencontrais, en effet, le *juridique* sous la figure précise du *judiciaire*, avec ses lois écrites, ses tribunaux, ses juges, sa cérémonie du procès et, concluant le tout, le prononcé de la sentence où le *droit est dit* dans les circonstances d'une cause, d'une affaire, éminemment singulière. C'est ainsi que j'ai été conduit à penser que le juridique, appréhendé sous les traits du judiciaire, offrait au philosophe l'occasion de réfléchir sur la spécificité du droit, en son *lieu* propre, à mi-chemin de la morale (ou de l'éthique : la

1. Cf. « Le paradoxe politique », in *Lectures I*, Paris, Éd. du Seuil, 1991.

nuance séparant les deux expressions n'important pas à ce stade préliminaire de notre réflexion) et de la politique. Pour donner un tour dramatique à l'opposition que je fais ici entre une philosophie politique où la question du droit est occultée par la hantise de la présence incoercible du mal à l'histoire, et une philosophie où le droit serait reconnu dans sa spécificité non violente, je propose de dire que la *guerre* est le thème lancinant de la philosophie politique, et la *paix* celui de la philosophie du droit. Si, en effet, le conflit, donc en une certaine façon la violence, reste l'occasion de l'intervention judiciaire, celle-ci se laisse définir par l'ensemble des dispositifs par lesquels le conflit est élevé au rang de procès, celui-ci étant à son tour centré sur un débat de paroles, dont l'incertitude initiale est finalement tranchée par une parole qui dit le droit. Il existe donc un *lieu* de la société – aussi violente que celle-ci demeure par origine et par coutume – où la parole l'emporte sur la violence. Certes, les parties du procès ne sortent pas pacifiées de l'enceinte du tribunal. Il faudrait pour cela qu'elles soient réconciliées, qu'elles aient parcouru jusqu'à son terme le chemin de la reconnaissance. Comme il est dit dans la conférence donnée à la Cour de cassation et intitulée de la façon la plus simple « L'acte de juger² », la finalité courte de cet acte est de trancher un conflit – c'est-à-dire de mettre fin à l'incertitude –, sa finalité longue est de contribuer à la paix sociale, c'est-à-dire finalement à la consolidation de la société comme entreprise de coopération, à la faveur d'épreuves d'acceptabilité qui excèdent l'enceinte du tribunal et mettent en jeu l'auditoire universel si souvent évoqué par Ch. Perelman.

Certes, je ne souhaite pas être dupe de la dramatisation rhétorique qui oppose la problématique politique de la guerre à la problématique juridique de la paix : je suggérerai, de façon plus subtile, l'idée d'une priorité croisée entre les deux problé-

matiques : la paix n'est-elle pas aussi l'horizon ultime du politique pensé comme cosmo-politique ? Et l'injustice, donc finalement la violence, n'est-elle pas aussi la situation initiale que le droit cherche à transcender, sans y réussir, comme il sera dit dans l'essai consacré aux lendemains de la « sanction » et aux déboires de la « réhabilitation³ ».

II

Que la destination pacifique du juridique, à laquelle le judiciaire donne une visibilité particulière, soit en quelque manière aussi originaire que le penchant à la violence exhibé par le mal politique, il me semble en trouver, à défaut d'une preuve sans doute hors d'atteinte, du moins un symptôme éloquent dans le témoignage de notre mémoire, quand celle-ci s'efforce de redonner vigueur à nos toutes premières rencontres avec la question de l'injuste et du juste. C'est à dessein qu'évoquant des souvenirs d'enfance je nomme l'injuste avant le juste – comme le font d'ailleurs bien souvent, de façon visiblement intentionnelle, Platon et Aristote. Notre première entrée dans la région du droit n'a-t-elle pas été marquée par le cri : C'est injuste ! Ce cri est celui de l'*indignation*, dont la perspicacité est parfois confondante, mesurée à l'aune de nos hésitations d'adultes sommés de se prononcer sur le juste en termes positifs. L'indignation, face à l'injuste, devance de loin ce que John Rawls appelle « convictions bien pesées », dont aucune théorie de la justice ne peut récuser le concours. Or, rappelons-nous ce que furent les situations typiques où notre indignation s'est enflammée. Ce furent, d'une part, des partages inégaux que nous trouvions inacceptables (ah ! ce modèle du partage du gâteau en parts égales, modèle qui n'a peut-être jamais cessé de hanter nos rêves de distribution juste, quitte à conduire dans l'impasse la théorie

2. Cf. ci-après, p. 185 à 192.

3. Cf. ci-après, p. 193 à 208.

de la justice !). Ce furent, d'autre part, des promesses non tenues qui ébranlaient pour la première fois la confiance innocente que nous avions dans la parole sur laquelle, nous devons l'apprendre plus tard, reposent tous les échanges, tous les contrats, tous les pactes. Ce furent encore des punitions qui nous paraissaient sans proportion avec nos larcins supposés, ou des éloges que nous voyions arbitrairement échoir à d'autres que nous, bref des rétributions non méritées. Récapitulons ces motifs d'indignation : rétributions disproportionnées, promesses trahies, partages inégaux. N'y déchiffrons-nous pas après coup quelques-uns des linéaments de l'ordre juridique : droit pénal, droit des contrats et des échanges, justice distributive ? Bien plus, ne discernons-nous pas dans l'indignation une attente précise, celle d'une parole qui instaurerait entre les antagonistes une *juste distance* qui mettrait fin à leur corps à corps ? En cette attente confuse d'une victoire de la parole sur la violence consiste l'intention morale de l'indignation.

Mais alors pourquoi ne pas s'en tenir à l'indignation ? Qu'est-ce qui lui manque pour qu'elle s'égle à un authentique sens de la justice ? Il ne suffit pas de dire que font encore défaut les critères positifs du juste. Il faut encore identifier l'obstacle qui empêche la conquête de ce que nous venons d'appeler *juste distance* entre les antagonistes des partages, des échanges et des rétributions que notre indignation dénonce comme injustes. Cet obstacle est le désir de vengeance, c'est-à-dire la prétention de se faire justice à soi-même, quitte à ajouter la violence à la violence, la souffrance à la souffrance. La grande conquête, à cet égard, consiste dans le départage entre vengeance et justice. Au court-circuit de la vengeance, la justice substitue la mise à distance des protagonistes, dont l'établissement d'un écart entre le crime et le châtement est le symbole en droit pénal. Or, comment un tel écart peut-il être institué, sinon par l'entrée en scène d'un tiers qui ne serait pas l'un des protagonistes ? Une équation majeure, où le juste commence à se distinguer du non injuste, se propose : celle entre justice et

impartialité. Juste distance, médiation d'un tiers, impartialité s'énoncent comme les grands synonymes du sens de la justice sur la voie duquel l'indignation nous a conduits dès notre plus jeune âge.

Dans les pages qui précèdent, j'ai d'abord évoqué les motifs de mon souci relativement récent de soustraire l'analyse du juridique à la tutelle de l'éthico-politique. Sans quitter encore le plan des motivations, j'ai ensuite cherché dans nos souvenirs d'enfance un témoignage d'ordre en quelque sorte ontogénétique, rendu à l'ancienneté de notre demande de justice. Le moment est venu de tenter de passer de ces motivations présentes et passées aux raisons capables de légitimer le discours raisonnable sur l'injuste et le juste que présuppose l'entreprise judiciaire. Si j'ai pu, ces dernières années, déployer les réflexions qu'on va lire, au prix parfois d'une certaine technicité qui fera appel à l'attention que requiert un discours argumenté, c'est parce que le *lieu* philosophique du juste se trouvait déjà pointé et délimité dans la « petite éthique » de *Soi-même comme un autre*. Ce sont les liens de dépendance entre les études qu'on va lire et les structures conceptuelles des trois études composant cette éthique que je me propose de porter au jour dans la suite de cet avant-propos.

III

Le lecteur peu familier avec l'ouvrage où se trouve récapitulé l'essentiel de mon travail philosophique me saura sans doute gré de reconstituer à son intention les linéaments des trois sections de *Soi-même comme un autre* (études VII, VIII et IX) qui, ensemble, constituent ma contribution à la philosophie morale.

L'architecture de ces chapitres repose sur l'entrecroisement de deux axes, donc de deux parcours différents de lecture. Le premier, disons l'axe « horizontal », est celui de la constitution *dialogique* du *Soi* (ou, comme je l'ai proposé, de *l'ipséité* que j'oppose à la simple *mêmeté*, pour caractériser la sorte d'identité

qui convient au soi). Le second, « vertical », est celui de la constitution hiérarchique des *prédicats* qui qualifient l'action humaine en termes de moralité. Le *lieu* philosophique du juste se trouve ainsi situé, dans *Soi-même comme un autre*, au point d'intersection de ces deux axes orthogonaux et des parcours de lecture qu'ils jalonnent. Reprenons les choses de façon moins abrupte.

Adoptons pour commencer la lecture « horizontale » dont la thématique, nous venons de le dire, est la constitution dialogique du soi. Une théorie philosophique du juste trouve ainsi sa première assise dans l'assertion selon laquelle le soi ne constitue son identité que dans une structure relationnelle qui fait prévaloir la dimension dialogique sur la dimension monologique qu'une pensée héritière de la grande tradition de la philosophie réflexive serait tentée de privilégier. Mais cette évocation de l'autre, dès le seuil d'une réflexion sur la constitution du soi, resterait d'une grande banalité et, surtout, ne suffirait pas à marquer la place où la question de la justice peut être rencontrée, si, d'entrée de jeu, on ne distinguait pas deux acceptions distinctes de la notion de l'autre ou d'autrui. Le premier autre, si l'on peut ainsi parler, s'offre dans son visage, dans sa voix, par quoi il s'adresse à moi, me désignant à la deuxième personne du singulier. Cet autre est celui des relations interpersonnelles. Et l'amitié, opposée dans ce contexte à la justice, est la vertu emblématique de cette relation immédiate qui accomplit le miracle d'un échange de rôles entre des êtres in-substituables. Tu es le toi qui me dit toi et à qui je réponds, comme aime à le répéter Emmanuel Lévinas : « Me voici » – moi au cas accusatif. Et pourtant, aussi merveilleuse que soit la vertu d'amitié, elle ne saurait remplir les tâches de la justice, ni même engendrer celle-ci en tant que vertu distincte. La vertu de justice s'établit sur un rapport de distance à l'autre aussi originaire que le rapport de proximité à l'autrui offert dans son visage et sa voix. Ce rapport à l'autre est, si l'on ose dire, immédiatement médiatisé par l'*institution*. L'autre, selon l'amitié,

c'est le *toi*, l'autre, selon la justice, c'est le *chacun*, comme il est signifié par l'adage latin : *suum cuique tribuere*, à chacun le sien.

On explorera plus loin, sur le second axe de ce parcours de lecture, les connotations de ce pronom distributif présent dans toute conception de la société comme entreprise de distribution de rôles, de tâches, de bénéfices et de charges. A vrai dire, nous avons déjà rencontré ce *chacun* dans les situations exemplaires dans lesquelles notre indignation juvénile s'enflammait contre l'injustice : partages inégaux, manquements à la parole donnée, rétributions iniques – autant de circonstances institutionnelles, au sens le plus large du terme, où la justice s'annonce comme distribution juste. Il n'en ira pas autrement dans les situations infiniment complexes où les interactions humaines sont encadrées par les sous-systèmes que Jean-Marc Ferry, dans *Les puissances de l'expérience*, nomme « ordres de la reconnaissance ». A tous ces degrés de complexité la justice s'annonce, selon l'expression de Rawls, sur laquelle s'ouvre sa *Théorie de justice*, comme « la première vertu des institutions sociales ». Le cas des institutions judiciaires est à cet égard particulier, mais particulièrement favorable à une détermination plus serrée du *chacun selon l'institution* : avec l'institution du tribunal, le procès confronte des parties qui sont constituées « autres » par la procédure judiciaire ; bien mieux, l'institution s'incarne dans le personnage du juge, qui, placé en tiers entre les parties du procès, fait figure de tiers au second degré ; il est l'opérateur de la juste distance que le procès institue entre les parties. Le juge, il est vrai, n'est pas le seul à revêtir cette fonction de tiers au second degré. On pourrait, sans céder à un penchant excessif pour la symétrie, dire que le juge est au juridique ce que le maître de justice est à la morale et le prince, ou toute autre figure personnalisée du pouvoir souverain, est au politique. Mais c'est seulement dans la figure du juge que la justice se fait reconnaître comme « première vertu des institutions sociales ».

IV

Ce n'est toutefois qu'à propos du second axe – l'axe « vertical » – que l'on peut à plus juste titre parler d'architecture conceptuelle, s'agissant de la philosophie morale exposée dans *Soi-même comme un autre*. La distribution sur trois niveaux des prédicats qui déterminent ce que Charles Taylor appelle dans *The Sources of the Self*, « les évaluations fortes » de l'action, est si prégnante que c'est elle qui a décidé de la répartition en trois chapitres de mes études consacrées à la moralité⁴.

Au premier niveau, le prédicat qui qualifie moralement l'action est le prédicat *bon*. Le point de vue dont ce prédicat relève peut être appelé téléologique, dans la mesure où le bon désigne le *telos* d'une vie entière en quête de ce que des agents humains peuvent considérer comme un accomplissement, un couronnement heureux. Il n'est pas indifférent que le mot *vie* soit prononcé dans le cadre d'une philosophie de l'action. Il rappelle que l'action humaine est portée par le désir, et corrélativement par le manque, et que c'est en terme de désir et de manque qu'il peut être parlé de souhait d'une vie accomplie. Ce lien entre vie, désir, manque et accomplissement constitue le socle de la moralité. Et c'est à lui que je réserve, par convention de langage, le terme d'éthique. C'est ainsi que je définis l'éthique par le souhait d'une vie bonne.

En quoi cette première détermination de la moralité par le prédicat *bon* concerne-t-elle une investigation portant sur le juste ? En ceci que le ternaire mis en place sur l'axe « horizontal » considéré plus haut, ternaire dont le chacun médiatisé par l'institution constitue le troisième membre, trouve sa première formulation dans la lecture téléologique de la constitution

4. J'espère montrer plus loin que la même distribution préside à la mise en ordre des textes ici rassemblés, même si les circonstances dans lesquelles ils ont été produits ne permettaient pas de prendre chaque fois en compte leur place éventuelle dans la hiérarchie en niveaux de ma philosophie morale.

morale de l'action. Je reprends ici la formule que je propose dans *Soi-même comme un autre* : souhait d'une vie accomplie avec et pour les autres dans des institutions justes. La justice, selon cette lecture, fait partie intégrante du souhait de vivre bien. Autrement dit, le souhait de vivre dans des institutions justes relève du même niveau de moralité que le vœu d'accomplissement personnel et que celui de réciprocité dans l'amitié. Le juste est d'abord objet de désir, de manque, de souhait. Et s'énonce dans un optatif avant de s'énoncer dans un impératif. C'est là la marque de son enracinement dans la vie (dans la vie comme *bios* plutôt que *zoe*). Certes, il n'est pas de vie humaine qui ne doive être « examinée », selon l'adage socratique. Et c'est la nécessité de cet examen qui, en convergence avec d'autres requêtes que l'on va dire, contraint à s'élever du point de vue téléologique au point de vue déontologique. Il reste que ce qui exige examen c'est la vie, la manière de conduire sa vie. La première question d'ordre moral n'est pas : que dois-je faire ? mais : comment voudrais-je mener ma vie ? Que la question du juste appartienne à cette interrogation, Aristote l'attestait déjà au début de l'*Éthique à Nicomaque*, lorsqu'il posait que la visée du bonheur n'arrête pas sa trajectoire dans la solitude – et, ajouterai-je, dans l'amitié –, mais dans le milieu de la cité. Le politique, pris au sens large, constituait ainsi l'architecture de l'éthique. Nous disons la même chose dans un langage plus proche de Hannah Arendt : c'est dans l'*intéresse* que le souhait de vivre bien achève son cours. C'est comme citoyens que nous devenons humains. Le souhait de vivre dans des institutions justes ne signifie pas autre chose.

La thèse du primat de l'approche téléologique dans la détermination de l'idée du juste trouve un écho dans la composition même du recueil des textes ici rassemblés. Sans égard pour la chronologie de leur publication, on a placé en tête du volume deux études où l'accent est mis sur l'enracinement de l'idée de justice dans le sol d'une *anthropologie philosophique*. L'étude introduite par la question : « Qui est le sujet du droit ? » s'orga-

nise autour de l'idée de *capacité*, plus précisément de l'idée d'homme capable (de parler, d'agir, de se raconter, de se tenir pour responsable de ses actes). L'étude placée à sa suite est consacrée plus spécifiquement à la dernière nommée de ces notions, celle de « responsabilité » : on y affirme que l'éventail des emplois plus récents de ce terme se laisse déployer autour du pôle que constitue l'idée d'*imputation*, à savoir l'idée selon laquelle l'action peut être mise au compte de l'agent tenu pour son véritable auteur. Ces deux idées de *capacité* et d'*imputabilité*, traitées sans égards l'une pour l'autre dans les conférences qui leur sont respectivement consacrées, prennent un relief nouveau d'être rapprochées, comme je le fais dans cet avant-propos, sous l'égide d'une approche téléologique de l'idée du juste. Replacées sur le trajet du souhait d'une vie bonne, elles se révèlent constituer les deux présuppositions anthropologiques complémentaires d'une éthique du juste.

V

Poursuivons notre parcours ascendant de niveau en niveau. Au prédicat *bon*, relevant du niveau téléologique, fait suite, au niveau déontologique, la référence au prédicat *obligatoire*. C'est le niveau de la norme, du devoir, de l'interdiction. Autant la philosophie morale ne peut faire l'économie de la référence au bien, au souhait de la vie bonne, sous peine d'ignorer l'enracinement de la morale dans la vie, dans le désir, le manque et le souhait, autant paraît inévitable la transition du souhait à l'impératif, du désir à l'interdiction. Pourquoi ? Pour la raison fondamentale que l'action implique une capacité de faire qui s'effectue au plan interactif comme *pouvoir* exercé par un agent sur un autre agent qui en est le récepteur. Ce *pouvoir* sur autrui offre l'occasion permanente de la violence sous toutes ses formes : depuis le mensonge, où seul l'instrument du langage paraît maltraité, jusqu'à l'imposition de souffrances, culminant dans l'imposition de la mort violente et dans la pratique horrible

de la torture, où la volonté d'humilier excède celle de faire souffrir. Bref, c'est en raison du *tort* que l'homme inflige à l'homme que le jugement moral porté sur l'action doit ajouter au prédicat bon celui de l'obligatoire, ordinairement sous la figure négative du défendu. A cet égard, une investigation électivement orientée vers l'idée du juste ne saurait se trouver prise ici au dépourvu. Ce que nous avons dit plus haut sur l'antériorité de la prise de conscience de l'injuste sur celle du juste trouve en ce point confirmation et légitimation. De quoi nous indignons-nous, s'agissant de partages, d'échanges, de rétributions, sinon du *tort* que les humains s'infligent les uns aux autres à l'occasion du *pouvoir-sur* qu'une volonté exerce à l'encontre d'une autre volonté ?

Mais si le fait de la violence constitue la *circonstance* majeure de la transition du point de vue téléologique au point de vue déontologique, il ne tient pas lieu d'*argument* en faveur du prédicat de l'obligatoire. Tout reste à faire et à dire concernant la consistance de ce prédicat.

Deux notations avancées plus haut indépendamment l'une de l'autre peuvent, en se rejoignant, mettre sur la voie de la thèse décisive. Nous disions, dans le sillage de nos réflexions sur l'indignation, que c'est sous la condition de *l'impartialité* que l'indignation peut s'affranchir du désir de vengeance qui incite la victime à se faire justice à elle-même. C'est, notions nous un peu plus haut, dans la figure du *juge* en tant que tiers au second degré que s'incarne la règle de justice invoquée dans le contexte précédent. Rapprochons les deux notations. Qu'est-ce qui fait le lien entre l'impartialité du jugement et l'indépendance du juge, sinon la référence à la loi ? Nous voici arrivés au cœur du point de vue déontologique. Ce qui, dans l'obligation *oblige*, c'est la revendication de *validité universelle* attachée à l'idée de loi.

Je procède dans *Soi-même comme un autre* au dépli des significations implicites à cette revendication de validité universelle attachée à l'idée de loi, en prenant une seconde fois

pour guide le ternaire du propre, du proche et du lointain. Je ne reprendrai pas ici l'argumentation de style kantien à la faveur de laquelle le ternaire de premier niveau se laisse réécrire dans les termes d'un ternaire de second rang, qui coïncide pour l'essentiel avec les trois formules de l'impératif kantien : universalisation de la maxime de l'action, respect de l'humanité dans ma personne et dans celle d'autrui et instauration d'un ordre des fins dont les sujets seraient en même temps les législateurs. Je me concentrerai plutôt sur l'importante mutation par laquelle passe le sens de la justice en transitant du point de vue téléologique au point de vue déontologique. L'enjeu majeur est ici le statut *formel* qui s'attache à la revendication universelle, lorsque la loi n'est pas simplement loi morale, mais loi juridique. Je rappelle ici en quelques mots la thèse que je défends dans *Soi-même comme un autre* et à laquelle j'ai donné une première extension dans l'article de 1991, repris dans *Lectures I, Autour du politique*, sous le titre « Le juste entre le légal et le bon⁵ ».

Loin que l'idée du juste trouve au niveau déontologique une consistance telle qu'elle puisse s'affranchir de toute référence au bon (et, ajoutera-t-on plus loin, de tout recours à l'instance de la sagesse pratique), des raisons tenant à la teneur même de la revendication d'universalité font que celle-ci se trouve écartelée entre une référence ineffaçable au bien et l'attraction exercée sur elle par le statut purement procédural des opérations constitutives de la pratique légale⁶.

Pour mener à bien mon argumentation, j'adopte, en quelque sorte par provision, la description que John Rawls fait, dans *Théorie de la justice*, de la société considérée comme une vaste entreprise de distribution de biens, depuis les biens marchands, tels que rémunérations, patrimoines, bénéfices sociaux, en pas-

5. Cet essai reprend l'intervention prononcée le 21 mars 1991 dans le cadre de la séance inaugurale de l'Institut des hautes études judiciaires (IHEJ).

6. D'où le titre « Le juste entre le légal et le bon », de l'essai qui n'a pu être reproduit ici pour la raison qu'il avait déjà été repris dans *Lectures I*.

sant par les biens non marchands, tels que citoyenneté, sécurité, santé, éducation, jusqu'aux positions de commandement, d'autorité et de responsabilité exercées dans le cadre d'institutions de toutes sortes. Tous ces biens constituent des enjeux de distribution. Or une telle distribution pose problème dans la mesure où elle consiste pour l'essentiel en partages arithmétiquement inégaux. La question est alors de savoir s'il existe des partages inégaux plus justes, ou moins injustes, que d'autres. On connaît la solution de Rawls : elle consiste pour l'essentiel à associer le point de vue déontologique à la tradition contractualiste où le recours à des procédures acceptées de partage conforte la décision propre à l'approche déontologique en général, de ne pas faire référence à la consistance substantielle des biens à distribuer. Pour ce faire, on imagine une situation originelle irréaliste où les partenaires placés par hypothèse dans une relation mutuelle de *fairness* font le choix, parmi plusieurs, des principes de justice susceptibles d'être acceptés par tous. Le caractère procédural de l'opération présidant au choix de la règle de justice, et consistant, comme on sait, à maximiser la part minimale dans tous les partages inégaux, résulte ainsi de la conjonction du point de vue déontologique et de la forme très particulière de contractualisme liée à l'hypothèse de la situation originelle dans le cadre de la fable du voile d'ignorance. La thèse que je propose alors à la discussion, et dont je ferais volontiers le second théorème de ma théorie du juste, après le théorème selon lequel le sens de la justice est organiquement lié au souhait de la vie bonne, est que le sens de la justice, élevé au formalisme que requiert la version contractualiste du point de vue déontologique, ne saurait se rendre entièrement autonome de toute référence au bien, en raison même de la nature du problème posé par l'idée de distribution juste, à savoir la prise en compte de l'hétérogénéité réelle des biens à distribuer. Autrement dit, le niveau déontologique, tenu à juste titre pour le niveau *privilegié* de référence de l'idée du juste, ne saurait s'autonomiser au point de constituer le niveau *exclusif* de référence.

C'est sous l'égide de ce second théorème que l'on a pensé pouvoir regrouper un certain nombre d'essais dont le premier reprend sur un mode plus critique la question résumée à l'instinct, de savoir si « une théorie purement procédurale de la justice est possible ». On a fait suivre cet essai par un examen cursif des travaux de Rawls postérieurs à *Théorie de la justice*, où l'auteur précise les conditions culturelles et politiques sous lesquelles la théorie de la justice peut s'inscrire dans la pratique des sociétés démocratiques ; sans rien renier des arguments formels qui suffisent à l'élaboration d'une *théorie* de la justice, les adjonctions et les correctifs proposés par Rawls, avec une probité intellectuelle exemplaire, orienteront notre propre discussion du côté des conditions d'exercice de la justice que je regroupe plus loin sous le troisième point de vue de ma théorie morale, point de vue que je place sous l'égide de la sagesse pratique.

C'est à une contestation frontale du formalisme procédural de Rawls que je consacre l'étude suivante des théories consistant en un plaidoyer fort en faveur d'un *pluralisme* des instances de justice. J'y fais concourir les thèses de Michael Walzer, dans *Spheres of Justice*, représentatives de ce qu'on appelle outre-atlantique « contextualisme » ou « communautarisme », avec celle de Luc Boltanski et Laurent Thévenot, où un autre démembrement de l'idée réputée indivisible de justice est proposé à partir cette fois de celle de *justification*, dans des épreuves de qualification ressortissant à des *économies* différenciées de la *grandeur*.

Un autre enjeu que celui de l'indivisibilité de l'idée de justice, inséparable de son statut formel, se fait jour dans ces deux études, à savoir la question de savoir si la *citoyenneté* – donc les modalités d'appartenance au corps politique – constitue elle aussi un bien à partager, homogène à ceux dont on a fait une rapide énumération. La question du politique se trouve ainsi réintroduite par une réflexion sur le juste que l'on voulait primitivement soustraire à la tutelle de la problématique du pou-

voir, de la souveraineté, de la violence et du mal politique. Je ne dirai pas qu'en cette occasion le politique se venge ; je dirai simplement qu'il ne se laisse pas oublier et que son caractère énigmatique sort renforcé des tentatives faites pour l'aligner sur les autres foyers de juridicité, à la faveur d'un démembrement concerté de l'idée unitaire de la justice. Le « tout juridique », encouragé par une prolifération des instances de justice, n'échoue pas moins que le « tout politique », dont nous avons voulu initialement nous dissocier.

Le lien est plus ténu entre ce groupe d'études et celle que nous lui avons jointe, où l'on voit Hannah Arendt tenter de dériver une théorie du jugement politique de la théorie kantienne du jugement de goût dans la *Critique de la faculté de juger*. Outre mon admiration maintes fois exprimée pour l'œuvre de Hannah Arendt, ce qui m'a incliné à inclure cette étude dans ce volume et à cette place, c'est la référence majeure à l'« acte de juger » – titre choisi par Arendt elle-même pour le troisième tome malheureusement condamné à l'inachèvement de sa grande trilogie, *Thinking, Willing, Judging*. Il importait à l'ambition du présent volume de rappeler que l'acte de juger n'est pas enfermé dans l'enceinte des tribunaux, comme pourrait à tort le suggérer notre propre insistance à faire du judiciaire le foyer privilégié du juridique. Il était bon qu'un retour au Kant de la troisième *Critique* ramène au foyer de notre examen la problématique du *jugement réfléchissant* qui, chez Kant lui-même, englobe, outre le jugement de goût, le jugement téléologique et, à travers lui, toute la philosophie kantienne de l'histoire. Suggestion est ainsi faite que la théorie de la justice pourrait être reprise à nouveaux frais à l'intérieur même d'une problématique largement kantienne, si l'on déplaçait l'angle d'attaque de la *Critique de la raison pratique* à la *Critique de la faculté de juger*.

VI

C'est en un sens à cette requête que satisfait le groupe d'études que nous avons placé sous le troisième point de vue, distingué dans *Soi-même comme un autre* du point de vue téléologique et du point de vue déontologique, sous le titre de la *sagesse pratique*. Je saisis l'occasion de cette transition pour mettre en garde mes lecteurs contre la tendance à enfermer mon apport à la discussion du problème moral dans l'opposition entre approche téléologique et approche déontologique. Je dirais, à l'encontre de cette tendance réductrice, que les deux études de *Soi-même comme un autre* (VII et VIII) consacrées aux deux niveaux du jugement moral régis par les prédicats du bon et de l'obligatoire, ne constituent à mes yeux que des exercices préparatoires à la confrontation, qui finalement me fait le plus souci, avec les situations que je rattache globalement au *tragique de l'action*. C'est à ce stade que la conscience morale, en son for intérieur, est sommée de poser des décisions singulières, prises dans un climat d'incertitude et de grave conflictualité. C'est à la structure du jugement moral en situation singulière qu'est consacrée l'étude cruciale (étude IX) placée sous le signe de la sagesse pratique. Sous cette appellation fait retour la vertu aristotélicienne de *phronesis*, réinterprétée par Heidegger et Gadamer. La thèse esquissée plus haut, selon laquelle le point de vue déontologique ne saurait éclipser le point de vue téléologique au plan d'une théorie générale de la justice, trouve ainsi un complément dans celle selon laquelle le juste qualifie en dernière instance une décision singulière prise dans un climat de conflit et d'incertitude. Avec *l'intime conviction* s'achève le parcours de la quête de justice, amorcée par le souhait de vivre dans des institutions justes, et ratifiée par la règle de justice dont le formalisme procédural vient garantir l'impartialité.

Il m'est permis maintenant de dire que si ma propre réflexion sur le juste a trouvé dans l'institution judiciaire sa référence privilégiée, c'est dans la mesure où on y lit en clair

l'exigence de conduire l'idée du juste jusqu'à la phase terminale du procès, où le droit est dit ici et maintenant. Mais on tomberait dans une erreur inverse de celle de l'exclusivité du formalisme, si l'on tenait la problématique de l'*application* de la norme, non seulement pour mineure, mais pour insignifiante aux yeux d'une théorie juridique digne de ce nom. On peut en effet être conduit à cette dépréciation erronée, soit par une conception purement mécanique de l'application de la norme à un cas, soit par une conception discrétionnaire du prononcé de la sentence. Toute la problématique, que je me risque à qualifier par l'adjectif *phronétique*, consiste à explorer la zone *moyenne* où le jugement se forme, à mi-chemin de la preuve, soumise à la contrainte logique, et du sophisme, motivé par le goût de séduire ou la tentation d'intimider. Cette zone moyenne peut être désignée de plusieurs noms, suivant les stratégies mises en œuvre : *rhétorique*, dans la mesure où la rhétorique, selon la définition d'Aristote, consiste à donner une « réplique » à la dialectique, entendue elle-même comme doctrine des raisonnements probables ; *herméneutique*, dans la mesure où celle-ci joint l'application à la compréhension et à l'explication ; *poétique*, dans la mesure où l'invention de la solution appropriée à la situation singulière relève de ce que, depuis Kant, nous dénommons imagination productrice, pour la distinguer de l'imagination simplement reproductrice⁷.

Je dirais aujourd'hui que dans le jugement réfléchissant de la troisième *Critique* kantienne cumulent les trois traits distingués par ces trois disciplines : probabilité, subsomption (ou application), innovation. Ce serait alors le troisième théorème de la conception du juste déployée dans les études de ce volume, que le sens de la justice, qui garde son enracinement dans le souhait de la vie bonne et qui trouve sa formulation

7. Cf. « Rhétorique, poétique, herméneutique » in *Lectures II*, p. 479-493, Paris, 1992.

rationnelle la plus ascétique dans le formalisme procédural, n'accède à la plénitude concrète qu'au stade de l'application de la norme dans l'exercice du jugement en situation.

C'est autour de ce théorème que se laissent regrouper les quatre études qui constituent le troisième groupe de textes ici rassemblés. L'ordre suivi à l'intérieur de ce groupe répond à une double préoccupation : celle de marquer la spécificité épistémologique de l'acte de juger, et celle de suivre le déroulement de cet acte jusqu'à sa conclusion dans le temps.

Ainsi, dans l'essai intitulé « Interprétation et/ou argumentation », on rattache à la phase du *débat*, dans le cadre du procès judiciaire, la problématique que l'on vient de placer sous l'égide du jugement réfléchissant. C'est en effet au stade du débat que l'on voit le mieux s'affronter et s'enchevêtrer l'*argumentation*, où prédomine la logique du probable, et l'*interprétation*, où prévaut la puissance innovante de l'imagination dans la production même des arguments.

De là on passe, dans l'étude suivante, au moment où est prononcée la parole qui dit le droit : c'est le moment de l'*acte de juger* au sens ponctuel du terme. Le jugement n'a pas seulement une teneur logique en tant qu'acte de discours mais une teneur morale, dans la mesure où la finalité ultime de l'acte de juger, consistant dans sa contribution à la paix civique, excède la finalité courte de l'acte qui met fin à l'incertitude.

Aussi fort que soit l'enjeu de cette réflexion qui nous ramène à nos considérations initiales sur la confrontation entre paix et guerre qui se joue à la jointure du juridique et du politique, on n'a pas voulu néanmoins s'arrêter à ce rêve de paix qui constitue en quelque sorte l'utopie du droit. Dans l'étude intitulée « Sanction, réhabilitation, pardon », on s'est proposé de suivre le destin ultérieur de l'acte de juger, au-delà même du prononcé de la sentence, à savoir dans l'*exécution* de la peine. On a voulu ainsi attester que le souhait de vivre dans des institutions justes, et en particulier dans des institutions judiciaires équitables, ne serait satisfait que si l'application ne

se bornait pas à subsumer un cas sous une norme, mais achevait sa course dans l'application même de la peine. Il nous a paru que c'est finalement dans les mesures de réhabilitation, permettant au coupable d'être rétabli dans la plénitude de ses capacités juridiques et de l'exercice de sa citoyenneté, que l'acte de juger rend hommage à sa finalité ultime : renforcer la paix civique.

On a placé *in fine* l'essai intitulé « La loi et la conscience », pour la raison simple que les deux notions rapprochées sous ce titre désignent respectivement les deux grandes problématiques entre lesquelles se partage la théorie de la justice : problématique du *soi*, à la recherche de son identité morale, problématique des *prédicats* présidant à la qualification morale de l'action humaine.

On a donné pour titre à ce recueil d'articles le simple adjectif substantivé *Le Juste*. Le terme s'applique à des personnes, des actions, des institutions. D'elles toutes nous pouvons dire qu'elles sont injustes ou justes. Mais à un autre point de vue, celui du niveau où se forme l'*acte de juger*, le même prédicat se laisse distribuer entre plusieurs acceptions. Au plan téléologique du souhait de vivre bien, le juste est cet aspect du *bon* relatif à l'autre. Au plan déontologique de l'obligation, le juste s'identifie au *légal*. Reste à donner un nom au juste au plan de la sagesse pratique, celui où s'exerce le jugement en situation ; je propose la réponse : le juste, ce n'est plus alors ni le bon ni le légal, c'est l'*équitable*. L'équitable est la figure que revêt l'idée du juste dans les situations d'incertitude et de conflit ou, pour tout dire, sous le régime ordinaire ou extraordinaire du *tragique de l'action*.

Qui est le sujet du droit ?

JE VOUDRAIS MONTRER que la question de forme juridique : qui est le sujet du droit ? ne se distingue pas, en dernière analyse, de la question de forme morale : qui est le sujet digne d'estime et de respect ? (je distinguerai plus loin les deux termes). Et la question de forme morale renvoie à son tour à une question de nature anthropologique : quels sont les traits fondamentaux qui rendent le *soi* (*self*, *Selbst*, *ipse*) capable d'estime et de respect ?

Cette démarche régressive, conduisant du droit à la morale et de la morale à l'anthropologie, invite à se concentrer pour commencer sur la spécificité de la question *qui ?* par rapport aux questions *quoi ?* et *pourquoi ?* La question *quoi ?* appelle une description ; la question *pourquoi ?* une explication ; quant à la question *qui ?*, elle appelle une identification. C'est sur la nature de cette dernière opération, présumée dans toutes les discussions sur l'identité, soit des personnes, soit des communautés historiques, que je m'arrêterai dans la première partie de ma contribution. C'est en effet en examinant les formes les plus fondamentales de la question *qui ?* et des réponses à cette question, que l'on est conduit à donner son sens plein à la notion de sujet *capable*. Il reviendra alors à la seconde partie de parcourir dans l'ordre ascendant les médiations d'ordre interper-

sonnel et institutionnel qui assurent la transition du sujet capable à un sujet de plein droit s'exprimant au plan moral, juridique et politique.

Le sujet capable

La notion de *capacité* sera centrale dans ma communication. Elle constitue à mes yeux le référent ultime du respect moral et de la reconnaissance de l'homme comme sujet de droit. Si une telle fonction peut lui être assignée, c'est en raison de son lien intime avec la notion d'identité personnelle ou collective.

La manière la plus directe de faire apparaître ce lien est de traiter les différentes assertions concernant l'identité personnelle ou collective comme autant de réponses à une série de questions impliquant le pronom relatif *qui* ? Qui est celui qui parle ? Qui a accompli telle ou telle action ? De qui ce récit est-il l'histoire ? Qui est responsable de ce dommage ou de ce mal fait à autrui ?

La question *qui parle* ? est assurément la plus primitive, dans la mesure où toutes les autres impliquent l'usage du langage. Seul quelqu'un capable de se désigner lui-même comme l'auteur de ses énonciations peut donner une réponse à cette question. L'examen de ce point relève d'une pragmatique du discours, illustrée par la théorie bien connue des *speech-acts*. Encore faut-il donner à cette pragmatique un prolongement réflexif, afin de remonter de la multiplicité des actes d'énonciation à l'acte par lequel l'énonciateur se désigne comme le pôle identique ou, pour utiliser une autre métaphore husserlienne, le foyer de rayonnement d'un nombre indéfini d'actes de discours.

C'est de la même façon que se pose la seconde question en *qui* ? : *Qui est l'auteur de telle action* ? La question *quoi* ?, on l'a suggéré plus haut, est satisfaite par une description impliquant des verbes d'action et la question *pourquoi* ? par une

explication par des causes ou des motifs. La question de l'attribution de l'action à quelqu'un est d'un autre ordre et répond à la question *qui* ? Strawson et Hart parlent à cet égard d'*ascription*, je dirai d'*assignation*. L'identification d'un agent, donc l'assignation à quelqu'un d'une action ou d'un segment d'action, est une opération souvent difficile, par exemple lorsque l'on se propose d'apprécier le degré d'implication de telle ou telle personne dans une entreprise complexe réunissant plusieurs agents. Ce problème se pose constamment sur le plan de la connaissance historique, ou au cours de procédures juridiques visant à identifier singulièrement l'individu responsable qui sera éventuellement contraint de réparer un dommage ou de subir la peine pour un acte délictueux ou criminel. Comme dans le cas précédent du discours, la capacité d'un agent humain à se désigner lui-même comme l'auteur de ses actes a une signification considérable pour l'assignation ultérieure de droits et de devoirs. Nous touchons ici au cœur de l'idée de capacité, à savoir le pouvoir-faire, ce qu'en anglais on désigne du terme d'*agency*. Malheureusement, le vocabulaire philosophique est ici fort pauvre : ou bien nous nous contentons de métaphores (l'agent, selon une suggestion d'Aristote, est le « père » de ses actions, comme il l'est de ses enfants ; il en est encore le « maître ») ; ou bien nous revenons à l'usage le plus primitif de l'idée de cause efficiente ; celle-ci, chassée de la physique depuis Galilée et Newton, revient en quelque sorte à son lieu de naissance, qui est l'expérience du pouvoir exercé sur nos membres et, à travers ceux-ci, sur le cours des choses. Ce pouvoir d'intervention est présupposé par le concept éthico-juridique d'imputation, essentiel à l'assignation de droits et de devoirs.

Nous faisons un pas de plus dans l'exploration de la notion de sujet capable en introduisant, avec la dimension temporelle de l'action et du langage lui-même, la composante narrative de l'identité personnelle ou collective. L'examen de la notion d'identité narrative donne l'occasion de distinguer l'identité du soi de celle des choses ; cette dernière se ramène en dernière

instance à la stabilité, voire l'immutabilité d'une structure, illustrée par la formule génétique d'un organisme vivant ; l'identité narrative, par contraste, admet le changement ; cette mutabilité est celle des personnages des histoires que nous racontons ; ceux-ci sont mis en intrigue en même temps que l'histoire elle-même. Cette notion d'identité narrative est de la plus haute importance pour une enquête sur l'identité des peuples et des nations ; car elle porte le même caractère dramatique et narratif que l'on risque trop souvent de confondre avec l'identité d'une substance ou d'une structure. Au niveau de l'histoire des peuples, comme à celui des individus, la contingence des péripéties contribue à la signification globale de l'histoire racontée et à celle de ses protagonistes. Le reconnaître, c'est se déprendre d'un préjugé concernant l'identité revendiquée par les peuples sous l'emprise de l'arrogance, de la peur ou de la haine.

Un dernier stade est atteint dans la reconstitution de la notion de sujet capable avec l'introduction de prédicats éthiques ou moraux, se rattachant soit à l'idée de *bien*, soit à celle d'*obligation* (je réserverai volontiers la qualification d'éthique à la première sorte de prédicats, et celle de morale à la seconde sorte ; mais la discussion de ce point n'importe pas ici). Ces prédicats s'appliquent d'abord à des actions que nous jugeons et que nous estimons bonnes ou mauvaises, permises ou défendues ; ils s'appliquent, en outre, réflexivement aux agents eux-mêmes auxquels nous imputons ces actions. C'est ici que la notion de sujet capable atteint sa plus haute signification. Nous sommes nous-mêmes dignes d'estime ou de respect en tant que capables d'estimer bonnes ou mauvaises, de déclarer permises ou défendues les actions des autres ou de nous-mêmes. Un sujet d'imputation résulte de l'application réflexive des prédicats « bon » et « obligatoire » aux agents eux-mêmes.

J'ajouterai deux remarques à ces considérations. Je voudrais d'abord suggérer qu'il y a un lien d'implication mutuelle entre l'estime de soi et l'évaluation éthique de nos actions qui visent à la « vie bonne » (au sens d'Aristote), comme il y a un

lien entre le respect de soi et l'évaluation morale de ces mêmes actions soumises à l'épreuve de l'universalisation des maximes de l'action (au sens de Kant). Ensemble, estime de soi et respect de soi définissent la dimension éthique et morale du soi, dans la mesure où ils caractérisent l'homme comme sujet d'imputation éthico-juridique.

Je voudrais dire ensuite que l'estime et le respect de soi ne s'ajoutent pas simplement aux formes d'autodésignation considérées auparavant. Ils les incluent et en quelque sorte les récapitulent. En tant que quoi, peut-on en effet demander, pouvons-nous nous estimer ou nous respecter ? En tant d'abord que capables de nous désigner comme les locuteurs de nos énonciations, les agents de nos actions, les héros et les narrateurs des histoires que nous racontons sur nous-mêmes. A ces capacités s'ajoutent celles qui consistent à évaluer nos actions en termes de « bon » et d'« obligatoire ». Nous nous estimons nous-mêmes comme capables d'estimer nos propres actions, nous nous respectons en ce que nous sommes capables de juger impartialement nos propres actions. Estime de soi et respect de soi s'adressent ainsi réflexivement à un sujet capable.

Structure dialogique et institutionnelle du sujet du droit

Que manque-t-il au sujet capable dont nous venons de parcourir les niveaux de constitution pour être un véritable sujet de droit ? Il lui manque les conditions d'actualisation de ses aptitudes. Celles-ci ont en effet besoin de la médiation continue de formes interpersonnelles d'altérité et de formes institutionnelles d'association pour devenir des pouvoirs réels à quoi correspondraient des droits réels. Précisons. Il importe en effet, avant de tirer les conséquences de cette affirmation pour la philosophie politique et la philosophie du droit, de s'entendre sur ce qu'on vient d'appeler les formes interpersonnelles d'altérité

et les formes institutionnelles d'association. L'examen doit porter non seulement sur la nécessité d'une médiation, qu'on peut appeler médiation de l'autre en général, mais sur celle d'un dédoublement de l'altérité elle-même, en altérité interpersonnelle et altérité institutionnelle. Il est tentant en effet, pour une philosophie dialogale, de se borner aux relations avec autrui, qu'il est d'usage de placer sous l'emblème du dialogue entre « je » et « tu »... Seules ces relations méritent d'être qualifiées d'interpersonnelles. Mais il manque à ce face à face la relation au tiers qui paraît aussi primitive que la relation au toi. Ce point est de la plus grande importance, si l'on veut rendre compte du passage de la notion d'homme capable à celle de sujet réel de droit. Seule en effet la relation au tiers, située à l'arrière-plan de la relation au toi, donne une base à la médiation institutionnelle requise par la constitution d'un sujet réel de droit, autrement dit d'un citoyen. Or cette double nécessité – celle de la médiation par l'altérité en général, et celle de la distinction entre l'autre comme toi et l'autre comme tiers – peut être établie au plan de l'anthropologie fondamentale sur lequel nous nous sommes tenus pour élaborer la notion de sujet capable.

C'est, en effet, à chacun des quatre niveaux où nous nous sommes placés successivement qu'on peut montrer la nécessité d'une constitution triadique régissant le passage de la capacité à l'effectuation. Revenons au premier niveau de notre analyse anthropologique de l'homme capable, au niveau du sujet parlant. Nous avons mis l'accent principal sur la capacité du locuteur à se désigner lui-même comme l'énonciateur unique de ses énonciations multiples. Mais nous avons feint d'ignorer que c'est dans le contexte d'une interlocution qu'un sujet de discours peut s'identifier et se désigner lui-même. A l'intérieur de ce contexte, à un locuteur en première personne correspond un destinataire en deuxième personne. L'énonciation, en conséquence, est au moins un phénomène bipolaire, reliant un *je* et un *tu*, dont les places peuvent être échangées, sans que les personnes cessent d'être insubstituables. La maîtrise des pronoms personnels n'est

pas complète, tant que les règles de cet échange ne sont pas pleinement comprises. Cette pleine maîtrise contribue de la façon suivante à l'émergence d'un sujet de droit : *comme moi* l'autre peut se désigner lui-même en tant que *je* quand il parle. L'expression *comme moi* annonce déjà la reconnaissance de l'autre comme mon égal en termes de droits et de devoirs. Cela dit, nous voyons tout de suite que cette analyse où l'autre figure seulement comme un *tu* reste tronquée. Non seulement il manque le il/elle de la triade des pronoms (celui ou celle dont on parle), mais il manque la référence à l'institution même du langage, dans laquelle s'encadre la relation interpersonnelle du dialogue. En ce sens, le il/elle représente l'institution, dans la mesure où celle-ci englobe tous les locuteurs d'une même langue naturelle qui ne se connaissent pas et ne sont reliés entre eux que par la reconnaissance des règles communes qui distinguent une langue d'une autre. Or cette reconnaissance ne se réduit pas à la seule adoption par tous des mêmes règles, mais comporte la confiance que chacun met dans la *règle de sincérité* sans laquelle l'échange linguistique serait impossible. J'attends que chaque autre signifie ce qu'il dit, *means what he/she says*, cette confiance établit le discours public sur une base fiduciaire où l'autre apparaît comme tiers et non plus simplement comme toi. A vrai dire, cette base fiduciaire est plus qu'une relation interpersonnelle, elle est la condition institutionnelle de toute relation interpersonnelle.

La même relation triadique moi/toi/tiers se retrouve au plan que nous avons distingué par la question qui agit ? qui est l'auteur de l'action ? La capacité de se désigner soi-même comme l'auteur de ses propres actions s'inscrit en effet dans un contexte d'*interaction* où l'autre figure comme mon antagoniste ou mon adjuvant, dans des relations oscillant entre le conflit et l'interaction. Mais d'innombrables autres sont impliqués dans toute entreprise. Chaque agent est relié à ces autres par l'entremise de *systèmes sociaux* de divers ordres. On peut, avec Jean-Marc Ferry, désigner du terme d'« ordres de la reconnaissance » les

grandes organisations qui structurent l'interaction : systèmes techniques, systèmes monétaires et fiscaux, systèmes juridiques, systèmes bureaucratiques, systèmes pédagogiques, systèmes scientifiques, systèmes médiatiques, etc. C'est d'abord comme l'un de ces systèmes que le système démocratique vient s'inscrire dans la suite des « ordres de la reconnaissance » (on reviendra plus loin sur ce point qui peut donner lieu à paradoxe). Que la reconnaissance soit l'enjeu de cette organisation, cela doit être rappelé à l'encontre d'une abstraction systématique d'où serait bannie la considération des initiatives et des interventions par lesquelles les personnes se posent en vis-à-vis des systèmes. Inversement, que l'organisation des systèmes sociaux soit la médiation obligée de la reconnaissance, cela doit être affirmé à l'encontre d'un communautarisme personnaliste qui rêverait de reconstruire le lien politique sur le modèle du lien interpersonnel illustré par l'amitié et l'amour.

On pourrait douter que l'identité narrative présente la même structure ternaire que le discours et que l'action. Il n'en est rien. Les histoires de vie sont à ce point enchevêtrées les unes dans les autres que le récit que chacun fait ou reçoit de sa propre vie devient le segment de ces autres récits que sont les récits des autres. On peut alors considérer les nations, les peuples, les classes, les communautés de toutes sortes, comme des institutions qui se reconnaissent, chacune pour soi et les unes les autres, par leur identité narrative. C'est dans ce sens que l'histoire, au sens d'historiographie, peut elle-même être tenue pour une institution destinée à manifester et à préserver la dimension temporelle des ordres de la reconnaissance que l'on vient de considérer.

Nous rejoignons maintenant le niveau proprement éthique de l'estime de soi. Nous avons souligné sa contribution à la constitution d'un sujet capable, capable essentiellement d'imputation éthico-juridique. Or le caractère intersubjectif de la responsabilité prise en ce sens est évident. L'exemple de la promesse le fera comprendre. L'autre y est impliqué de multiples

façons : comme bénéficiaire, comme témoin, comme juge, et plus fondamentalement comme celui qui, en comptant sur moi, sur ma capacité à tenir parole, m'appelle à la responsabilité, me rend responsable. C'est dans cette structure de confiance que s'intercale le lien social institué par les contrats, les pactes de toutes sortes, qui donnent une structure juridique à l'échange des paroles données. Que les pactes doivent être observés, ce principe constitue une règle de reconnaissance qui dépasse le face à face de la promesse de personne à personne. Cette règle englobe quiconque vit sous les mêmes lois, et, s'agissant du droit international ou humanitaire, l'humanité entière. Le vis-à-vis n'est plus toi, mais le tiers que désigne de façon remarquable le pronom *chacun*, pronom impersonnel mais non anonyme.

Nous sommes arrivés au point où *le politique* apparaît comme le milieu par excellence d'accomplissement des potentialités humaines. Les moyens par lesquels il exerce cette fonction sont d'abord la mise en place de ce que Hannah Arendt appelait « espace public d'apparition ». L'expression prolonge un thème venu des Lumières, celui de « publicité » au sens de mise à jour, sans contrainte ni dissimulation, de tout le réseau d'allégeances au sein duquel chaque vie humaine déploie sa brève histoire. Cette notion d'*espace public* exprime d'abord la condition de pluralité résultant de l'extension des rapports interhumains à tous ceux que le face à face entre le *je* et le *tu* laisse en dehors à titre de tiers. A son tour cette condition de pluralité caractérise le vouloir vivre ensemble d'une communauté historique – peuple, nation, région, classe, etc. – lui-même irréductible aux relations interpersonnelles. C'est à ce vouloir vivre ensemble que l'institution politique confère une structure distincte de tous les systèmes caractérisés plus haut comme les « ordres de la reconnaissance ». Avec Hannah Arendt, encore, on appellera *pouvoir* la force commune qui résulte de ce vouloir vivre ensemble et qui n'existe qu'aussi longtemps que ce dernier est effectif, comme les expériences

terrifiantes de la défaite, où le lien est défait, en donnant en négatif la preuve. Comme le mot l'indique, le pouvoir politique est, à travers tous les niveaux de pouvoir considérés plus haut, en continuité avec le pouvoir par lequel nous avons caractérisé l'homme capable. En retour, il confère à cet édifice de pouvoirs une perspective de durée et de stabilité, et, plus fondamentalement, projette l'horizon de la paix publique comprise comme tranquillité de l'ordre.

Il est maintenant possible de poser la question de savoir quelles valeurs éthiques spécifiques relèvent de ce niveau proprement politique de l'institution. On peut dire, sans hésiter, la justice. « La justice, écrit Rawls, au début de *Théorie de la justice*, est la première vertu des institutions sociales comme la vérité est celle des systèmes de pensée. » Or, quel est le vis-à-vis de la justice ? Non pas toi identifiable par ton visage, mais *chacun* en tant que *tiers*. « Rendre à chacun le sien », telle est sa devise. L'application de la règle de justice aux interactions humaines suppose qu'on puisse tenir la société pour un vaste système de distribution c'est-à-dire de partage de rôles, de charges, de tâches, bien au-delà de la simple distribution au plan économique de valeurs marchandes. La justice, à cet égard, a même extension que les « ordres de la reconnaissance » dont nous avons parlé plus haut.

Je n'entrerai pas ici dans la discussion du principe ou des principes de la justice, qui m'éloignerait de mon propos¹.

Je m'attacherai plutôt à la question qui a mis en route cette investigation : qui est le sujet du droit ? Nous avons élaboré deux réponses. Nous avons dit d'abord que le sujet du droit est le même que le sujet digne de respect et que ce sujet trouve sa définition au plan anthropologique dans l'énumération des

capacités attestées dans les réponses que nous faisons à une série de questions en qui ? culminant dans la question : à qui l'action humaine peut-elle être imputée ? Puis nous avons donné une seconde réponse, selon laquelle ces capacités resteraient virtuelles, voire avortées ou refoulées, en l'absence de médiations interpersonnelles et institutionnelles, l'État figurant parmi ces dernières à une place devenue problématique.

La première réponse donne raison à une certaine tradition libérale, selon laquelle l'individu précède l'État ; les droits attachés aux capacités et aux potentialités que l'on a dites constituent en effet des droits *de l'homme*, au sens précis du terme, c'est-à-dire des droits attachés à l'homme en tant qu'homme, et non en tant que membre d'une communauté politique conçue comme source de droits positifs. En revanche, la version ultra-individualiste du libéralisme est fautive, dans la mesure où elle méconnaît l'étape anthropologique du pouvoir dire, du pouvoir faire, du pouvoir raconter, du pouvoir imputer, bref du *je peux* fondamental et multiple de l'homme agissant et souffrant, et prétend se porter directement aux accomplissements effectifs des individus, dont on peut admettre qu'ils sont contemporains du droit positif des États. En conclusion, on voit l'importance de la distinction entre capacité et accomplissement. Elle commande la distinction entre deux versions du libéralisme. Selon l'une, qui trouve dans la tradition du *Contrat social* son expression la plus remarquable, l'individu est déjà un sujet de droit complet, avant d'entrer dans la relation contractuelle ; il cède des droits réels qu'on appelle alors naturels, en échange soit de la sécurité, comme chez Hobbes, soit de la civilité ou de la citoyenneté, comme chez Rousseau et Kant. Du même coup, son association à d'autres individus dans un corps politique est aléatoire et révocable. Ce n'est pas le cas dans l'autre version du libéralisme politique à laquelle va ma préférence. Sans la médiation institutionnelle, l'individu n'est qu'une esquisse d'homme, son appartenance à un corps politique est nécessaire à son épanouissement humain et, en ce sens, elle n'est pas digne

1. Cf. ci-après « Une théorie purement procédurale de la justice est-elle possible ? » (p. 71 à 98), « Après *Théorie de la justice* de John Rawls » (p. 99 à 120), et « La pluralité des instances de justice » (p. 121 à 142).

d'être révoquée. Bien au contraire. Le citoyen issu de cette médiation institutionnelle ne peut que souhaiter que tous les humains jouissent comme lui de cette médiation politique qui, s'ajoutant aux conditions *nécessaires* relevant d'une anthropologie philosophique, devient une condition *suffisante* de la transition de l'homme capable au citoyen réel.

Le concept de responsabilité

Essai d'analyse sémantique

L'ÉTUDE* QUE JE PROPOSE est d'ambition limitée : je l'ai appelée « Essai d'analyse sémantique », ou mieux de « sémantique conceptuelle », au sens que R. Koselleck donne à ce terme dans le champ de l'histoire et de la connaissance historique. L'essai est motivé par la sorte de perplexité dans laquelle m'a laissé l'examen des emplois contextuels contemporains du terme responsabilité. D'un côté, le concept paraît encore bien fixé dans son usage juridique classique : en droit civil, la responsabilité se définit par l'obligation de réparer le dommage que l'on a causé par sa faute et dans certains cas déterminés par la loi ; en droit pénal, par l'obligation de supporter le châtimeut. On peut observer la place donnée à l'idée d'obligation : obligation de réparer ou de subir la peine. Est responsable quiconque est soumis à ces obligations. Tout cela paraît assez clair. Mais, d'un autre côté – ou plutôt de plusieurs côtés à la fois –, le flou envahit la scène conceptuelle. D'abord,

* Ce texte forme un ensemble avec deux articles déjà publiés dans *Esprit*, « Le juste entre le légal et le bon » (septembre 1991) et « L'acte de juger » (juillet 1992).

on est surpris qu'un terme, au sens si ferme au plan juridique, soit d'origine si récente et sans inscription marquée dans la tradition philosophique. Ensuite, on est embarrassé par la prolifération et la dispersion des emplois du terme dans son usage courant ; et cela bien au-delà des limites assignées par l'usage juridique. L'adjectif responsable entraîne à sa suite diversité de compléments : vous êtes responsable des conséquences de vos actes, mais aussi responsable des autres, dans la mesure où ils sont commis à votre charge ou à votre soin, et éventuellement bien au-delà de cette mesure. A la limite, vous êtes responsable de tout et de tous. Dans ces emplois diffus, la référence à l'obligation n'a pas disparu ; elle est devenue celle de remplir certains devoirs, d'assumer certaines charges, de tenir certains engagements. Bref, c'est une obligation de faire qui excède le cadre de la réparation et de la punition. Ce débordement est si insistant que c'est sous cette signification que le terme s'impose aujourd'hui en philosophie morale, au point d'occuper tout le terrain et de devenir « principe » avec Hans Jonas et, dans une large mesure, avec Emmanuel Lévinas. L'éclatement se poursuit en tous sens, à la faveur d'assimilations hasardeuses qu'encourage la polysémie du verbe répondre : non seulement répondre de..., mais répondre à... (une question, un appel, une injonction, etc.). Mais ce n'est pas tout. Au plan proprement juridique, outre les extensions évoquées dans la définition rappelée ci-dessus, visant en particulier la responsabilité du fait d'autrui ou du fait de la chose gardée – extension du champ d'application plus que du niveau de signification –, l'idée juridique de responsabilité subit la rivalité de concepts adverses, plus jeunes encore que le concept soumis à l'examen ; Mireille Delmas-Marty en fait un rapide bilan au début de son ouvrage *Pour un droit commun*, qu'il s'agisse de dangerosité, de risque, de solidarité¹. Tel est l'état des lieux : d'un côté,

fermeté de la définition juridique depuis le début du XIX^e siècle ; de l'autre, absence d'ancêtres philosophiques attestés du même nom, éclatement et déplacement du centre de gravité au plan de la philosophie morale, vive concurrence de nouveaux candidats à la fonction structurante exercée jusqu'ici par le concept de responsabilité pris dans sa stricte définition d'obligation de réparer et d'obligation de subir la peine.

Face à cette situation, je propose la stratégie suivante. Dans une première partie, on cherchera, *en amont* du concept juridique classique de responsabilité, l'ancêtre, le concept fondateur, lequel, comme nous allons le voir, a sa place marquée dans la philosophie morale sous un autre nom que celui de responsabilité. Puis, dans une seconde partie, on rendra compte, *en aval* du concept juridique classique, des filiations, dérivations, voire dérives, qui ont conduit aux déplacements de sens évoqués plus haut dans l'usage courant du terme responsabilité, ainsi que les assauts subis au plan proprement juridique de la part de rivaux plus jeunes. La question sera de savoir jusqu'à quel point l'histoire contemporaine, apparemment anarchique, du concept de responsabilité, aura été rendue intelligible par le travail de filiation sémantique mené *en amont* dans la première partie.

Entre imputation et rétribution

L'idée directrice de cette élucidation *en amont* est la suivante : c'est hors du champ sémantique du verbe *répondre*, qu'il s'agisse de répondre de... ou de répondre à..., qu'il faut chercher le concept fondateur, à savoir dans le champ sémantique du verbe *imputer*. Dans l'imputation réside un rapport primitif à l'obligation, dont l'obligation de réparer ou de subir la peine ne constitue qu'un corollaire ou complément, que l'on peut placer sous le terme générique de rétribution (ou, dans le vocabu-

1. Mireille Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Paris, Le Seuil, 1994.

laire de la théorie des actes de discours, dans la catégorie des « verdictives »).

Le terme imputation est bien connu à une époque où celui de responsabilité n'a pas d'emploi reconnu en dehors de la théorie politique où il est question de la responsabilité du souverain devant le Parlement britannique. Il est vrai que la référence à cet emploi extrajuridique n'est pas inintéressante, dans la mesure où apparaît l'idée de rendre des comptes, idée dont on va voir la place dans la structure conceptuelle de l'imputation. Cet emploi adjacent du terme responsabilité a pu jouer un rôle dans l'évolution qui a conduit le concept de responsabilité, pris au sens juridique, à s'identifier au sens moral de l'imputation. Mais nous n'en sommes pas là. Il faut d'abord cerner le concept d'imputation dans sa structure propre avant d'interpréter les allers et retours entre imputation et rétribution.

Imputer, disent nos meilleurs dictionnaires, c'est *mettre sur le compte de quelqu'un une action blâmable, une faute, donc une action confrontée au préalable à une obligation ou à une interdiction que cette action enfreint*. La définition proposée laisse bien entendre comment, à partir de l'obligation ou de l'interdiction de faire, et par le truchement d'abord de l'infraction puis de la réprobation, le jugement d'imputation conduit à celui de rétribution en tant qu'obligation de réparer ou de subir la peine. Mais ce mouvement qui oriente le jugement d'imputation vers celui de rétribution ne doit pas faire oublier le mouvement inverse qui fait remonter de la rétribution à l'attribution de l'action à son auteur. Là réside le noyau dur de l'imputation. Le Robert cite à cet égard un texte important de 1771 (*Dictionnaire de Trévoux*) :

Imputer une action à quelqu'un, c'est la lui attribuer comme à son véritable auteur, la mettre pour ainsi parler sur son compte et l'en rendre responsable.

La définition est remarquable dans la mesure où elle fait paraître en clair la dérivation qui conduit d'attribuer à rétribuer. Insistons-y : attribuer l'action à quelqu'un comme à son vérita-

ble auteur. Il ne faudra jamais perdre de vue cette référence à l'agent ; mais ce n'est pas la seule chose remarquable : la métaphore du compte – « mettre [l'action] pour ainsi parler sur son compte » – est extraordinairement intéressante². Elle n'est pas du tout extérieure au jugement d'imputation, dans la mesure où le verbe latin *putare* implique calcul, *comput*, suggérant l'idée d'une étrange comptabilité morale des mérites et des défaillances, comme dans un livre de comptes à deux entrées : recettes et dépenses, crédit et débit, en vue d'une sorte de bilan positif ou négatif (le dernier rejeton de la métaphore serait le carnet à points, bien physique et bien lisible, de l'automobiliste français !). A son tour, cette comptabilité bien particulière suggère l'idée d'une sorte de dossier moral, de *record* comme on dirait en anglais, de recueil pour une inscription de dettes et éventuellement de mérites (ici ce serait notre casier judiciaire qui serrerait de plus près l'idée de cet étrange dossier !). On remonterait ainsi aux figures semi-mythiques du grand livre des dettes : livre de vie et de mort. Cette métaphore d'un dossier-bilan paraît bien sous-jacente à l'idée en apparence banale de rendre des comptes et à celle, en apparence plus banale encore, de rendre compte, au sens de rapporter, de raconter, au terme d'une sorte de lecture de cet étrange dossier-bilan³.

2. Il est remarquable que d'autres langues, marquées comme le français par l'usage latin des termes *putare* et *imputatio*, restent tributaires de la métaphore du « compte », comme on voit avec l'allemand *Zurechnung* et l'anglais *accountability* : *Oxford English Dictionary* donne cette définition de *accountable* : *liable (ligabilis, that can be bound) to be called to account, or to answer to responsibilities and conduct ; answerable, responsible*. La filiation d'*accountable* à *responsible* est préservée dans la définition de ce dernier terme : *Responsible: morally accountable for one's own actions: capable of rational conduct*.

3. Jusqu'au milieu du XIX^e siècle, le verbe imputer a pu être pris « en bonne part », au sens d'attribuer (à quelqu'un) quelque chose de louable, de favorable. L'attribution peut même être faite sans idée de blâme ni d'éloge : imputer un ouvrage à un auteur présumé. D'où l'expression : imputer à crime, ou à gloire. L'action d'imputer n'est donc pas nécessairement liée au blâme, à l'accusation, donc à la faute. L'usage théologique du terme, selon lequel les mérites du Christ sont attribués à l'homme, mis au compte de l'homme, le confirme.

C'est sur l'arrière-plan de cette tournure du langage ordinaire, encore riche de la métaphore du *compte*, qu'il faut replacer les tentatives de fixation conceptuelle de l'imputation.

La contribution de la théologie des Réformateurs est à cet égard éclairante : l'idée maîtresse n'est pas l'imputation d'une faute, voire d'un mérite, à l'auteur de l'action, mais l'imputation gracieuse des mérites du Christ, mérites acquis sur la Croix, au pécheur qui confie sa foi en ce sacrifice. Le terme d'imputation – rattaché au grec du Nouveau Testament *logizesthai*, à travers le latin *imputare* – est ainsi absorbé dans l'espace de gravitation de la doctrine de la *justification* par la foi. Le fondement radical de cette dernière consiste dans la *justitia aliena* du Christ indépendamment des mérites propres du pécheur. A vrai dire, il faudrait remonter, au-delà de Luther, au nominalisme d'Ockham et à la doctrine de *l'acceptio divina* de J. Duns Scot et, plus loin encore, rejoindre l'interprétation par saint Paul de la foi d'Abraham (*Gen.* 15, 6) : « Abraham crut en Dieu et ce lui fut compté comme justice » (*Épître aux Romains*, 3, 28 ; 4, 3, 9, 22 ; *Épître aux Galates*, 3, 6). Tout au long de cette longue préhistoire du concept d'imputation, l'accent principal tombe sur la manière dont Dieu « accepte » le pécheur au nom de sa « justice souveraine ». C'est de cette façon que le concept d'imputation s'est trouvé projeté sur la scène conceptuelle à l'occasion des conflits théologiques du XVI^e siècle, la Contre-Réforme catholique rejetant la doctrine luthérienne de la justification *sola imputatione justitiae Christi*. Dans un ordre d'idées voisin, il ne faudrait sans doute pas négliger la place qu'a tenue, dans les tentatives de théodicée, la question de l'imputation du mal. Cela dit, c'est une question discutée de savoir ce que la notion juridique d'imputabilité doit à ce contexte théologique. L'accent mis sur la « capacité » (*Fähigkeit*) dans la notion d'imputativitas traduite en allemand par *Imputabilität*, puis par *Zurechnungsfähigkeit*, voire *Schuldfähigkeit*, suggère un recours au concept aristotélien de disposition naturelle, dans une direction de pensée apparemment opposée à la doctrine fo-

risque (au sens de venant du dehors) de la « justification » chez Luther. Il ne paraît pas illégitime de tenir la doctrine du *droit naturel des gens* pour une source non seulement indépendante mais antagoniste de la source théologique. Avec Pufendorf, l'accent principal tombe sur la « capacité » de l'agent, et non plus sur la « justice » souveraine de Dieu⁴.

Cette notion de l'imputabilité – au sens de « capacité à l'imputation » (morale et juridique) – constitue une clé indispensable pour comprendre le souci ultérieur de Kant de préserver la double articulation *cosmologique et éthique* (dont le langage ordinaire, comme on l'a vu, porte encore la marque) du terme d'imputation, en tant que jugement d'attribution à quelqu'un, comme à son auteur véritable, d'une action blâmable. La force de l'idée d'imputation chez Kant lui-même consiste dans la conjonction de deux idées plus primitives, l'attribution d'une action à un agent et la qualification morale et généralement négative de cette action. La *Métaphysique des mœurs* définit la *Zurechnung (imputatio)* au sens moral comme le « jugement par lequel quelqu'un est tenu pour le *Urheber (causa libera)* d'une action (*Handlung*) qui dès lors s'appelle *Tat (factum)* et tombe sous les lois » (Ak, A, 6, 227). Cette définition se retrouve invariable dans la *Doctrine du droit* :

Un fait [*Tat*] est une action pour autant qu'elle est considérée sous les lois de l'obligation, par conséquent pour autant que le sujet en celle-ci est considéré au point de vue de la liberté de son arbitre. L'agent est par un tel acte considéré comme l'auteur [*Urheber*] de l'effet [*Wirkung*] et celui-là, ainsi que l'action même, peut lui être imputé au cas où on aura eu préalablement connaissance de la loi en vertu de laquelle une obligation pèse sur cha-

4. Sur tout ceci, cf. Ritter, art. *Imputation (Zurechnung)*, p. 274-277. Sur Pufendorf (*De jure naturae et gentium*, Lund, 1672), cf. Simone Goyard-Fabre, *Pufendorf et le droit naturel*, Paris, PUF, 1994 ; on lira en particulier les pages relatives à la théorie des « êtres moraux » (*entia moralia*), à leur *capacité* d'institution ou d'imposition (*impositio*) et au rapport à *l'imputation* qui résulte de cette capacité, p. 51-56.

cune de ces choses... Une personne est ce sujet dont les actions sont susceptibles d'imputation. La chose est ce qui n'est susceptible d'aucune imputation⁵.

Mais si l'on veut accéder au niveau radical de cette constitution cosmologique-éthique des idées d'imputation et d'imputabilité chez Kant, il ne faut commencer ni par la *Métaphysique des mœurs*, ni par la *Critique de la raison pratique*, encore moins par la *Doctrine du droit*, mais par la *Critique de la raison pure* et aller droit à la troisième « Antinomie cosmologique » de la *Dialectique transcendantale*, où la notion d'imputation est placée dans une situation *aporétique* d'où elle ne sera jamais véritablement délogée.

On connaît les termes de l'antinomie. Thèse :

La causalité suivant les lois de la nature n'est pas la seule d'où puissent être dérivés les phénomènes du monde dans leur ensemble. Il est encore nécessaire d'admettre, pour les expliquer, une causalité par une liberté.

Antithèse :

Il n'y a pas de liberté mais tout dans le monde arrive selon les lois de la nature (A 445, B 473).

Il faut donc commencer par là, par ces deux façons pour un événement d'*arriver*, arriver par la poussée des choses, arriver par le jaillissement de la spontanéité libre. C'est bien entendu du côté de la thèse qu'il faut placer l'idée d'imputation. Voici comment elle entre en scène : d'abord dans la *Preuve*, ensuite dans la *Remarque* sur la troisième antinomie. A vrai dire, le mot n'apparaît pas en clair dans la « preuve », mais seulement ce qui en constitue la racine, à savoir la notion de « spontanéité absolue des causes », laquelle, est-il dit, « consiste à commencer de soi (*von Selbst*) une série de phénomènes qui se déroulent selon des lois naturelles, par conséquent une liberté transcen-

dantale » (*ibid.*). Telle est la racine : la capacité originaire d'initiative. D'elle découle l'idée d'imputabilité (*Imputabilität*) introduite dans la *Remarque* :

L'idée transcendantale de la liberté est à la vérité loin de former le contenu entier du concept psychologique de ce nom, concept qui est en grande partie empirique ; elle constitue seulement le concept de la spontanéité absolue de l'action, comme fondement de l'imputabilité de cette action ; mais elle n'en est pas moins la véritable pierre d'achoppement de la philosophie, qui trouve des difficultés insurmontables à admettre cette sorte de causalité inconditionnée (A 448, B 476).

Ainsi l'imputabilité, prise dans son sens moral, est-elle une idée moins radicale que celle de « spontanéité absolue de l'action ». Mais le prix à payer pour un tel radicalisme, c'est la confrontation à une situation inéluctablement antinomique, où deux sortes de causalité, la causalité libre et la causalité naturelle, s'opposent sans compromis possible ; à quoi s'ajoute la difficulté de penser un commencement relatif en plein milieu du cours des choses, lequel oblige à dissocier l'idée de « commencement dans la causalité » (qui est la causalité libre) de celle de « commencement dans le temps » (le commencement présumé du monde et de la réalité dans son ensemble⁶).

6. La suite du texte de la *Dialectique* fait apparaître deux idées importantes. Selon la première, la raison est engagée dans cette controverse insurmontable par des *intérêts* opposés. Kant distingue à cet égard plusieurs modalités d'intérêt. D'abord un intérêt *pratique* : c'est lui qui est dominant dans le passage de l'idée de liberté transcendantale à celle d'imputabilité (Kant parle à cet égard de « pierres fondamentales de la morale et de la religion », A 467) ; mais l'intérêt *spéculatif* n'est pas moindre, consistant à penser l'inconditionné, irréductible au mouvement que suit l'entendement montant et descendant de condition en condition ; s'y ajoute enfin ce que Kant appelle intérêt *populaire* : « le sens commun, dit-il, ne trouve pas la moindre difficulté dans les idées de commencement inconditionné de toute synthèse » (A467). En revanche, « l'empirisme exclut toute espèce de popularité », tant il lui est difficile de « rester tout à fait muet et avouer son ignorance » (A472). La seconde idée à retenir pour la suite de la discussion est le style de solution de la troisième antinomie. Alors que les deux premières antinomies, dites « mathématiques » (concernant la grandeur absolue du monde, dans l'espace et dans le temps) n'autorisent qu'une solution sceptique, consistant à renvoyer dos à dos la thèse et l'antithèse, l'antinomie « dynamique » de la causalité libre et de la causalité naturelle autorise une conciliation,

5. Kant, *Doctrine du droit*, « Introduction générale », trad. A. Philonenko, Paris, Éd. Vrin, 1971, p. 97-98.

Voilà jusqu'où peut aller, dans le cadre de la première *Critique*, l'analyse conceptuelle de l'idée d'imputabilité au plan de sa double articulation cosmologique et éthique. D'un côté, le concept de liberté transcendantale reste vide, en attente de sa liaison avec l'idée morale de loi. D'autre part, il est mis en réserve en tant que racine cosmologique de l'idée éthico-juridique d'imputabilité.

C'est ici que la seconde *Critique* introduit la liaison décisive, celle entre liberté et loi, liaison en vertu de laquelle la liberté constitue la *ratio essendi* de la loi et la loi, la *ratio cognoscendi* de la liberté. Maintenant seulement, liberté et imputabilité coïncident.

Dans ce que Hegel appellera plus tard « vision morale du monde », le couplage entre les deux obligations, celle d'agir conformément à la loi et celle de réparer le dommage ou de payer la peine, tend à se suffire à lui-même au point d'éclipser la problématique de la liberté cosmologique, d'où dépend pourtant l'idée d'attribution d'une action à quelqu'un comme en étant le véritable auteur. Ce processus d'élimination, s'autorisant de la seule *Critique de la raison pratique*, aboutit, chez Kelsen par exemple dans sa *Théorie pure du droit*, à une entière moralisation et juridisation de l'imputation⁷. Au terme de ce processus

consistant à conserver la thèse et l'antithèse sur deux plans distincts, celui de la régression finie de la chaîne des conditions à l'inconditionné, et celui de la régression sans fin de conditions en conditions.

7. « Imputation désigne une relation normative : c'est cette relation et rien d'autre qu'exprime le terme *sollen* lorsqu'il est utilisé dans une loi morale ou dans une loi juridique » (traduction Ch. Eisenmann, p. 124). Que reste-t-il alors de l'enracinement cosmologique de l'imputation tel que l'avait préservé la troisième antinomie kantienne ? Rien, à la limite : « Ce n'est nullement la liberté, entendue comme la non-détermination causale de la volonté, qui rend l'imputation possible, mais tout à l'inverse, l'imputation suppose la déterminabilité causale de la volonté. On n'impute pas à l'homme parce qu'il est libre, mais l'homme est libre parce qu'on lui impute » (*ibid.*, p. 134). La deuxième *Critique* kantienne, serait-on tenté de dire, a évacué la première et sa partie la plus dramatique, la théorie des antinomies. En témoigne cette dernière définition de l'imputation, d'où toute trace d'aporie paraît avoir été éliminée : imputation, « connexion

on peut dire que l'idée de rétribution (de la faute) a déplacé celle d'attribution (de l'action à son agent). L'idée purement juridique de responsabilité, entendue comme obligation de réparer le dommage ou de subir la peine, peut être considérée comme le résultat conceptuel de ce déplacement. Restent les deux obligations : celle de faire, que l'infraction viole, et celle de réparer ou de subir la peine. La responsabilité juridique procède ainsi du croisement de ces deux obligations, la première justifiant la seconde, la seconde sanctionnant la première.

L'idée contemporaine de responsabilité : un concept éclaté

Je me propose, dans la seconde partie de mon étude, d'essayer de rendre compte du redéploiement contemporain de l'idée de responsabilité hors des bornes de l'héritage kantien.

Imputation et « ascription »

Ce redéploiement, assez anarchique, il faut l'avouer, a été rendu possible par les réinterprétations elles-mêmes fort diverses de l'idée de spontanéité libre, préservée par Kant à l'arrière-plan de l'idée morale d'imputation, au titre d'idée cosmologique, et cela au prix de l'antinomie que l'on a dite. Ces tentatives ont en commun de lever le joug de l'obligation qui, avec Kelsen et toute l'école néokantienne, aboutit à moraliser de part en part la chaîne constituée par l'acte, ses effets, et les diverses modalités de rétribution portant sur ceux des effets déclarés contraires à la loi. On peut parler en sens inverse

établie entre une conduite humaine et la condition sous laquelle elle est prescrite ou défendue par une norme » (*ibid.*, p. 127). Ces citations sont empruntées à Simone Goyard-Fabre, *Kant et le problème du droit*, Paris, Éd. Vrin, 1975, p. 47-52.

de procès de démoraison de la racine de l'imputation, pour caractériser les tentatives de restaurer le concept de « capacité » d'agir, donc d'« imputabilité », dont on a vu la place chez les juris-naturalistes. Si l'entreprise réussissait, le concept de responsabilité, qui avait fini par déplacer celui d'imputation au point d'en devenir le synonyme et finalement de se substituer à lui dans le vocabulaire contemporain, pourrait être de nouveau disponible pour de nouvelles aventures, qui n'excluent pas de nouvelles tentatives de remoralisation de la responsabilité, mais sur d'autres voies que celle de l'obligation, au sens de contrainte morale ou de contrainte sociale intériorisée. Un certain ordre sortira peut-être du rapprochement entre ce que j'appelle tentative de démoraison de la racine de l'imputation et tentative de remoralisation de l'exercice de la responsabilité.

On excusera le caractère schématique de cette entreprise, sans doute démesurée, qui ne vise qu'à offrir au lecteur une table d'orientation dessinée à très gros traits.

La reconquête de l'idée de spontanéité libre a été tentée sur plusieurs voies que j'ai essayé, pour ma part, de faire converger dans une théorie de l'*homme agissant et souffrant*. On a ainsi, d'un côté, des contributions de la philosophie analytique, de l'autre, celles de la phénoménologie et de l'herméneutique.

Les premières se répartissent entre la philosophie du langage et la théorie de l'action. Je retiendrai des analyses ressortissant à la philosophie du langage la théorie de l'« ascription » de P. Strawson dans *Individuals*⁸, théorie qui a influencé des juristes aussi importants que L.A. Hart, dont je rappelle le fameux article "The Ascription of Responsibility and Rights"⁹. Strawson a forgé le terme d'ascription pour désigner l'opération prédicative d'un genre unique consistant à attribuer une action

à quelqu'un. Son analyse a pour cadre une théorie générale de l'identification des « particuliers de base », c'est-à-dire des sujets d'attribution irréductibles à tout autre, donc présupposés dans toute tentative de dérivation à partir d'individus d'une sorte prétendue plus fondamentale. Selon Strawson, il n'en existe que de deux sortes : les « corps » spatiaux-temporels et les « personnes ». Quels prédicats nous attribuons-nous fondamentalement en tant que personnes ? Répondre à cette question, c'est définir l'« ascription ». Trois réponses sont données : 1.- nous nous attribuons deux sortes de prédicats, des prédicats physiques et des prédicats psychiques (X pèse soixante kilos, X se souvient d'un voyage récent) ; 2.- c'est à la même entité, la personne, et non à deux entités distinctes, disons l'âme et le corps, que nous prédisons les deux sortes de propriétés ; 3.- les prédicats psychiques sont tels qu'ils gardent la même signification, qu'ils soient attribués à soi-même ou à un autre que soi (je comprends la jalousie, qu'elle soit dite de Pierre, de Paul ou de moi). Ces trois règles de l'« ascription » définissent conjointement la personne comme « particulier de base », à la fois enchevêtré dans les corps et distinct d'eux. Nul besoin, pour l'essentiel, d'attacher cette manière *sui generis* d'attribuer à une métaphysique des substances. Suffit l'attention portée aux règles linguistiques incontournables de l'identification par « ascription ».

La théorie de l'ascription nous intéresse à ce stade de notre propre investigation, dans la mesure où parmi tous les prédicats, c'est celui désigné par le terme d'action qui est en fait placé au centre de la théorie de l'« ascription ». Le rapport entre l'action et l'agent se trouve ainsi couvert par une telle théorie de l'« ascription », donc de l'attribution de prédicats spécifiques à des particuliers de base spécifiques, sans considération du rapport à l'obligation morale, et du seul point de vue de la référence identifiante à des particuliers de base. C'est pour cette raison que je classe la théorie de l'« ascription » parmi les tentatives pour démoraison la notion d'imputation.

8. P. Strawson, *Individuals*, Londres, Methuen and Co, 1959 ; trad. franç. A. Shalom et P. Drong, Paris, Le Seuil, 1973.

9. L.A. Hart, "The Ascription of Responsibility and Rights", in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1948, p. 171-194.

Je ne dis pas que la théorie de l'« ascription » suffise à la reconstruction d'un concept de responsabilité moins dépendant de l'idée d'obligation, qu'il s'agisse de l'obligation de faire, ou de celle de réparer ou de subir la peine. Mais elle a le mérite d'ouvrir à une investigation moralement neutre de l'agir. Que la théorie de l'« ascription » ne constitue à cet égard qu'un premier pas, la preuve en est donnée par la nécessité de compléter, sur le terrain proprement linguistique, une sémantique du discours, centré sur la question de la référence identifiante, laquelle ne connaît la personne que comme une des choses dont on parle, par une pragmatique du langage, où l'accent est mis non plus sur les énoncés (leur sens et leur référence) mais sur les énonciations, comme c'est le cas dans la théorie des actes de discours (*Speech acts*): promettre, avertir, commander, observer, etc. Il devient alors légitime de tenter, dans un second temps, de désimpliquer l'énonciateur de l'énonciation, prolongeant ainsi le procès de découplage de l'énonciation-acte d'avec l'énoncé-proposition. On peut ainsi cerner l'acte d'auto-désignation du sujet parlant et du sujet agissant, et faire concourir la théorie de l'ascription, qui encore une fois parle de la personne du dehors, avec une théorie de l'énonciateur où la personne se désigne elle-même comme celui ou celle qui parle et agit, voire agit en parlant, comme c'est le cas dans l'exemple de la promesse, érigée en modèle de tous les actes de discours.

Telle serait, en philosophie analytique, la première moitié du tableau de marche pour une reconstruction de l'idée de spontanéité libre. La seconde moitié serait occupée par la contribution de la théorie de l'action. Les *Investigations philosophiques* du second Wittgenstein et les analyses minutieuses de D. Davidson dans *Essays on Actions and Events*¹⁰ sont ici les guides les plus instructifs. Il en ressort que la théorie de l'action présente

elle aussi une phase sémantique, avec l'examen des phrases d'action (*Brutus tua César*), et une phase pragmatique, avec l'examen des idées de raisons d'agir et de puissance d'agir. L'examen de cette dernière notion (*agency* en anglais) reconduit l'analyse de l'action dans les parages de la théorie aristotélicienne de la *praxis*.

C'est à ce niveau – lorsqu'il s'agit de remonter de l'action, en tant qu'événement public, à ses intentions et ses motifs, en tant qu'événements privés, et de là à l'agent, comme à celui qui *peut* – que se découvrent des conjonctions et des recouplements inattendus entre philosophie analytique et philosophie phénoménologique et herméneutique.

Il revient en effet à cette dernière de prendre en charge la question restée en suspens par la notion d'auto-désignation du sujet de discours et du sujet d'action. Le passage de l'énonciation à l'énonciateur et celui de l'action à l'agent mettent en jeu une problématique qui dépasse les ressources d'une philosophie linguistique. Il s'agit du sens attaché aux réponses à la question *qui ?* (qui parle ? qui agit ? qui raconte sa vie ? qui se désigne comme l'auteur moralement responsable de ses actes ?). Le rapport de l'action à son agent n'est ainsi qu'un cas particulier, à vrai dire hautement significatif, du rapport du soi à l'ensemble de ses actes, que ceux-ci soient des pensées, des paroles ou des actions. Or ce rapport oppose à la réflexion une opacité extrême que signalent avec insistance les métaphores dans lesquelles s'enveloppe l'attestation de notre pouvoir faire. Aristote, qui le premier a entrepris une description détaillée du « choix préférentiel » et de la « délibération », ne dispose d'aucun concept propre à l'action humaine qui distingue le pouvoir faire humain du principe intérieur au mouvement physique. Les actions qui « dépendent de nous¹¹ » sont à l'agent ce que les enfants sont à leurs « géniteurs » ou les instruments,

10. D. Davidson, *Essays on Actions and Events*, Oxford, Clarendon Press, 1980.

11. *Ta epli'hemin*, *Eth. Nic.*, III, 5, 1112 a 30-34.

les organes et les esclaves à leurs « maîtres ». Depuis Locke, les Modernes ajoutent seulement une métaphore nouvelle, comme on voit chez Strawson dans sa théorie de l'ascription, lorsque ce dernier déclare que les prédicats physiques et psychiques de la personne lui « appartiennent en propre », que celle-ci les « possède », qu'elles sont « siennes ». Cette « mien-neté » du pouvoir d'agir semble bien désigner un fait primitif, le fameux « je peux » assumé avec tant d'insistance par Merleau-Ponty.

La seule voie ouverte à un dépassement conceptuel des métaphores de la génération, de la maîtrise, de la possession, reste la voie longue du traitement des apories apparentées à l'antinomie kantienne de la causalité évoquée ci-dessus. En effet, un retour pur et simple à Aristote est impossible. Sa philosophie ne saurait faire place aux antinomies de la causalité que la science galiléenne et newtonienne a rendues inéluctables. Sa philosophie de l'action reste édifiée sur la base d'une philosophie de la nature qui reste largement animiste. Pour nous, la continuité est rompue entre causalité naturelle et causalité libre. Il faut en passer par le choc des causalités et tenter une phénoménologie de leur enchevêtrement. Ce qui se donne alors à penser, ce sont des phénomènes comme *l'initiative*, *l'intervention*, où se laisse surprendre l'immixtion de l'agent de l'action dans le cours du monde, immixtion qui cause effectivement des changements dans le monde. Que nous ne puissions nous représenter cette prise de l'agent humain sur les choses au milieu du cours du monde que comme une conjonction entre plusieurs sortes de causalité, cela doit être reconnu franchement comme une contrainte conceptuelle liée à la structure de l'action en tant qu'initiative, c'est-à-dire commencement d'une série d'effets dans le monde. Nous avons certes le sentiment vif, la certitude confiante de « pouvoir faire », toutes les fois que nous faisons coïncider une action en notre pouvoir avec les occasions d'intervention qu'offre n'importe quel système physique fini et relativement fermé. Mais cette compréhension immédiate, cette

attestation du « pouvoir faire », ne peut être appréhendée conceptuellement que comme concours de plusieurs causalités. Le passage par l'antinomie de style kantien, puis le dépassement de celle-ci dans divers modèles *ad hoc* d'initiative ou d'intervention¹², n'ont pas d'autre fonction que de porter au niveau réflexif l'assurance qui s'attache au phénomène du « je peux », l'attestation indéracinable que porte sur lui-même l'homme capable.

Reformulation

du concept juridique de responsabilité

J'aimerais placer sous le signe du redéploiement du concept de responsabilité, d'une part des transformations qui s'inscrivent dans le champ juridique, d'autre part des évolutions qui concernent la moralité bien au-delà des limites du droit.

Concernant le renouvellement de l'idée de responsabilité au plan *juridique*, je voudrais insister sur un aspect du problème qui a son lieu d'origine dans le droit civil, où, comme on l'a rappelé, la responsabilité consiste dans l'obligation de réparer les dommages. Une certaine dépénalisation de la responsabilité est assurément déjà impliquée par l'obligation simple de réparer. On pourrait alors penser qu'outre l'idée de punition devrait aussi disparaître l'idée de *faute*. Ne tenons-nous pas la faute pour éminemment punissable ? Or, ce n'est pas le cas. Le Code civil continue à parler de faute pour préserver, semble-t-il, trois idées, à savoir qu'une infraction a été commise, que l'auteur connaissait la norme, enfin qu'il était le maître de ses actes au point d'avoir pu agir autrement. C'est ainsi qu'en droit civil classique, l'idée de faute se trouve dissociée de celle de punition et reste néanmoins attachée à celle d'obligation de réparer. Mais ce statut apparaît aujourd'hui conceptuellement bien fragile.

12. Parmi divers modèles de composition entre causalités hétérogènes, je privilégie celui de H. von Wright, dans *Explanation and Understanding*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1971.

Toute l'histoire contemporaine de ce qu'on appelle le *droit de la responsabilité*, au sens technique du terme, tend à faire place à l'idée de *responsabilité sans faute*, sous la pression de concepts tels que ceux de solidarité, de sécurité et de risque, qui tendent à occuper la place de l'idée de faute. Tout se passe comme si la dépenalisation de la responsabilité civile devait aussi impliquer son entière déculpabilisation.

Mais cette opération peut-elle être menée jusqu'à son terme ? La question posée est en effet de savoir si la substitution de l'idée de risque à celle de faute n'aboutit pas, paradoxalement, à une totale déresponsabilisation de l'action. La référence à la faute dans le champ de la responsabilité civile demeurerait alors inexpugnable. La question est posée aussi bien par Mireille Delmas-Marty dans *Pour un droit commun* que par F. Ewald dans *l'État-providence*¹³. On se reportera aussi à l'article de Laurence Engel, « Vers une nouvelle approche de la responsabilité », dans *Esprit*¹⁴. Ces auteurs partent tous de la constatation que la crise du droit de la responsabilité a pour point de départ un déplacement de l'accent mis naguère sur l'auteur présumé du dommage et posé aujourd'hui de préférence sur la victime que le dommage subi place en position d'exiger réparation, c'est-à-dire le plus souvent indemnisation. On a montré dans la loi de 1898 sur les accidents du travail, rendant obligatoires pour les entreprises les assurances du risque, la première expression du passage, de portée considérable, « d'une gestion individuelle de la faute à une gestion socialisée du risque » (L. Engel, *op. cit.*, p. 16). « La mise en place d'un système d'indemnisation à la fois automatique et forfaitaire, observe l'auteur, traduit le besoin de voir assurée une indemnisation en l'absence de comportement fautif » (*ibid.*). L'évaluation objective du préjudice tend

ainsi à oblitérer l'appréciation du lien subjectif entre l'action et son auteur. L'idée de responsabilité sans faute naît de là.

On pourrait se réjouir de cette évolution, dans la mesure où une valeur morale importante se trouve par là même exaltée, à savoir celle de solidarité, assurément plus digne d'estime que celle plus utilitaire de sécurité. Mais les effets pervers de ce déplacement peuvent mettre en alerte. Ils sont encouragés par l'extension incroyable de la sphère des risques et à leur changement d'échelle dans l'espace et dans le temps (toute la réflexion de Hans Jonas que l'on évoquera plus loin part de ce même point) ; à la limite, toute incapacité acquise, perçue comme un dommage subi, peut ouvrir un droit à réparation en l'absence de toute faute prouvée. L'effet pervers consiste en ceci que, plus s'étend la sphère des risques, plus se fait pressante et urgente la recherche d'un responsable, c'est-à-dire de quelqu'un, personne physique ou morale, capable d'indemniser et de réparer. Tout se passe comme si la multiplication des occurrences de victimisation suscitait une exaltation proportionnelle de ce qu'il faut bien appeler une résurgence sociale de l'accusation. Le paradoxe est énorme : dans une société qui ne parle que de solidarité, dans le souci de renforcer électivement une philosophie du risque, la recherche vindicative *du* responsable équivaut à une reculpabilisation des auteurs identifiés de dommages. Il suffit de voir avec quels sarcasmes l'opinion publique a accueilli le fameux « responsable mais pas coupable » de M^{me} Georgina Dufoix...

Mais il est d'autres effets plus subtils. Dans la mesure où, dans les procès donnant lieu à indemnisation, ce sont des relations contractuelles qui sont majoritairement en jeu, la suspicion et la défiance entretenues par la chasse au responsable tendent à corrompre le capital de confiance sur lequel reposent tous les systèmes fiduciaires sous-jacents aux relations contractuelles. Mais ce n'est pas tout : la vertu de solidarité, invoquée à l'appui des prétentions exclusives de la philosophie du risque, est en voie d'être délogée de sa position éthique éminente par l'idée même de risque qui l'a engendrée, dans la mesure où la

13. F. Ewald, *l'État-providence*, Paris, Grasset, 1986.

14. L. Engel, « Vers une nouvelle approche de la responsabilité. Le droit français face à la dérive américaine », *Esprit*, juin 1993.

protection contre le risque oriente vers la recherche de sécurité plutôt que vers l'affirmation de solidarité. Plus fondamentalement encore, si la victimisation est aléatoire, son origine tend aussi à le devenir, en vertu du calcul de probabilité qui place toutes les occurrences sous le signe de la chance. Ainsi déconnectée d'une problématique de la *décision*, l'action se voit elle-même placée sous le signe de la fatalité laquelle est l'exact opposé de la responsabilité¹⁵. La fatalité, c'est personne, la responsabilité, c'est quelqu'un.

C'est au vu de ces effets pervers que des voix s'élèvent aujourd'hui en faveur d'une problématique plus équilibrée – Mi-reille Delmas-Marty parle de « recomposition d'un paysage » –, problématique selon laquelle l'imputation de responsabilité et la revendication d'indemnisation devraient être d'abord plus nettement dissociées en vue d'être ultérieurement mieux coordonnées, l'idée d'indemnisation reculant au rang de technique de gestion de la dimension-risque dans les interactions humaines. Serait ainsi mise à nu l'énigme résiduelle d'une faute qui, maintenue à l'arrière-plan de l'idée de responsabilité, ne serait pas à nouveau récupérée par l'idée de punition. La question reste posée de savoir jusqu'à quel point l'idée de faute peut être détachée de celle de punition. Une voie serait à chercher du côté de la suggestion, faite entre autres par Antoine Garapon, secrétaire général de l'Institut des hautes études sur la justice (IHEJ), que l'acte de dire le droit dans une situation déterminée, en remettant à leur juste place et à une juste distance l'accusé et sa victime, vaut en tant que tel réparation morale pour la victime. Or, dire le droit n'a de sens que si chacun est *reconnu* dans son rôle. Ne retrouve-t-on pas ainsi le noyau dur de l'idée d'imputation, en tant que désignation de l'auteur « véritable » de l'action ?

15. « C'est la faute à pas-de-chance ! »

Au total, s'il est besoin d'un « paysage recomposé », c'est bien de celui de la responsabilité juridique où imputation, solidarité et risque trouveraient respectivement leur juste place.

Transformations du concept moral de responsabilité

La question est alors de savoir si d'autres évolutions, transformations et déplacements survenus au plan *moral* peuvent contribuer à cette recomposition.

A première vue, ce n'est pas ce que peut laisser espérer un rapide état des lieux. Ce qui d'abord frappe le regard, c'est le contraste entre le recul au plan juridique de l'idée d'imputation, sous la pression des concepts concurrents que l'on vient d'évoquer, et l'étonnante prolifération et dispersion des emplois du terme responsabilité au plan moral. Tout se passe comme si le rétrécissement du champ juridique était compensé par une extension du champ moral de la responsabilité. Toutefois, en seconde approximation, le paradoxe paraît moins grand qu'il a pu d'abord sembler.

La première inflation à considérer se produit sur le plan juridique lui-même : elle affecte l'extension du domaine des risques, accidents et aléas invoqués par les victimes dans une société où tout dommage tend à appeler indemnisation. Or, comme nous l'avons noté au titre des effets pervers, c'est cette même inflation qui jette l'opinion publique à la recherche de responsables susceptibles de réparer et d'indemniser. On peut alors légitimement se demander si l'inflation présumée du concept moral de responsabilité n'est pas à mettre en rapport avec un déplacement vers l'amont de la responsabilité juridique elle-même, reportée plus haut que l'action et ses effets dommageables, en direction des démarches requises de précaution et de prudence susceptibles de *prévenir* le dommage. A la limite ne subsisterait, au terme d'une évolution où l'idée de risque aurait conquis l'espace entier du droit de la responsabilité, qu'une

seule obligation, celle de s'assurer contre tout risque ! Une main est ainsi tendue par le juriste en direction du moraliste sous le signe de la prudence préventive.

C'est ce que semble suggérer l'évolution foisonnante de l'idée *morale* de responsabilité.

Je crois qu'il faut d'abord mettre en avant le déplacement que représente le changement *d'objet* de la responsabilité, déplacement qui a son expression dans des constructions grammaticales nouvelles. Au plan juridique, on déclare l'auteur responsable des *effets* de son action et, parmi ceux-ci, des dommages causés. Au plan moral, c'est de *l'autre homme, autrui*, que l'on est tenu responsable. Il est vrai que ce sens n'est pas absent du droit civil. Le fameux article 1348, déjà évoqué, dispose qu'on est responsable, entre autres, du dommage causé « par le fait des personnes dont on doit répondre ou des choses que l'on a sous sa garde ». L'idée de personnes dont on doit répondre reste certes subordonnée, en droit civil, à celle de dommage objectif. Néanmoins le transfert en vertu duquel l'autrui vulnérable tend à remplacer le dommage commis dans la position d'objet de responsabilité, se trouve facilité par l'idée intermédiaire de charge confiée. C'est de *l'autre dont j'ai la charge* que je suis responsable. La responsabilité ne se réduit plus au jugement porté sur le rapport entre l'auteur de l'action et les effets de celle-ci dans le monde ; elle s'étend au rapport entre l'auteur de l'action et celui qui la subit, au rapport entre agent et patient (ou récepteur) de l'action. L'idée de personne dont on a la charge, jointe à celle de chose que l'on a sous sa garde, conduit ainsi à un élargissement tout à fait remarquable qui fait du vulnérable et du fragile, en tant que chose remise aux soins de l'agent, l'objet direct de sa responsabilité. Responsable de quoi, demandait-on ? Du fragile, est-on désormais enclin à répondre. Il est vrai que ce déplacement et cette extension ne sont pas tout à fait inattendus : à une époque où la victime, le risque des accidents, le dommage subi, occupent le centre de la problématique du *droit* de la responsabilité, il n'est pas sur-

prenant que le vulnérable, le fragile, soient tenus au plan *moral* également pour l'objet véritable de la responsabilité, pour la chose dont on est responsable. Mais on peut aussi donner à ce déplacement de l'objet de la responsabilité une origine distincte au plan moral, et cela en liaison avec la promotion de l'inter-subjectivité comme thème philosophique majeur. Plus précisément, si l'on suit Emmanuel Lévinas, c'est d'autrui, plutôt que du for intérieur, que l'injonction morale est dite procéder. En devenant source de moralité, l'autrui est promu au rang de l'objet du souci, à la mesure de la fragilité et de la vulnérabilité de la source même de l'injonction. Le déplacement devient alors renversement : on devient responsable du dommage parce que, d'abord, on est responsable d'autrui.

Mais ce n'est pas tout. A ce déplacement de *l'objet* de la responsabilité, dirigée désormais vers l'autrui vulnérable, et, par généralisation, vers la condition vulnérable elle-même, s'ajoute un autre déplacement qui donne au précédent une inflexion nouvelle. On pourrait parler ici d'une extension illimitée de la *portée* de la responsabilité, la vulnérabilité *future* de l'homme et de son environnement devenant le point focal du souci responsable. Entendons par portée l'extension, temporelle autant que spatiale, donnée à la notion d'*effets* de nos actes. La question est celle-ci : jusqu'où s'étend dans l'espace et dans le temps la responsabilité de nos actes ? La question prend toute sa gravité lorsque ces effets sont tenus pour des dommages affectant d'autres humains, bref pour des *nuisances*. Jusqu'où s'étend la chaîne des effets dommageables de nos actes que l'on peut tenir pour encore impliqués dans le principe, le commencement, l'*initium* dont un sujet est tenu pour l'auteur ? Une réponse partielle est contenue dans la considération de l'extension des *pouvoirs* exercés par les humains sur d'autres humains et sur leur environnement commun. Énoncée en terme de portée, la responsabilité s'étend aussi loin que nos pouvoirs le font dans l'espace et dans le temps. Or les nuisances attachées à l'exercice de ces pouvoirs, qu'elles soient prévisibles, probables ou simple-

ment possibles, s'étendent aussi loin que nos pouvoirs eux-mêmes. D'où la trilogie : pouvoirs-nuisances-responsabilité. Autrement dit, aussi loin que s'étendent nos pouvoirs, aussi loin s'étendent nos capacités de nuisances et aussi loin notre responsabilité des dommages. C'est ainsi que l'on peut justifier, à la façon de Hans Jonas dans *le Principe responsabilité*, ce double report de la responsabilité, en amont vers les démarches de précaution et de prudence requises par ce qu'il appelle l'« heuristique de la peur », et en aval vers les effets potentiellement destructeurs de notre action.

Mais on aperçoit aussi quelles difficultés nouvelles soulève cette extension virtuellement illimitée de la portée de nos actes et donc de notre responsabilité. A trois égards au moins. Vient d'abord la difficulté d'identifier le responsable au sens d'auteur proprement dit des effets nuisibles ; ainsi est remis en question l'acquis, redevable au droit pénal, de l'individualisation de la peine. Ce sont des myriades de micro-décisions singulières, mêlées à un nombre indéfini d'interventions prenant sens au niveau des systèmes institués, tels que système écologique, bureaucratique, financier, etc., bref, au niveau de tous les systèmes énumérés par J.-M. Ferry sous le titre d'« ordres de la reconnaissance¹⁶ ». Tout se passe comme si la responsabilité, en allongeant son rayon, diluait ses effets, jusqu'à rendre insaisissables l'auteur ou les auteurs des effets nuisibles à redouter. Deuxième difficulté : jusqu'où peut s'étendre dans l'espace et dans le temps une responsabilité susceptible d'être assumée par des auteurs présumés identifiables des nuisances ? La chaîne des effets empiriques de nos actes, comme l'observait Kant, est virtuellement sans fin. Dans la doctrine classique de l'imputation, la difficulté est sinon résolue, du moins contenue dans des bornes précises, dans la mesure où on ne prenait en compte

que les effets déjà échus, donc les dommages déjà dénoncés. Mais *quid* des nuisances à venir, dont certaines à l'échelle cosmique ne se révéleront que dans plusieurs siècles ? Troisième difficulté : que devient l'idée de réparation, même remplacée par celle d'indemnisation, voire d'assurance contre le risque, lorsqu'il n'existe aucun rapport, même distendu, de réciprocité entre les auteurs des nuisances et leurs victimes ?

On ne peut répondre que partiellement à ces difficultés. A l'orientation rétrospective que l'idée morale de responsabilité avait en commun avec l'idée juridique, orientation en vertu de laquelle nous sommes éminemment responsables de ce que nous *avons fait*, devrait se substituer une orientation plus délibérément prospective, en fonction de laquelle l'idée de prévention des nuisances à venir s'ajouterait à celle de réparation des dommages déjà commis. Sur cette idée de prévention, il deviendrait possible de reconstruire une idée de responsabilité répondant aux trois motifs d'inquiétude évoqués à l'instant. Il faudrait d'abord dire que le sujet de responsabilité est ici le même que celui des pouvoirs générateurs de nuisances, c'est-à-dire indivisément les personnes singulières et les systèmes dans le fonctionnement desquels des actions individuelles interviennent de façon en quelque sorte infinitésimale et « homéopathique ». C'est à cette échelle infime mais réelle que s'exercerait l'esprit de vigilance, la vertu de prudence propre à cette responsabilité en amont. Quant à la portée immense attribuée à nos actes par l'idée de nuisance à l'échelle cosmique, elle peut être assumée si nous introduisons le relais des générations. Hans Jonas n'a pas tort d'interpoler en quelque sorte entre chaque agent et les effets lointains le lien interhumain de filiation. Il est alors besoin d'un impératif nouveau, nous imposant d'agir de telle façon qu'il y ait encore des humains après nous. A la différence du second impératif kantien, impliquant une certaine contemporanéité entre l'agent et son vis-à-vis, cet impératif est sans considération de durée. Mais, et là serait la réponse à la troisième difficulté, une responsabilité sans considération de durée serait

16. Jean-Marc Ferry, *les Puissances de l'expérience*, t. II, *les Ordres de la reconnaissance*, Paris, éd. du Cerf, 1991, en particulier p. 7-115.

aussi une responsabilité sans considération de proximité et de réciprocité. On peut toutefois se demander ce que devient l'idée de solidarité ainsi étirée dans la durée.

C'est ici que de nouvelles difficultés se présentent, liées à un aspect de la prospective qui ne se réduit pas à l'allongement dans le temps de la chaîne des conséquences de l'action. Il faut encore, et c'est peut-être le plus important, prendre en compte le conflit ouvert entre d'une part les effets intentionnels prévisibles et voulus d'une action et ce que Robert Spämann appelle ses *effets latéraux* (au sens où on parle des effets secondaires d'un médicament¹⁷).

C'est à vrai dire un problème bien connu des médiévaux et déjà évoqué par Augustin puis par Abélard dans *Ethica seu Scito teipsum*¹⁸ sous le titre de *Dolus Indirectus*, à l'articulation de l'intentionnel et du non-voulu. La grande casuistique du XVII^e siècle – y compris celle des *Provinciales* de Pascal – n'a pas ignoré le dilemme auquel conduit la considération des effets adjacents, dont les effets pervers constituent une sorte de comble. Le dilemme est le suivant : d'une part, la justification par la seule bonne intention revient à retrancher de la sphère de responsabilité les effets secondaires du moment qu'on choisit de les ignorer ; le précepte de « fermer les yeux sur les conséquences » se mue alors en mauvaise foi, celle de qui « se lave les mains » des suites. D'autre part, la prise en charge de *toutes* les conséquences, y compris les plus contraires à l'intention initiale, aboutit à rendre l'agent humain responsable de tout de façon indiscriminée, autant dire responsable de rien dont il puisse *assumer* la charge. Comme le remarque R. Spämann, prendre en charge la totalité des effets, c'est retourner la responsabilité en fatalisme, au sens tra-

17. R. Spämann, « Nebenwirkungen als moralisches Problem », *Philosophisches Jahrbuch*, 1975 (82).

18. Cité par R. Spämann, *ibid.* L'écart entre effets prévus et effets imprévus est « constitutif de l'action humaine. L'histoire humaine est celle d'une résolution toujours en cours des problèmes issus des conséquences non intentionnelles que laissent derrière elles les résolutions de problèmes passés ».

gique du mot, voire en dénonciation terroriste : « Vous êtes responsable de tous et coupable de tout ! »

Hegel a parfaitement rendu compte de ce dilemme dans la première section de la seconde partie des *Principes de la philosophie du droit* consacrée à la moralité subjective (*Moralität*)¹⁹. Ce cadre de la vision morale du monde n'est pas étranger à l'intelligence du dilemme. Le problème naît en effet du caractère fini de la volonté subjective. Cette finitude consiste en ceci que la volonté subjective ne peut devenir action qu'en s'extériorisant, se mettant ainsi sous la loi de la nécessité extérieure²⁰. Nombre d'effets de nos projets sur le cours des choses échappent ainsi au contrôle de l'intention expresse et s'entrelacent avec la nécessité extérieure. D'où le dilemme moral : d'un côté on voudrait pouvoir n'imputer (*Zurechnen*) à l'agent que les suites de l'intention qui porte la marque (la *Gestalt*) du but qui en est l'âme (*Seele*). Ce lien intime autorise à étendre le prédicat *mien* de l'intention aux résultats qui, en quelque manière, en sortent et continuent ainsi de lui *appartenir*. D'un autre côté les effets *miens* n'épuisent pas la conséquentialité de l'action : à la faveur de la connexion des effets voulus avec la nécessité externe, l'action a des conséquences dont on peut dire qu'elles échappent à la circonscription de l'intention. De ce dilemme résulte que la maxime : « Ignore les conséquences de l'action », et cette autre : « Juge les actions par leurs conséquences et fais-en le critère du juste et du bon », sont à renvoyer dos à dos comme des maximes de l'entendement abstrait. Car jusqu'où s'étend le caractère « mien » « des conséquences » ?

19. *Principes de la philosophie du droit*, II^e partie, la *Moralité subjective (Moralität)*, première section : « Le projet (*der Vorsatz*) et la responsabilité (*die Schuld*) », § 115-118.

20. « La finitude de la volonté subjective dans l'immédiat de la conduite consiste immédiatement en cela qu'elle suppose pour être effective un objet extérieur entouré de conditions diverses. L'acte introduit un changement à cette existence donnée et la volonté en est comptable (*hat Schuld überhaupt darin*) pour autant que la réalité changée contient le prédicat abstrait d'être mien » (§ 115).

et où commence l'« étranger »²¹ ? De ce dilemme, Hegel ne prétend sortir qu'en dépassant le point de vue de la moralité dans celui de la *Sittlichkeit*, de la morale sociale concrète, qui apporte avec elle la sagesse des mœurs, des coutumes, des croyances partagées et des institutions qui portent la marque de l'histoire.

La question posée par Hans Jonas de l'extension de notre responsabilité à l'égard de l'humanité future et de l'environnement qui la conditionne doit être, selon moi, replacée sous l'enseigne du dilemme hégélien. Une réponse plus complexe que la simple extension aux générations futures de l'impératif kantien est ainsi requise. Sans assumer en bloc la théorie hégélienne de la *Sittlichkeit*, on peut affirmer, à la suite de R. Spämann, que l'action humaine n'est possible que sous la condition d'un arbitrage concret entre la vision courte d'une responsabilité limitée aux effets prévisibles et maîtrisables d'une action et la vision longue d'une responsabilité illimitée. La négligence entière des effets latéraux de l'action rendrait celle-ci malhonnête, mais une responsabilité illimitée rendrait l'action impossible. C'est bien un signe de la finitude humaine que l'écart entre les effets voulus et la totalité indénumbrable des conséquences de l'action soit lui-même incontrôlable et relève de la sagesse pratique instruite par l'histoire entière des arbitrages antérieurs. Entre la fuite devant la responsabilité des conséquences et l'inflation d'une responsabilité infinie, il faut trouver la juste mesure et répéter avec R. Spämann le précepte grec : « Rien de trop. »

C'est sur cette dernière perplexité que nous arrêterons notre enquête. Pour conclure nous nous demanderons simplement quel peut être l'effet des développements que nous venons de décrire sur la discussion antérieure du droit de responsabilité. Je suis tenté de dire : un effet ambigu.

21. De toutes les conséquences de mon action je n'ai « de comptes à rendre (*nur an dem Schuld zu haben*) que de ce que la volonté *sait* des conditions de son but, de ce qui s'en trouvait dans son projet ». C'est « le droit de la volonté » de ne « s'attribuer (*zurechnen*) que ces conséquences miennes », § 117-118.

D'un côté, le déplacement de l'*objet* de la responsabilité sur l'autrui vulnérable et fragile tend incontestablement à renforcer le pôle imputation dans le couple imputation singulière/risque partagé : dans la mesure où on est rendu responsable par l'injonction morale venue d'autrui, la flèche d'une telle injonction vise un sujet capable de se désigner comme l'auteur de ses actes. Une limite est ainsi posée à la socialisation des risques et à la mutualisation anonyme des indemnités.

D'un autre côté, l'extension dans l'espace et surtout l'allongement dans le temps de la *portée* de la responsabilité peuvent avoir un effet inverse, dans la mesure où le sujet de la responsabilité devient insaisissable à force d'être multiplié et dilué. De plus, l'écart dans le temps entre l'action nuisible et ses effets nocifs, ôtant toute signification à l'idée de réparation, incline à renforcer le pôle de la socialisation des risques aux dépens de celui de l'imputation de l'action. Mais on peut dire aussi qu'une fois l'idée de précaution substituée à celle de réparation, le sujet est alors à nouveau responsabilisé par l'appel à la vertu de prudence. Ne pourrait-on même dire que, loin de s'opposer pôle à pôle, imputation et risque se recouvrent et se renforcent mutuellement dans la mesure où, dans une conception préventive de la responsabilité, ce sont les risques non couverts qui nous sont imputables ?

C'est enfin à la vertu de prudence que nous a reconduits le dilemme suscité par la question des *effets latéraux* de l'action, parmi lesquels se classent les *nuisances*. Mais il ne s'agit plus alors de la prudence au sens faible de prévention, mais à celui de la *prudentia*, héritière de la vertu grecque de *phronesis*, autrement dit au sens de jugement moral circonstancié. C'est en effet à cette prudence, au sens fort du mot, qu'est remise la tâche de reconnaître parmi les conséquences innombrables de l'action celles dont nous pouvons légitimement être tenus responsables, au nom d'une morale de la mesure. C'est finalement cet appel au *jugement* qui constitue le plaidoyer le plus fort en faveur du maintien de l'idée d'imputabilité, soumise aux assauts de celles

de solidarité et de risque. Si cette dernière suggestion est valable, alors les théoriciens du droit de la responsabilité, soucieux de maintenir une juste distance entre les trois idées d'imputabilité, de solidarité et de risque partagé, trouveraient appui et encouragement dans des développements qui paraissent à première vue faire dériver l'idée de responsabilité bien loin du concept initial d'obligation de réparer ou de subir la peine.

Une théorie purement procédurale de la justice est-elle possible ?

A propos de
Théorie de la justice de John Rawls

COMMENT JUSTIFIER le choix de John Rawls pour une enquête sur l'idée de justice¹ ? Pour deux raisons principales. Première raison : Rawls se situe manifestement dans la descendance de Kant plutôt que d'Aristote. Je rappelle que la théorie de la justice, comprise par Aristote comme une vertu particulière, à savoir la justice distributive et corrective, tire son sens, comme toutes les autres vertus, du cadre *téléologique* de pensée qui la met en rapport avec le bien, tel du moins qu'il est compris par les humains ; or avec Kant s'est opéré un renversement de priorité au bénéfice du juste et aux dépens du bon, de telle sorte que la justice prend sens dans un cadre *déontologique* de pensée.

1. John Rawls, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987 (traduit par Catherine Audard, titre original *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), The Belknap Press of Harvard University Press, 1971).

Seconde raison : alors qu'avec Kant l'idée du juste s'applique d'abord aux relations de personne à personne, avec Rawls la justice s'applique d'abord aux institutions – elle est la vertu par excellence des institutions – et seulement à titre secondaire aux individus et aux États-nations considérés comme des individus sur la scène de l'histoire. Or cette approche déontologique en matière de moralité n'a pu se maintenir au plan institutionnel qu'en prenant appui sur la fiction d'un contrat social grâce auquel une certaine collection d'individus arrivent à surmonter l'état supposé primitif de nature pour accéder à l'état de droit. Cette rencontre entre une perspective délibérément déontologique en matière morale et le courant contractualiste au plan des institutions constitue le problème central auquel s'adresse Rawls. La question peut être posée dans les termes suivants : cette connexion est-elle contingente ? Une approche déontologique en matière morale est-elle logiquement solidaire d'une procédure contractualiste, lorsque la vertu s'applique à des institutions plutôt qu'à des individus, comme c'est le cas avec la vertu de justice ? Quelle sorte de lien y a-t-il entre une *perspective* déontologique et une *procédure* contractualiste ?

Mon hypothèse est que ce lien n'est aucunement contingent, dans la mesure où c'est le but et la fonction d'une *procédure* contractualiste d'assurer la primauté du juste sur le bien en substituant la procédure même de délibération à tout engagement concernant un prétendu bien commun. Selon cette hypothèse, c'est la procédure contractuelle qui est supposée engendrer le principe ou les principes de justice. Si c'est bien là l'enjeu principal, tout le problème de la justification de l'idée de justice tourne autour de la difficulté suivante : une théorie contractualiste est-elle susceptible de substituer une approche procédurale à toute tentative pour fonder la justice sur quelques convictions préalables concernant le bien du tout, le bien commun de la *politéia*, le bien de la république ou du *Commonwealth* ?

C'est exactement à cette question centrale que Rawls fournit la réponse la plus forte qui ait été offerte à l'époque contem-

poraine. Sa tentative est de résoudre le problème laissé sans solution par Kant dans la *Rechtslehre* (§ 46-47) : comment passer du premier principe de la moralité, l'autonomie, comprise en son sens étymologique (à savoir que la liberté en tant que rationnelle se donne à elle-même la loi comme règle d'universalisation de ses propres maximes d'action), au contrat social par lequel une multitude abandonne sa liberté externe en vue de la recouvrer en tant que membre d'une république ? En d'autres termes, quel est le lien entre autonomie et contrat social ? Ce lien est présumé mais non justifié par Kant.

Maintenant, si la tentative de Rawls pouvait réussir, il nous faudrait alors dire qu'une conception purement procédurale de la justice peut avoir un sens sans aucune présupposition concernant le bien et même libérer le juste de la tutelle du bien, en ce qui concerne d'abord les institutions et par implication en ce qui concerne les individus et les États-nations considérés comme des individus.

Pour anticiper la discussion ultérieure, permettez-moi de dire que ma principale objection sera de dire qu'un sens moral de la justice fondé dans la Règle d'or – « Ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qu'il te soit fait » – est toujours déjà présumé par la justification purement procédurale du principe de justice. Mais il doit être bien entendu que cette objection n'équivaut pas à une réfutation de la théorie rawlsienne de la justice, ce qui manquerait d'intérêt et serait même tout à fait ridicule. Au contraire, elle se ramène à une sorte de défense indirecte du primat de ce sens moral de la justice, dans la mesure où l'extraordinaire construction de Rawls emprunte sa dynamique sous-jacente au principe même qu'il prétend engendrer par sa procédure purement contractuelle. En d'autres termes, c'est la circularité de l'argument de Rawls qui, selon moi, constitue un plaidoyer indirect en faveur de la recherche d'une fondation éthique du concept de justice. C'est par conséquent cette circularité qui sera en jeu tout au long de mon investigation de la théorie de la justice de Rawls.

Que sa *Théorie de la justice* pose le primat du juste sur le bon, cela est tout à fait clair et d'ailleurs ouvertement professé par Rawls. Que la reprise de la tradition contractualiste assure ce primat en égalant le juste avec une procédure spécifique tenue pour *fair* – équitable – c'est ce qu'il faut montrer maintenant.

La chose importante à dire au départ est que toute sa théorie est dirigée contre une autre version de la conception téléologique de la justice, à savoir l'utilitarisme qui a prédominé pendant deux siècles dans le monde de langue anglaise et trouvé dans John Stuart Mill et Sedgwick ses avocats les plus éloquents. Ce point ne devra jamais être oublié dans la discussion qui suit. Quand Rawls parle d'une approche téléologique, il ne pense pas à Platon ou à Aristote, lesquels ne donnent guère l'occasion à plus que quelques notes en bas de page, mais à la conception utilitariste de la justice. L'utilitarisme est en effet une doctrine téléologique dans la mesure où il définit la justice par la maximisation du bien pour le plus grand nombre. Quant à ce bien, appliqué à des institutions, il n'est que l'extrapolation d'un principe de choix construit au niveau de l'individu, selon lequel un plaisir simple, une satisfaction immédiate devraient être *sacrifiés* au bénéfice d'un plaisir ou d'une satisfaction plus grands quoique éloignés. Nous verrons plus loin de quelle manière le second principe de justice, selon Rawls, s'oppose diamétralement à la version utilitariste de la justice : *maximiser* la part *minimale* dans une situation de partage inégal ; cette règle, qu'on appellera règle du *maximin*, diffère du tout au tout de la règle de maximiser l'intérêt du plus grand nombre. La première idée qui vient à l'esprit est qu'il y a un fossé éthique entre la conception téléologique de l'utilitarisme et la conception déontologique en général : en extrapolant de l'individu au tout social comme le fait l'utilitarisme, la notion de sacrifice prend une tournure redoutable ; ce n'est plus un plaisir privé qui est *sacrifié*, mais toute une couche sociale ; l'utilitarisme, comme un disciple français de René Girard, Jean-Pierre Dupuy,

le soutient, implique tacitement un principe sacrificiel qui équivaut à légitimer la stratégie du bouc émissaire. La riposte kantienne serait que le moins favorisé dans une division inégale d'avantages ne devrait pas être sacrifié, parce qu'il est une personne, ce qui est une façon de dire que selon le principe sacrificiel la victime potentielle de la distribution serait traitée comme un moyen et non comme une fin en soi. En un sens, c'est là aussi la conviction de Rawls comme je m'efforcerais de le montrer plus loin. Mais si c'est sa conviction, ce n'est pas son argument. Or c'est celui-ci qui compte. Le livre entier est une tentative pour déplacer la question de fondation au bénéfice d'une question d'accord mutuel, ce qui est le thème même de toute théorie contractualiste de la justice. La théorie rawlsienne de la justice est sans aucun doute une théorie déontologique, en tant qu'opposée à l'approche téléologique de l'utilitarisme, mais c'est une déontologie sans fondation transcendantale. Pourquoi ? Parce que c'est la fonction du contrat social de dériver les contenus des principes de justice d'une procédure équitable (*fair*), sans aucun engagement à l'égard de quelques critères objectifs du juste, sous peine, selon Rawls, de réintroduire ultimement quelques présuppositions concernant le bien. Donner une solution procédurale à la question du juste, tel est le but déclaré de *Théorie de la justice* de Rawls. Une procédure *équitable* en vue d'un arrangement *juste* des institutions, voilà ce qui est exactement signifié par le titre du chapitre I : « La justice comme équité [*fairness*]. »

L'*équité* caractérise en premier lieu la procédure de délibération qui devrait conduire au choix des principes de justice préconisés par Rawls, tandis que la *justice* désigne le contenu des principes choisis. De cette manière le livre entier vise à fournir une version contractualiste de l'autonomie kantienne. Pour Kant, la loi est celle qu'une liberté se donnerait à elle-même si elle était soustraite à l'inclination des désirs et du plaisir. Pour Rawls, une institution juste serait celle qu'une pluralité d'individus raisonnables et désintéressés choisiraient s'ils

pouvaient délibérer dans une situation qui serait elle-même équitable, autrement dit une position dont on va montrer à l'instant la condition et les contraintes. J'insiste : la pente majeure du livre est de substituer autant que possible une solution procédurale à une solution fondationnelle de la question du juste. De là la tournure constructiviste, voire artificialiste, que le livre partage avec le reste de la tradition contractualiste. Quand il est subordonné au bien, le juste est à découvrir ; quand il est engendré par des moyens purement procéduraux, le juste est à construire : il n'est pas connu à l'avance ; il est supposé résulter de la délibération dans une condition d'équité absolue. Pour dramatiser les enjeux, je suggère de dire que la justice en tant qu'équité – en tant qu'équité procédurale – vise à résoudre le fameux paradoxe du législateur chez Rousseau. Je lis dans le *Contrat social* :

Pour découvrir les meilleures règles de société qui conviennent aux nations, il faudrait une intelligence supérieure qui vît toutes les passions des hommes et qui n'en éprouvât aucune ; qui n'eût aucun rapport avec notre nature et qui la connût à fond ; dont le bonheur fût indépendant de nous et qui pourtant voulût bien s'occuper du nôtre ; enfin, qui, dans le progrès des temps se fût ménagé une gloire éloignée, pût travailler dans un siècle et jouir dans un autre. Il faudrait des dieux pour donner des lois aux hommes².

La justice en tant qu'équité peut être comprise comme la solution *terrestre* de ce paradoxe. Cette ambition redoutable peut

2. J.-J. Rousseau, *Du Contrat social*, texte original publié par M. Halbwachs, Paris, Aubier, éditions Montaigne, 1943, livre II, chap. 7, p. 179-180. Comp. également (p. 183) : « Celui qui rédige les lois ne doit avoir aucun droit législatif » ; ou encore : « Une entreprise au-dessus de la force humaine, et pour l'exécuter une autorité qui n'est rien ». Plus loin encore, le paradoxe devient circularité : « Il faudrait que l'effet pût devenir cause, que l'esprit social, qui doit être l'ouvrage de l'institution, présidât à l'institution même ; et que les hommes fussent avant les lois ce qu'ils doivent devenir par elles... C'est [donc] une nécessité qu'il [le législateur] recoure à une autorité d'un autre ordre, qui puisse entraîner sans violence et persuader sans convaincre. » C'est en raison de cette difficulté que s'imposa, selon Rousseau (*ibid.*, p. 185), l'intervention du Ciel et des Dieux. [NDLR]

expliquer la fascination que le livre de Rawls a exercée pendant près de vingt ans sur ses amis et ses adversaires.

Après cette longue introduction, je me propose de présenter les réponses que Rawls apporte aux trois questions suivantes :
 1. – Qu'est-ce qui assurerait l'équité de la situation de délibération d'où pourrait résulter un accord concernant un arrangement *juste* des institutions ? A cette question correspond l'imagination de la « position originelle » et la fameuse allégorie qui l'accompagne, à savoir le « voile d'ignorance ».
 2. – Quels *principes* seraient choisis sous le voile d'ignorance ? La réponse à cette question se trouve dans la description et l'interprétation des deux « principes de justice » et dans leur mise en ordre correcte.
 3. – Quel *argument* pourrait convaincre les parties délibérantes de choisir unanimement les principes rawlsiens de la justice plutôt que, disons, une variante quelconque de l'utilitarisme ? La réponse est dans l'argument dit du *maximin* emprunté à la théorie des jeux et transposé de sa première application au plan économique.

C'est seulement après avoir présenté de la façon la plus neutre ces trois thèses cardinales qu'il nous sera permis de retourner à la question philosophique posée plus haut, à savoir si et dans quelle mesure une conception purement procédurale de la justice peut se substituer à une fondation éthique de notre sens socio-politique de la justice.

La position originelle

Comme nous l'avons dit, un accord est équitable si la situation de départ est équitable. Dès lors la justice comprise comme équité repose sur l'équité de ce que Rawls appelle la situation ou la position originelle. Il faut dire deux choses pour commencer. D'abord, cette situation, cette position, n'est pas historique mais hypothétique ou imaginaire :

Il nous faut imaginer que ceux qui s'engagent dans la coopération sociale choisissent ensemble dans un acte commun les principes destinés à assigner les droits et les devoirs de base et à déterminer la répartition des bénéfices sociaux.

Je reviendrai dans la section suivante à la conception sous-jacente de la justice sociale comme un processus ou une procédure de distribution, comme le laissent entendre les deux termes assigner et répartir. L'accent que je mets porte sur le : « Il nous faut imaginer. » Cela me conduit à ma seconde remarque introductoire : « Dans la justice comme équité, la position originelle d'égalité correspond à l'état de nature dans la théorie traditionnelle du contrat social. » En fait, la position originelle est substituée à l'état de nature dans la mesure où c'est une position d'égalité. On se souvient que chez Hobbes l'état de nature était caractérisé comme la guerre de tous contre tous et, comme le souligne Léo Strauss, comme un état où chacun est motivé par la crainte de la mort violente. Ce qui est donc en jeu chez Hobbes, ce n'est pas la justice mais la sécurité. Rousseau et Kant, sans partager l'anthropologie pessimiste de Hobbes, décrivent l'état de nature comme sans loi, c'est-à-dire sans aucun pouvoir d'arbitrage entre revendications opposées. En revanche les principes de justice peuvent devenir le propos d'un choix commun si et seulement si la position originelle est équitable c'est-à-dire égale. Or elle ne peut être équitable que dans une situation purement hypothétique.

Le discernement des contraintes auxquelles doit satisfaire la condition originelle, afin d'être tenue pour égale à tous égards, demande une part énorme de spéculation : celle-ci trouve dans la fable du « voile d'ignorance » – à quoi Rawls doit une grande part de sa réputation – un appui intuitif.

L'idée est la suivante :

Un des traits essentiels de cette situation est que nul ne connaît sa place dans la société, sa position de classe ou son statut social, nul non plus ne connaît sa fortune dans la distribution des biens naturels, son intelligence, sa force et des choses semblables. J'ad-

mettrais même que les parties ne connaissent pas leur conception du bien ou leur penchant psychologique particulier.

On pourrait penser que cet état imaginaire d'ignorance ré-introduit quelque chose d'équivalent à la volonté transcendante selon Kant, laquelle également est indépendante de tout fondement empirique et en conséquence de toute référence à des fins et à des valeurs, bref est dénuée de toute implication téléologique. Mais cette assimilation est fallacieuse. Le sujet selon Rawls a des intérêts terrestres mais ne sait pas ce qu'ils seront effectivement. On pourrait parler à cet égard d'une position philosophique intermédiaire entre transcendantalisme et empirisme, ce qui ne contribue pas à rendre aisée la description exacte de ce que Rawls entend par position originelle. Cette opacité se reflète principalement dans les réponses que Rawls donne à la question de savoir ce que les individus *doivent connaître* sous le voile d'ignorance afin que leur choix porte sur des choses réellement terrestres, c'est-à-dire non seulement sur des droits et des devoirs, mais sur le partage de bénéfices sociaux. En d'autres termes, dans la mesure où le choix portera sur des intérêts en conflit, les partenaires placés sous le voile d'ignorance doivent avoir connaissance de ce que signifie : « être intéressé ». Il y a en effet un problème de justice dès qu'une répartition appropriée d'avantages sociaux est en jeu. Dès lors les partenaires doivent non seulement être des personnes libres et rationnelles, mais des personnes soucieuses de promouvoir leurs propres intérêts. D'où la première contrainte imposée à la position initiale, à savoir que chaque partenaire ait une connaissance suffisante de la psychologie générale de l'humanité, en ce qui concerne les passions et les motivations fondamentales. Rawls reconnaît franchement que son anthropologie philosophique est très proche de celle de Hume dans le *Traité de la nature humaine* (livre III), en ce qui concerne besoins, intérêts, fins, revendications conflictuelles, y compris « les intérêts d'un soi qui considère sa conception du bien comme digne de reconnaissance et qui pose des revendications

en sa faveur comme méritant satisfaction ». Rawls appelle ces contraintes « les circonstances de la justice » (§ 22).

Deuxièmement, les partenaires doivent savoir ce que tout être raisonnable est présumé souhaiter posséder, à savoir les *biens sociaux primaires* sans lesquels l'exercice de la liberté serait une revendication vide. A cet égard il est important de noter que le *respect de soi* appartient à cette liste des biens primaires. De cette façon une approche purement déontologique de la notion de juste n'est pas dénuée de considérations téléologiques puisque celles-ci sont déjà présentes dans la situation originelle, (§ 15 « Les biens sociaux premiers comme bases d'expectation »). Dans la situation originelle, les individus ne savent pas ce que sera leur propre conception du bien, mais ils savent que les humains préfèrent avoir plus que moins de biens sociaux primaires.

Troisièmement, le choix étant entre plusieurs conceptions de la justice, les partenaires délibérant derrière le voile d'ignorance doivent avoir une information convenable concernant les principes de justice en compétition. Ils doivent connaître les arguments utilitaires et, ironiquement, ils doivent connaître les principes rawlsiens de la justice, puisque le choix n'est pas entre des lois particulières mais entre des conceptions globales de la justice. C'est pourquoi dans l'ouvrage de Rawls les principes de justice sont décrits et interprétés *avant* le traitement thématique de la position originelle (nous reviendrons dans la *partie critique* de cette présentation au problème que j'appelle « *ordre des raisons* »). Les alternatives ouvertes aux personnes dans la position originelle doivent être présentées en détail et avec toutes leurs applications (§ 21 « La présentation des alternatives »). Le contrat consiste très précisément à donner un rang aux théories alternatives de la justice (*ranking options*).

Ce n'est pas tout : Rawls souhaite ajouter en outre ce qu'il appelle « les contraintes formelles du concept du juste », c'est-à-dire les contraintes qui valent pour le choix de tout principe éthique et non seulement pour ceux de justice. La *publicité* est

la plus importante d'entre elles. Nous verrons plus tard que l'utilitarisme ne tolère pas cette sorte de transparence, dans la mesure où le principe sacrificiel qu'il implique doit rester caché et non publié. Tous les partenaires doivent être égaux en information, c'est pourquoi la présentation des alternatives et des arguments doit être publique. Une autre contrainte est ce que Rawls appelle la *stabilité* du contrat, c'est-à-dire l'anticipation qu'il sera contraignant dans la vie réelle quelles que soient les circonstances prévalantes³.

En résumé :

- a) Le voile d'ignorance a un propos de base, à savoir « mettre en œuvre une procédure équitable telle que tous les principes sur lesquels on se mettra d'accord seront justes. Le but est d'employer la notion de justice procédurale comme base de la théorie ». Ce lien entre l'imagination du voile d'ignorance et la recherche d'une conception purement procédurale de la justice ne devrait pas être sous-estimée. La justice procédurale constitue une alternative entière à la justice substantive réglée par des présuppositions partagées concernant le bien commun.
- b) La justice procédurale est justice dans la mesure où derrière le voile d'ignorance *les effets de contingence spécifique* sont annulés. Le voile d'ignorance assure l'équité de la situation de départ.
- c) Dès lors l'argument continue : « Puisque les différences entre les parties sont ignorées d'elles et que chacun est également rationnel et situé de manière similaire, chacun est convaincu par le même argument. » Et encore : « Si quelqu'un après réflexion préfère une conception de la justice à une autre, alors tous le font, et un accord unanime peut être atteint. »

3. On verra, dans l'étude consacrée aux articles publiés par J. Rawls après *Théorie de la justice*, que c'est cette exigence de *stabilité* qui a donné l'occasion des remaniements ultérieurs de la théorie.

Je résumerai de la façon suivante : dans la situation originelle l'équation est parfaite entre « chacun » et « tous ».

Quels principes de justice seraient choisis sous le voile d'ignorance ?

Avant de considérer en détail la formulation précise des deux principes de justice, faisons deux remarques générales concernant le « sujet de la justice ».

Première remarque : la justice n'est pas d'abord une vertu intersubjective, une vertu régissant des relations bilatérales, mais des institutions : « La justice est la première vertu des institutions sociales, comme la vérité l'est des systèmes de pensée. » Cette première assertion semble s'accorder davantage avec la conception platonicienne de la justice qu'avec celle d'Aristote. La justice est la vertu du tout (*République*, livre IV). Tandis que dans *l'Éthique à Nicomaque* livre V, Aristote tient la justice distributive pour une justice particulière ou partielle par rapport à la justice en général, qui n'est autre que l'obéissance aux lois de la Cité. Pourquoi partielle ou particulière ? D'abord parce que liée à une situation spécifique, celle de la distribution ou répartition de biens, d'honneurs et d'avantages. En outre la sorte d'égalité propre à la justice n'est pas l'égalité arithmétique mais l'égalité proportionnelle, c'est-à-dire l'égalité entre des relations : de partenaires et de parts ; la relation d'un partenaire à une part doit être égale à la relation de l'autre partenaire à l'autre part. De cette façon, dans la mesure où Platon paraît plus holistique qu'Aristote, Rawls semble continuer Platon plutôt qu'Aristote. Mais notre seconde remarque va corriger cette conclusion : la conception rawlsienne de la justice est à la fois holistique et distributive. Par là Rawls rejoint Aristote sans trahir Platon. La citation qui suit explique ce que j'essaie de suggérer :

Le sujet primaire de la justice est la structure de base de la société ou plus exactement la manière dont les institutions sociales

principales distribuent les droits et les devoirs fondamentaux et déterminent le partage des avantages de la coopération sociale.

Ainsi, le système social est à titre primaire un processus de distribution : distribution de rôles, de statuts, d'avantages et de désavantages, de bénéfices et de charges, d'obligations et de devoirs. Les individus sont des partenaires : ils *prennent part*, dans la mesure où la société distribue des *parts*. Cette conception de la société comme processus distributif permet de surmonter l'opposition classique entre une conception holistique de la société, telle que celle de Durkheim, et l'individualisme épistémologique de Max Weber. Si cette opposition avait quelque valeur, il y aurait une contradiction évidente entre la prétention que le sujet primaire de la justice est la structure de base de la société et la tentative pour dériver les règles de base de la société d'un contrat. Dans la mesure où la société est « une aventure coopérative visant à l'avantage mutuel », il faut se la représenter à la fois comme un tout irréductible et comme un système d'interrelations entre les individus. La justice peut alors être tenue pour la vertu d'institutions, mais d'institutions visant à la promotion du bien de ceux qui y prennent part. Prendre part n'est pas un trait marginal dans la mesure où les institutions, d'une part, ont une fonction distributive, et où, d'autre part, les individus sont définis comme des partenaires. C'est pourquoi le choix rationnel doit être fait en commun dans la perspective d'un accord final sur la meilleure manière de gouverner la société. Cela explique aussi en quel sens la justice en tant que justice distributive peut avoir pour sujet primaire la structure de base de la société : cette structure de base est elle-même un phénomène de distribution (cela rend inopérantes les objections de R.-P. Wolff⁴ qui comprend à tort la distribution comme un phénomène purement économique opposé à la production, dans un style quasi marxiste). En outre, dans la mesure

4. R.-P. Wolff, *Understanding Rawls*, Princeton, Princeton University Press, 1977.

où la société est en tant que système un phénomène de distribution, elle est dans cette mesure même un phénomène problématique, un champ d'alternatives possibles ; puisqu'il y a plusieurs manières de distribuer, de répartir avantages et désavantages, la société est dès le début un phénomène consensuel-conflictuel ; d'un côté toute allocation peut être contestée, spécialement comme nous allons le voir dans le contexte d'une répartition inégale ; de l'autre côté une distribution stable requiert un consensus concernant les procédures en vue d'arbitrer entre revendications concurrentes. Les principes de la justice que nous allons maintenant considérer portent exactement sur cette situation problématique engendrée par l'exigence d'une répartition équitable et stable.

Cela dit, nous pouvons maintenant considérer les deux principes de la justice.

Je mets de côté la formulation définitive et complète qui résulte de la démonstration complexe qui fera l'objet de la troisième partie de ma présentation. Je cite Rawls (p. 91) :

La première présentation des deux principes est la suivante : en premier lieu, chaque personne doit avoir un droit égal au système le plus étendu de libertés de base égales pour tous qui soit compatible avec le même système pour les autres. En second lieu, les inégalités sociales et économiques doivent être organisées de façon que, à la fois, a) – l'on puisse raisonnablement s'attendre à ce qu'elles soient à l'avantage de chacun et b) – qu'elles soient attachées à des positions et à des fonctions ouvertes à tous.

Le premier principe assure donc les libertés égales de la citoyenneté (liberté d'expression, d'assemblée, de vote, d'éligibilité aux fonctions publiques). Le second principe s'applique à une condition d'inégalité et pose que certaines inégalités doivent être tenues pour préférables même à une répartition égalitaire. Je lis encore (p. 92) :

Le second principe s'applique, dans la première approximation, à la répartition des revenus et de la richesse et aux grandes lignes des organisations qui utilisent des *différences* d'autorité et de

responsabilité. [D'où le nom de principe de différence]. Si la répartition de la richesse et des revenus n'a pas besoin d'être égale, elle doit être à l'avantage de chacun et, en même temps, les positions d'autorité et de responsabilité doivent être accessibles à tous. On applique le second principe en gardant les positions ouvertes puis, tout en respectant cette contrainte, on organise les inégalités économiques et sociales de manière que chacun en bénéficie.

Aussi important que le contenu de ces principes est la règle de priorité qui les lie l'un à l'autre. Rawls parle ici d'ordre sériel :

Ces principes doivent être disposés selon un ordre lexical, le premier principe étant antérieur au second. Cet ordre signifie que des atteintes aux libertés de base égales pour tous, qui sont protégées par le premier principe, ne peuvent pas être justifiées ou compensées par des avantages sociaux ou économiques plus grands. (p. 92)

Cette idée d'ordre lexical heurte de front le marxisme aussi bien que l'utilitarisme. Rawls appelle cet ordre *lexical* ou *lexicographique* pour une raison simple : dans un dictionnaire, la première lettre est lexicalement première, en ce sens qu'aucune compensation au niveau des lettres ultérieures ne pourra effacer l'effet négatif qui résulterait de la substitution de toute autre lettre à cette première lettre ; cette impossible substitution donne à la première lettre un poids infini. Néanmoins l'ordre suivant n'est pas dénué de poids, puisque les lettres ultérieures font la différence entre deux mots ayant même commencement. L'ordre lexical donne à tous les constituants un poids spécifique sans les rendre mutuellement substituables. Appliqué à la théorie de la justice : nulle perte de liberté, quel qu'en soit le degré, ne peut être compensée par un accroissement d'efficacité économique. On n'achète pas le bien-être aux dépens de la liberté. Les commentateurs qui se sont concentrés sur le second principe en dehors de l'ordre lexical se sont gravement mépris ; en effet l'ordre lexical n'opère pas seulement entre les deux principes mais entre les deux parties du second principe. Les moins

favorisés en termes économiques doivent être tenus pour lexicalement prioritaires à l'égard de tous les autres partenaires. C'est ce que Jean-Pierre Dupuy désigne comme l'implication antisacrificielle du principe de Rawls. Celui qui pourrait être la victime ne devrait pas être sacrifié en vue du bien commun.

Maintenant pourquoi deux principes et non pas un seul : un principe égalitaire et un principe non égalitaire ? Parce qu'au niveau économique la somme totale à partager n'est pas fixée à l'avance, mais dépend de la façon dont elle est partagée. Les différences de productivité résultent de la manière dont la distribution est ordonnée. Dans un système d'égalité arithmétique, la productivité pourrait être si basse que même le moins favorisé serait lésé. Il existe un degré où le transfert social devient contre-productif. C'est à ce moment que le principe de différence entre en jeu. Rawls se trouve ainsi pris entre deux groupes d'adversaires. Sur sa droite, il est accusé d'égalitarisme (priorité absolue aux plus défavorisés). Sur sa gauche il est accusé de légitimer l'inégalité. Au premier groupe Rawls répond : dans une situation d'inégalité arbitraire les avantages des plus favorisés seraient menacés par la résistance des pauvres ou simplement par le manque de coopération de leur part. Au second groupe : une solution plus égalitaire serait rejetée unanimement parce que tous seraient perdants. Le principe de différence sélectionne la situation la plus égale compatible avec la règle d'unanimité.

Cette dernière assertion conduit à une troisième question : pour quelles raisons les partenaires placés sous le voile d'ignorance préféreraient-ils ces principes dans leur ordre lexical plutôt que n'importe quelle version de l'utilitarisme ? C'est ici que l'implication antisacrificielle de la théorie rawlsienne de la justice passe au premier plan, et c'est ici aussi que mon propre argument trouve son point de départ.

L'argument

L'argument concerne principalement le principe de différence. Emprunté à la théorie de la décision dans un contexte d'incertitude, cet argument est désigné du terme de *maximin* : les partenaires choisiraient l'arrangement qui maximise la part minimale. Il est difficile ici de ne pas transposer dans la situation originelle une psychologie individuelle, disons celle du joueur de poker ; mais ce n'est pas possible, car la psychologie privée est précisément ce que chaque partenaire ignore. Dès lors la seule motivation qui reste dans la situation originelle est celle de partenaires engagés à l'égard les uns des autres à respecter un contrat dont les termes ont été publiquement définis et unanimement acceptés : le contrat engendre des liens et l'engagement contraint. Nul ne se liera lui-même s'il a quelque doute concernant sa capacité à remplir sa promesse. Le motif est d'autant plus contraignant que l'accord doit être final et que son objet n'est rien d'autre que la structure de base de la société. Si deux conceptions de la justice sont en conflit et si l'une d'entre elles rend possible une situation que quelqu'un ne pourrait pas accepter tandis que l'autre exclurait cette possibilité, alors la seconde prévaudra. Toute la tentative de Rawls tourne autour de la démonstration que, dans l'hypothèse utilitariste, le détenteur de la position la moins favorisée est la victime sacrificielle tandis que la conception de la justice ici défendue serait seule à faire de lui un partenaire égal. Cela suffit à prouver la supériorité de la seconde thèse.

Ce point peut être démontré sans assumer toutes les complexités de l'argument du *maximin*. Dans une société qui professerait publiquement les principes de Rawls, le moins favorisé saurait que sa position tire l'avantage maximum des inégalités qu'il perçoit. Des inégalités moins importantes le victimiseraient encore plus. Quant au plus favorisé, qui semble être moins favorisé que ne le sont en fait ses semblables dans toutes les sociétés connues, il serait convaincu par l'argument selon lequel leur perte relative, comparée à la position plus favorable

qu'une distribution moins équitable lui assurerait, serait compensée par la coopération de ses partenaires sans quoi leur privilège relatif serait menacé. Tandis que dans une société qui se déclarerait elle-même publiquement utilitariste, les moins favorisés seraient dans une situation tout à fait différente. On leur demanderait de considérer que le bien-être le plus élevé de l'ensemble est une raison suffisante pour légitimer leur mauvais sort. Il leur faudrait accepter de se voir eux-mêmes et d'être vus par les autres comme le bouc émissaire du système. En fait la situation serait pire ; un système cyniquement utilitariste est incapable de satisfaire à la règle de publicité. Le principe sacrificiel impliqué par l'utilitarisme doit rester caché pour être efficace. C'est une raison de plus pour rejeter la conception utilitariste de la justice dans la situation originaires.

Discussion

Je peux maintenant revenir à ma question initiale. Peut-on substituer une conception purement procédurale de la justice à une fondation éthique ? Après tout, c'est l'enjeu de toute théorie contractualiste de la justice.

Ma thèse est qu'une conception procédurale de la justice fournit au mieux une rationalisation d'un sens de la justice qui est toujours présupposé. Par cet argument je n'entends aucunement réfuter Rawls, mais seulement en développer les présuppositions qui me paraissent inévitables. Je procéderai en trois étapes.

1. – Considérons d'abord l'« ordre des raisons » suivi par l'ouvrage de Rawls (pour employer l'expression cartésienne). A mon avis, ce qui prévaut dans l'ensemble de l'ouvrage ce n'est pas un ordre *lexical*, tel que celui qui fonctionne entre les principes de la justice, mais un ordre *circulaire* qui, selon moi également, est caractéristique de toute réflexion éthique. Le lecteur peut être surpris par le fait que les principes de justice sont définis et même développés (§ 11-12) avant l'examen des cir-

constances du choix (§ 20-25), par conséquent avant le traitement thématique du voile d'ignorance (§ 24) et, de façon plus significative, avant la démonstration que ces principes sont les seuls rationnels (§ 26-30). Cela n'empêche pas Rawls de caractériser à l'avance les deux principes de justice comme ceux qui seraient choisis dans la situation originaires. En fait, dès le paragraphe 3, Rawls affirme que les principes de justice sont

les principes que des personnes libres et rationnelles soucieuses de promouvoir leur propre intérêt accepteraient dans une position initiale d'égalité définissant les termes fondamentaux de leur association.

De cette façon la théorie est posée comme un tout, indépendamment de tout ordre réellement sériel entraînant la formulation des deux principes, la situation originaires, le voile d'ignorance et le choix rationnel. Sans cette anticipation, on ne pourrait identifier la justice comme équité :

La position originaires est, pourrait-on dire, le *statu quo* initial approprié et ainsi l'accord fondamental atteint y est équitable.

Cela explique la convenance du titre du chapitre I : « Justice comme équité », ainsi est introduite l'idée que « les principes de justice sont acceptés dans une situation initiale qui est elle-même équitable ». Ce n'est pas seulement le critère de la situation originelles qui doit être anticipé, mais même ses caractéristiques principales, à savoir l'idée que les partenaires ont des intérêts, mais ne savent pas lesquels, et en outre qu'ils « ne prennent pas intérêt aux intérêts les uns des autres ».

Tel est l'étrange statut de l'« ordre des raisons ». D'un côté, les principes de justice sont largement définis et interprétés avant que soit donnée la preuve que ces principes sont ceux qui seraient choisis dans la situation originaires ; de l'autre côté, l'accord originaires doit être anticipé afin que la formulation des deux principes acquière quelque pertinence. Rawls lui-même ratifie cette circularité ; lorsqu'il introduit pour la première fois les principes de justice, il observe :

Je présenterai maintenant, sous une forme provisoire, les deux principes de la justice sur lesquels se ferait un accord dans la position originelle. La première formulation de ces principes est une simple esquisse. Au fur et à mesure, j'examinerai plusieurs formulations et ferai des approximations successives de la présentation finale qui, elle, doit être donnée beaucoup plus tard. Je crois que cette méthode permet à l'exposé de se dérouler de manière naturelle. (p. 91)

J'interprète de la façon suivante cette déclaration : avant l'argument du *maximin*, la définition de la justice est seulement exploratoire ; après l'argument du *maximin*, elle est définitive. En conséquence nous n'avons pas affaire à un argument linéaire mais à une clarification progressive de la précompréhension de ce que la justice signifie.

2. – Cette première considération tirée de la disposition formelle de l'argument conduit à l'argument principal, à savoir que la définition procédurale de la justice ne constitue pas une théorie indépendante, mais repose sur la précompréhension qui nous permet de définir et d'interpréter les deux principes de la justice avant qu'on puisse prouver – si jamais on y arrive – que ce sont les principes qui seraient choisis dans la situation originelle c'est-à-dire sans le voile d'ignorance. Ce sera là le deuxième stade de mon argument.

Mon objection semble jeter un défi à toute l'école contractualiste pour laquelle la dimension procédurale doit être indépendante de toute présupposition concernant le bien dans une approche téléologique du concept de justice ou même concernant le juste dans une version transcendantale de la déontologie. En ce sens tout le développement de *Théorie de la justice* peut être compris comme un gigantesque effort pour assurer l'autonomie des deux moments de l'argument, à savoir la théorie de la situation originelle et la raison de choisir les deux principes plutôt que n'importe quelle version utilitariste de la justice. Ma thèse est que la circularité prévaut sur la linéarité revendiquée

par la théorie de la justice en faveur de l'autonomie du noyau théorique de l'œuvre.

a) – Considérons d'abord la situation originaire : toutes les contraintes qui la définissent sont bien entendu construites comme une expérience de pensée et créent une situation tout à fait hypothétique sans racines dans l'histoire et l'expérience ; mais elles sont imaginées de telle façon qu'elles satisfassent à l'idée d'équité qui opère comme la condition transcendantale de tout le développement procédural. Maintenant qu'est-ce que l'équité, sinon l'égalité des partenaires confrontés aux exigences d'un choix rationnel ? N'est-ce pas au sens de l'*isotès* selon Isole et Aristote, laquelle à son tour implique le respect de l'autre comme partenaire égal dans le processus procédural ?

b) – Ce soupçon qu'un principe moral régit la construction apparemment artificielle est confirmé par le rôle exercé en fait par l'argument du *maximin* dans toute la démonstration. Rawls semble vouloir dire que la règle du *maximin* en tant que telle fournit un fondement *indépendant* pour le choix des deux principes de justice, de préférence au concept utilitariste de la justice. Il présente l'argument comme un procédé heuristique permettant de concevoir les deux principes comme la solution *maximin* du problème de la justice sociale. Il y aurait selon Rawls une analogie entre les deux principes et la règle du *maximin* pour tout choix dans une situation d'incertitude. A première vue, l'argument a une apparence purement rationnelle, donnant une conclusion éthique à des prémisses non éthiques. Mais, si on regarde de plus près l'argument décisif dirigé contre l'utilitarisme, à savoir qu'il faut être prêt à sacrifier quelques individus ou groupes défavorisés si cela est requis par le bien du plus grand nombre, nous ne pouvons nous empêcher de penser que nous avons là un argument éthique déguisé sous un argument technique emprunté à la théorie de la décision sous sa forme la plus élémentaire, la théorie des jeux où il y a des gagnants et des perdants dépourvus de tout souci éthique. Le vice de l'utilitarisme consiste précisément dans l'extrapolation

de l'individu à la société. Une chose est de dire qu'un individu peut avoir à sacrifier un plaisir immédiat et infime en vue d'un plaisir ultérieur plus grand, autre chose de dire que la satisfaction d'une minorité est requise par la satisfaction de la majorité. Aussi bien, l'ordre lexical entre le premier et le second principe et la règle du *maximin* plaident contre la légitimité de cette extrapolation de l'individu à la société prise comme un tout. L'argument me semble-t-il est un argument moral. Il est dirigé contre ce que j'appelle, avec Jean-Pierre Dupuy, le principe sacrificiel qui revient à la logique du bouc émissaire. L'argument selon moi est donc un argument moral, et bien plus, un argument de type kantien : selon le principe sacrificiel, quelques individus sont traités comme des moyens et non comme des fins en soi au regard du bien prétendu du tout. Nous sommes ainsi ramenés à la seconde formulation de l'impératif catégorique et, au-delà, à la Règle d'or : « Ne fais pas à ton prochain ce que tu détesterais qu'il te soit fait. » J'ai remarqué ailleurs que la Règle d'or a l'avantage sur la formulation kantienne de prendre en compte la référence à quelques biens. C'est le cas avec Rawls, qui se distancie de Kant précisément sur ce point : derrière le voile d'ignorance les partenaires savent que les êtres humains ont des intérêts. Ils ignorent seulement lesquels seront les leurs dans la vie réelle.

Cette interprétation de la règle du *maximin* comme argument tacitement éthique pouvait être anticipée dès le début du livre. Nous lisons à la première page :

La justice est la première vertu des institutions sociales comme la vérité est celle des systèmes de pensée. Si élégante et économique que soit une théorie, elle doit être rejetée ou révisée si elle n'est pas vraie ; de même, si efficaces et bien organisées que soient des institutions et des lois, elles doivent être réformées ou abolies si elles sont injustes. Chaque personne possède une inviolabilité fondée sur la justice, qui, même au nom du bien-être de l'ensemble de la société, ne peut être transgressée. Pour cette raison la justice interdit que la perte de liberté de certains puisse être justifiée par l'obtention par d'autres d'un plus grand bien.

Après avoir lu ces lignes, on peut se demander comment il peut être possible de soutenir à la fois la reconnaissance d'une présupposition éthique et la tentative pour libérer la définition procédurale de la justice de toute présupposition concernant le bien et même le juste. Existe-t-il quelque médiation entre ce que j'appellerai, pour faire bref, la tendance *éthique* et la tendance purement *procédurale* de la théorie rawlsienne de la justice ? Cette question me conduit au troisième stade de ma discussion.

3. – La médiation cherchée entre la présupposition éthique de la théorie de la justice prise dans son ensemble et l'argument purement technique du *maximin* est suggérée par Rawls lui-même au paragraphe 4 quand il introduit pour la première fois la notion de position originelle. Après avoir dit qu'il faut définir les principes de justice comme

ceux auxquels consentiraient des personnes rationnelles en position d'égalité et soucieuses de promouvoir leurs intérêts, ignorantes des avantages ou des désavantages dus à des contingences naturelles ou sociales (§ 46),

Rawls fait la déclaration suivante :

On peut, cependant, justifier d'une autre façon une description particulière de la position originelle. C'est en voyant si les principes qu'on choisirait s'accordent avec nos convictions bien pesées sur ce qu'est la justice ou s'ils les prolongent d'une manière acceptable. (*Ibid.*)

Arrêtons-nous un moment à cette notion de « convictions bien pesées » (*considered convictions*). Elles résument toute la pré-compréhension que Rawls appelle « intuitive », à savoir les jugements moraux « dans lesquels nous avons la plus grande confiance » (*ibid.*). Ces convictions bien pesées ne sont-elles pas enracinées à titre ultime dans le sens de la justice équivalent à la Règle d'or appliquée à des institutions et non plus à des individus dans une relation face à face, en outre à des institutions considérées du point de vue de leurs fonctions distributives ? En fait, notre sens de l'injustice est d'ordinaire plus fiable que notre sens de la justice ; par exemple, dit Rawls :

Nous ne doutons point que l'intolérance religieuse et la discrimination raciale sont injustes. (*Ibid.*)

A ce propos R.-J. Lucas⁵ commence son excellent livre sur la justice avec un chapitre intitulé « Injuste ! ». Le cri d'injustice est le cri de la victime, de cette victime que l'utilitarisme est prêt à sacrifier au bénéfice de l'intérêt général. Or, si notre sens de l'injustice est d'ordinaire sain,

nous avons bien moins d'assurance quand il s'agit de voir comment répartir correctement la richesse et l'autorité. Il nous faut alors chercher un moyen de dissiper nos doutes. (*Ibid.*)

C'est ici que se placent les arguments rationnels. Mais ceux-ci ne peuvent se substituer aux convictions bien pesées :

Nous pouvons [...] tester la valeur d'une interprétation de la situation initiale par la capacité des principes qui la caractérisent à s'accorder avec nos convictions bien pesées et à nous fournir un fil conducteur, là où il est nécessaire. (§ 46)

Nous pouvons même aller jusqu'à dire que l'ordre lexical des deux principes de justice est virtuellement précompris au niveau de ces convictions bien pesées :

Il semble donc raisonnable et généralement acceptable que nul ne doive être avantagé ou désavantagé par l'intervention du hasard, de la nature, ou des circonstances sociales dans le choix de ces principes. (§ 45)

Tout l'appareil de l'argumentation peut ainsi être considéré comme une rationalisation progressive de ces convictions, lorsque celles-ci sont infectées par des préjugés ou affaiblies par des doutes. Rawls donne un nom à cet ajustement mutuel de la conviction et de la théorie :

Par un processus d'ajustement, en changeant parfois les conditions des circonstances du contrat, dans d'autres cas en retirant des jugements et en les adaptant aux principes, je présume que nous finirons par trouver une description de la situation initiale

5. R.-J. Lucas, *On Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1966.

qui, tout à la fois, exprime des conditions préalables raisonnables et conduise à des principes en accord avec nos jugements bien pesés, dûment élagués et remaniés. *Je qualifie cet état final d'équilibre réfléchi* [*reflective equilibrium*]. (§ 47)

On peut parler d'équilibre parce que nos principes et nos jugements finissent par coïncider, et il est le résultat de la réflexion puisque nous savons à quels principes nos jugements se conforment et que nous connaissons les prémisses de leurs dérivations (*ibid.*). Le livre entier peut ainsi être considéré comme la recherche de cet équilibre réfléchi. Mais, si je comprends bien le cours de l'argumentation, la sorte de circularité que la recherche de l'équilibre réfléchi semble présumer paraît menacée par les forces centrifuges exercées par l'hypothèse contractualiste. Nous avons souligné au début de cette présentation la tendance constructiviste et même artificialiste et de la théorie de la position originelle et de l'argument du *maximin* en faveur du principe de différence. Pouvons-nous à la fois préserver la relation d'ajustement (*fitness*) entre théorie et conviction et la complète autonomie de l'argument en faveur des deux principes de justice ? Telle est l'ambivalence qui me paraît prévaloir dans la théorie rawlsienne de la justice. Elle voudrait gagner sur deux tableaux, d'une part en satisfaisant au principe de l'équilibre réfléchi, d'autre part en construisant un argument autonome introduit par le cours hypothétique de la réflexion. Cela explique la discordance apparente entre les déclarations du début, qui assignent un rôle régulateur aux convictions bien pesées, et le fier plaidoyer prononcé plus tard en faveur d'un argument indépendant, du type de la règle du *maximin*. Ce peut être le fardeau de toute théorie contractualiste de dériver d'une procédure agréée par tous les principes mêmes de justice qui, de façon paradoxale, motivent déjà la recherche d'un argument indépendant.

Cette ambiguïté concerne à titre ultime le rôle d'arguments rationnels en éthique. Peuvent-ils se substituer à des convictions antécédentes à la faveur de l'invention d'une situation

hypothétique de délibération ? ou bien leur fonction est-elle d'éclairer de façon critique des convictions antécédentes ? Rawls, me semble-t-il, s'efforce *to have the best of both worlds* : à savoir, de pouvoir construire une conception purement procédurale de la justice sans perdre la sécurité qu'offre l'équilibre réfléchi entre conviction et théorie. Pour ma part, je dirai que c'est notre précompréhension de l'injuste et du juste qui assure la visée déontologique de l'argument soi-disant autonome, y compris la règle du *maximin*. Détachée du contexte de la Règle d'or, la règle du *maximin* resterait un argument purement prudentiel caractéristique de tout jeu de marchandage. Non seulement la visée déontologique, mais même la dimension historique du sens de la justice, ne sont pas simplement intuitives, mais résultent d'une longue *Bildung* issue de la tradition juive et chrétienne aussi bien que grecque et romaine. Séparée de cette histoire culturelle, la règle du *maximin* perdrait sa caractérisation éthique. Au lieu d'être quasi économique, je veux dire analogue à un argument économique, elle dériverait vers un argument pseudo-économique, une fois privée de son enracinement dans nos convictions bien pesées.

Mais cette première suggestion concernant le statut épistémologique des arguments rationnels en éthique n'a de sens qu'en conjonction avec la seconde. Nous ne pouvons pas nous passer d'une évaluation critique de notre prétendu sens de la justice. La tâche serait de discerner quelles composantes ou quels aspects de nos convictions bien pesées requièrent une éradication continuelle de préjugés de biais idéologiques. Ce travail critique aurait pour premier champ d'application les préjugés qui se cachent sous ce que des moralistes ont appelé « prémisses spécifiantes », par exemple la restriction du principe de justice qui pendant des siècles a permis d'éviter de classer les esclaves parmi les êtres humains. Quelqu'un demandera peut-être si ce n'est pas pure utopie de faire confiance à la capacité des citoyens ordinaires ou à la rationalité, c'est-à-dire à leur aptitude à se mettre à la place de l'autre, ou mieux à transcender leur

place. Mais, sans cet acte de confiance, la fable philosophique de la position originelle ne serait qu'une hypothèse incroyable et non pertinente. Nous avons une raison supplémentaire de penser que ce dépassement des préjugés, cette ouverture à la critique sont possibles. Cette raison procède de ce que nous avons dit au début sur le caractère problématique d'une société définie dans les termes de sa fonction distributive. Une telle société est par principe ouverte à une variété d'arrangements institutionnels possibles. C'est pour la même raison que la justice ne peut être que distributive et qu'elle exige un mode de raisonnement hautement raffiné, comme Aristote a commencé de le faire en distinguant entre égalité arithmétique et proportionnelle.

Pour conclure, dans l'expression : « convictions bien pesées », l'épithète « bien pesées » a autant de poids que le substantif « convictions ». Dans ce contexte, *bien pesé* signifie ouvert à la critique de l'autre ou, comme K. O. Apel et J. Habermas le diraient, soumis à la règle de l'argumentation.

Après *Théorie de la justice* de John Rawls

C'EST EN 1957 que paraît le premier texte de John Rawls expressément intitulé "Justice as Fairness". C'est autour de ce noyau que se constitue, couche par couche, l'épais volume intitulé *A Theory of Justice*, publié à Harvard en 1971. Durant la décennie qui suit, l'auteur fait face aux critiques adressées à un ouvrage qui suscite une immense discussion à travers le monde. En 1980, commence une nouvelle série d'articles, visant non à réviser la définition des principes de justice énoncés dans l'ouvrage *princeps*, ou l'argumentation selon laquelle ces principes seraient ceux qui seraient choisis de préférence à tout autre dans une situation qui serait elle-même caractérisée par la *fairness*. La révision porte uniquement sur le champ d'application et les moyens d'exécution d'une théorie qui reste inchangée pour l'essentiel. On peut donc sans crainte tenir *A Theory of Justice* pour canonique. On ne peut toutefois pas le relire vingt-cinq ans après sans être attentif aux points de la doctrine qui ont subi la sorte d'autocritique dont on parlera plus loin. Le but de John Rawls dans *Théorie de la Justice* était, comme il le rappelle en 1992 dans la préface à la traduction française de ses écrits postérieurs,

de généraliser et de mener à un plus haut degré d'abstraction la doctrine traditionnelle du contrat social¹.

Ce n'est pas la seconde partie de la proposition qui sera remise en question, mais certainement la première. Il est dit en effet dans les premières lignes de l'ouvrage de 1971 que

la justice est la première vertu des institutions sociales comme la vérité l'est des systèmes de pensée².

Plus précisément, son objet est la « structure de base de la société », c'est-à-dire non pas les institutions particulières ou les interactions survenant dans des situations singulières, mais l'agencement des principales institutions sociales en un système unique assignant ainsi des droits et des devoirs fondamentaux et structurant la répartition des avantages et des charges qui résultent de la coopération sociale. Il importe, au vu des critiques adressées à Rawls, principalement par des politistes écrivant en Europe continentale, de souligner dès l'abord que le lien social présumé fondamental par Rawls doit être caractérisé par la *coopération* et non par la *domination*. Ce qui ne sera pas sans importance pour l'interprétation de la thèse de 1985, caractérisant précisément comme politique la théorie de la justice. Mais on verra, le moment venu, à quoi l'épithète politique sera alors opposée. La « structure de base » est ainsi synonyme de « schème de coopération » : par leur structure et leur finalité, les institutions concourant à la structure de base sont parties prenantes dans « une aventure de coopération tournée vers l'avantage mutuel ». La justice pourra être tenue pour vertu majeure de ces structures, étant admis que l'enjeu en est l'instauration d'une mutualité entre les individus concernés. C'est ce que Rawls a d'emblée en commun avec la tradition contractualiste : par le contrat, la société est d'emblée traitée comme phénomène congrégationaliste mutualiste. Cette présupposition fon-

damentale a l'avantage, au point de vue épistémologique, de mettre hors circuit l'alternative entre un holisme à la Durkheim ou un individualisme méthodologique à la Weber. Le système social étant caractérisé à titre primaire comme un processus de distribution de droits et de devoirs, d'avantages et de charges, on peut dire indifféremment que la structure de base distribue des parts ou que les individus concernés prennent part à la distribution ; aucune trace donc, dans *Théorie de la justice*, du débat qui a longtemps occupé la scène des sciences sociales de l'Europe continentale.

I

Cela dit, en quoi *Théorie de la justice* contribue-t-elle à mener à un plus haut degré d'abstraction la doctrine traditionnelle du contrat social ? Dès le paragraphe 3, intitulé « L'idée principale de la théorie de la justice », les principes de justice (car on va voir qu'ils sont deux et que le second se divise lui-même en deux sous-principes) sont ceux-là mêmes

que des personnes libres et rationnelles, désireuses de favoriser leurs propres intérêts et placées dans une position initiale d'égalité accepteraient et qui définiraient les termes fondamentaux de leur association (p. 37).

Cette référence de la justice des principes issus de la délibération à la *fairness* de la situation qui sera ultérieurement appelée « situation originelle », explique le titre du chapitre I, « Justice as Fairness ». La *fairness* caractérise le choix terminal parce qu'elle caractérise d'abord la situation initiale. Le choix des principes de justice sera *fair* si la situation originelle l'est elle-même (« les principes de la justice sont issus d'un accord conclu dans une situation initiale elle-même *fair* » p. 39). La fiction de la situation originelle porte ainsi tout le poids de la démonstration ultérieure. Ce trait est classique dans toute la tradition contractualiste. Avant de dire ce que les partenaires savent et ne savent pas dans la situation originelle, il importe de souligner

1. John Rawls, *Justice et démocratie*, Paris, Seuil, 1993, 387 p., p. 8.

2. *Théorie de la justice* (1971), trad. fr., Paris, Seuil, 1987, p. 29.

l'orientation procédurale de toute l'entreprise de la démonstration imposée par ce renvoi à la situation originelle. Sont mises entre parenthèses les conceptions rivales du « vivre bien » qui caractérisent les doctrines téléologiques. Et, parmi celles-ci, la version téléologique prédominante dans le monde de langue anglaise, à savoir l'utilitarisme, lequel avait trouvé chez John Stuart Mill et Sedgwick leurs avocats les plus éloquents. C'est même l'utilitarisme – et quasiment lui seul – qui est tenu pour représentatif de l'orientation téléologique dans la mesure où il définit la justice par la maximisation du bien pour le plus grand nombre. Ce rejet place d'emblée *Théorie de la justice* dans la classe des théories déontologiques, et plus précisément dans la filiation de Kant, comme il sera réaffirmé dans un important article de 1980 : “Kantian constructivism in moral theory” (« Le constructivisme kantien dans la théorie morale »). Cet article précise que ce qui est retenu de Kant, ce n'est pas l'opposition entre l'obligation issue de la raison pratique et l'inclination empirique (autrement dit le transcendantalisme, comme c'est le cas chez Habermas), mais l'idée que le juste est construit, dans la mesure où il procède d'un choix raisonné, alors que le bien est réputé trouvé, découvert, dans la mesure où il est appréhendé intuitivement. Le parallèle avec Kant ne peut guère être poussé plus loin que celui que la *Doctrine du droit*³ elle-même admet, à savoir la parenté profonde entre l'auto-législation qui définit l'autonomie morale et « l'acte par lequel un peuple se constitue lui-même en État⁴ ». C'est cela même que Kant appelle lui-même la « propre volonté législative [de] l'homme dans l'État⁵ ». Ce n'est pas que l'idée de bien soit totalement absente d'une théorie où le juste a priorité sur le bien : l'idée de « biens sociaux primaires » tient une place privilégiée au plan de l'énu-

mération des choses à distribuer et appartient à ce titre à la structure de base de la société ; c'est de la procédure de distribution que l'idée de bien est strictement exclue. Une procédure équitable de distribution doit pouvoir être définie sans faire référence aux évaluations attachées à la caractérisation comme « biens » des avantages et désavantages alloués aux partenaires du contrat ; on reviendra sur ce point quand on évoquera les points principaux de la discussion déclenchée par *Théorie de la justice*. Mais si ce sont des biens qui sont à allouer équitablement, l'équité de la distribution ne doit rien à leur caractère de bien et tout à la procédure de délibération. Quand il est subordonné au bien, le juste est à découvrir, quand il est engendré par des moyens procéduraux, le juste est construit ; il n'est pas connu d'avance ; il est supposé résulter de la délibération dans une condition d'équité absolue. C'est donc sur le rapport entre la procédure de délibération et la condition initiale d'équité que va porter tout l'effort de reformulation par Rawls du contrat social. Trois problèmes sont ainsi impliqués dans cette reformulation. Premier problème : qu'est-ce qui assurerait l'équité de la situation de délibération d'où pourrait résulter un accord concernant un arrangement juste des institutions ? Deuxième problème : quels principes seraient choisis dans cette situation fictive de délibération ? Troisième problème : quel argument pourrait convaincre les parties délibérantes de choisir unanimement les principes rawlsiens de la justice plutôt que, disons, une variante quelconque de l'utilitarisme ?

A la première question correspondent la supposition de la position originelle et la fameuse allégorie du « voile d'ignorance » qui vaut comme principe d'exposition. On ne saurait trop insister sur le caractère non historique mais hypothétique de cette position. En fait, la position originelle selon Rawls est substituée à l'état de nature des premiers contractualistes, dans la mesure où elle est définie comme une position d'égalité. On se souvient que chez Hobbes l'état de nature était caractérisé par la guerre de tous contre tous et, comme le souligne Léo Strauss, comme un

3. E. Kant, *Métaphysique des mœurs*. Première partie : *Doctrine du droit*, trad. fr. A. Philonenko, Paris, Vrin, 1971.

4. *Ibid.*, § 47.

5. *Ibid.*

état où chacun est motivé par la crainte de la mort violente. Ce qui est donc en jeu chez Hobbes, ce n'est pas la justice, mais la sécurité. Rousseau et Kant, sans partager l'anthropologie pessimiste de Hobbes, décrivent l'état de nature comme sans loi, c'est-à-dire sans aucun pouvoir d'arbitrage entre revendications opposées. En revanche les principes de la justice peuvent devenir le propos d'un choix commun si, et seulement si, la position originelle est équitable, c'est-à-dire égale. Or elle ne peut être égale que dans une situation hypothétique. Une part énorme de spéculation est alors dépensée par Rawls concernant les conditions auxquelles la situation originelle peut être dite équitable à tous égards. C'est à faire le compte de ces contraintes qu'est destinée la fable du « voile d'ignorance ». Le point principal porte sur la question de savoir ce que les individus doivent connaître sous le voile d'ignorance, afin que de leur choix dépendent des distributions équitables d'avantages et de désavantages dans cette société réelle où, derrière des droits, des intérêts sont en jeu. D'où la première contrainte : que chaque partenaire ait une connaissance suffisante de la psychologie générale de l'humanité en ce qui concerne les passions et les motivations fondamentales. Rawls reconnaît franchement que son anthropologie philosophique est très proche de celle de Hume dans le *Traité de la nature humaine*, livre 3, en ce qui concerne besoins, intérêts, fins, revendications conflictuelles, y compris

les intérêts d'un moi qui considère que sa conception du bien mérite d'être reconnue et qui avance des revendications en sa faveur demandant à être satisfaites⁶.

Deuxième contrainte : les partenaires doivent savoir ce que tout être raisonnable est présumé vouloir posséder, à savoir les biens sociaux primaires sans lesquels l'exercice de la liberté serait une revendication vide. A cet égard, il est important de noter

6. *Théorie de la justice*, op. cit., p. 160.

que le « respect de soi » appartient à cette liste de biens primaires. Troisième contrainte : le choix étant entre plusieurs conceptions de la justice, les partenaires doivent avoir une information convenable concernant les principes de justice en compétition. Ils doivent connaître les arguments utilitaristes et, bien entendu, les principes rawlsiens de la justice, puisque le choix n'est pas entre des lois particulières, mais entre des conceptions globales de la justice. La délibération consiste très précisément à donner un rang aux théories alternatives de la justice. Autre contrainte : tous les partenaires doivent être égaux en information ; c'est pourquoi la présentation des alternatives et des arguments doit être publique. Autre contrainte encore : ce que Rawls appelle la *stabilité* du contrat, c'est-à-dire l'anticipation qu'il sera contraignant dans la vie réelle, quelles que soient les circonstances prévalantes. On verra un peu plus loin que c'est cette contrainte qui a paru à Rawls suffisamment irréaliste pour qu'il remette en chantier la question des circonstances d'application d'un contrat supposé valide. Tant de précautions témoignent de la difficulté du problème à résoudre, à savoir

établir une procédure équitable (*fair*) de telle sorte que tous les principes sur lesquels un accord interviendrait soient justes. L'objectif est d'utiliser la notion de justice procédurale pure en tant que base de la théorie⁷.

Ce que la situation originelle doit plus que tout annuler, ce sont les effets de contingence dus tant à la nature qu'aux circonstances sociales, le prétendu mérite étant mis par Rawls au nombre de ces effets de contingence.

Se pose maintenant la deuxième question : quels principes seraient choisis sous le voile d'ignorance ? La réponse à cette question se trouve dans la description des deux principes de justice et dans leur mise en ordre correcte. Ces principes, on

7. *Théorie de la justice*, op. cit., p. 168.

l'a dit en commençant, sont des principes de distribution. En recevant des parts, les individus deviennent les partenaires d'une « aventure de coopération » (*cooperative venture*). En tant que la société se présente comme système de distribution, tout partage problématique est ouvert à des alternatives également raisonnables ; c'est pourquoi des principes spécifiques sont requis assurant le caractère équitable – et, ajoutons, le caractère stable – de la procédure susceptible d'arbitrer entre des revendications concurrentes. Les principes que l'on va énoncer portent exactement sur cette situation problématique engendrée par l'exigence d'une répartition équitable et stable. Quant aux deux principes de justice, les voici :

1.– Chaque personne doit avoir un droit égal au système total le plus étendu de libertés de base égales pour tous, compatibles avec un même système pour tous. 2.– Les inégalités économiques et sociales doivent être telles qu'elles soient : a) au plus grand bénéfice des plus désavantagés, dans la limite d'un juste principe d'épargne et, b) attachées à des fonctions et à des positions ouvertes à tous conformément au principe de la juste égalité des chances⁸.

Ces principes sont dits d'*égale liberté* (1), de *différence* (2a) et d'*égalité des chances* (2b). Le premier principe assure bien évidemment les libertés égales de la citoyenneté (liberté d'expression, d'assemblée, de vote, d'éligibilité aux fonctions publiques). Mais pourquoi un second principe ? Il est remarquable que, chez Rawls, comme sans doute chez la plupart des moralistes avant lui, c'est le scandale de l'inégalité qui a mis en mouvement la pensée. Rawls pense d'abord aux inégalités qui affectent les chances initiales à l'entrée de la vie, ce qu'on peut appeler les « positions de départ ». Il pense aussi, bien entendu, aux inégalités liées à la diversité des contributions des individus à la marche de la société, aux différences de qualification, de compétence, d'efficacité dans l'exercice de la responsabilité,

etc., inégalités dont nulle société n'a pu ou voulu se départir. Le problème est alors de définir l'équité de telle sorte que soient réduites à leur minimum inéluctable ces inégalités. On pourrait résumer la question en ces termes : peut-on parler, en toute équité, d'*inégalités plus justes ou, du moins, moins injustes que d'autres* ? D'où le second principe de justice : il pose dans sa première partie les conditions sous lesquelles les inégalités doivent être tenues pour préférables à des inégalités plus grandes, mais aussi à une répartition égalitaire, d'où le nom de principe de différence ; dans sa seconde partie, il égalise autant qu'il est possible les inégalités liées aux différences d'autorité et de responsabilité. Le principe de différence sélectionne ainsi la situation la plus égale compatible avec la règle d'unanimité. Aussi importante que le contenu de ces principes est la règle de priorité qui les lie l'un à l'autre. Rawls parle ici d'ordre sériel ou lexical, heurtant de front le marxisme aussi bien que l'utilitarisme. Appliqué aux principes de justice, l'ordre sériel ou lexical signifie que

des atteintes aux libertés de base égales pour tous ceux qui sont protégés par le premier principe ne peuvent être justifiées ou compensées par des avantages sociaux ou économiques plus grands⁹.

En outre, l'ordre lexical s'impose entre les deux parties du second principe : les moins favorisés en termes économiques doivent être lexicalement prioritaires à l'égard de tous les autres partenaires. C'est ce que J.-P. Dupuy désigne comme l'implication antisacrificielle du principe de Rawls : celui qui pourrait être la victime ne devrait pas être sacrifié même au bénéfice du bien commun. C'est ici la pointe antiutilitariste de la théorie rawlsienne de la justice.

Vient la *troisième* question : pour quelles raisons les partenaires placés sous le voile d'ignorance préféreraient-ils ces

8. *Théorie de la justice, op. cit.*, p. 341.

9. *Théorie de la justice, op. cit.*, p. 92.

principes dans leur ordre lexical plutôt que n'importe quelle version de l'utilitarisme ? L'argument, qui occupe une place considérable dans *Théorie de la justice*, est emprunté à la théorie de la décision dans un contexte d'incertitude. Il est désigné du terme de *maximin*, pour la raison que les partenaires sont censés choisir l'arrangement qui *maximise la part minimale*. L'argument a toute sa force dans la situation originelle sous le voile d'ignorance. Nul ne sait quelle sera sa place dans la société réelle. Il raisonne donc sur de simples possibilités. Or les contractants sont engagés les uns à l'égard des autres en vertu d'un contrat dont les termes ont été publiquement définis et unanimement acceptés. Si deux conceptions de la justice sont en conflit et si l'une d'entre elles rend possible une situation que quelqu'un pourrait ne pas accepter, tandis que l'autre exclurait cette possibilité, alors la seconde prévaudra.

II

Avant de considérer les importants remaniements à *Théorie de la justice* produits par les écrits des années 1980-1987, il importe de souligner, d'une part, les aspects de la théorie qui devaient servir ultérieurement à la révision qu'on va dire, d'autre part, ceux que l'auteur lui-même devait tenir pour dépourvus de précision et de force argumentative, voire pour franchement erronés.

1. – Au premier rang des premiers il faut placer la notation présente dès le chapitre 4 de *Théorie de la justice*, concernant la fonction qu'on peut dire non seulement de précompréhension, mais d'accompagnement ininterrompu, tenu par ce que John Rawls appelle nos « convictions bien pesées » (*considered convictions*) concernant la justice ; ces convictions doivent être « bien pesées », car si dans certains cas flagrants d'injustice (intolérance religieuse, discrimination raciale) le jugement moral ordinaire paraît sûr, nous avons bien moins d'assurance quand il s'agit de répartir équitablement la richesse et l'autorité.

Il nous faut, dit Rawls, chercher un moyen de dissiper nos doutes. Les arguments théoriques jouent alors le même rôle de mise à l'épreuve que celui que Kant assigne à la règle d'universalisation des maximes. Tout l'appareil de l'argumentation peut être ainsi considéré comme une rationalisation progressive de ces convictions, lorsque celles-ci sont affectées par des préjugés ou affaiblies par des doutes. Cette rationalisation consiste dans un processus complexe d'ajustement mutuel entre la conviction et la théorie :

par un processus d'ajustement, en changeant parfois les conditions des circonstances du contrat, dans d'autres cas en retirant des jugements et en les adaptant aux principes, je présume que nous finirons par trouver une description de la situation initiale qui, tout à la fois, exprime des conditions préalables raisonnables et conduise à des principes en accord avec nos jugements bien pesés, dûment élagués et remaniés. Je qualifie cette étape finale d'équilibre réfléchi (*reflective equilibrium*)¹⁰.

Avant de jouer un rôle dans la révision ultérieure de la doctrine, cette notion d'*équilibre réfléchi* donne une tournure particulière à la démonstration. C'est dans les situations où règne déjà un certain consensus moral que se forme ce qu'on pourrait appeler une précompréhension des principes de justice. Ce qui permet de les énoncer avant même que le processus de formalisation soit engagé. Cela n'empêche pas, il est vrai, tout le développement de *Théorie de la justice* de constituer un gigantesque effort pour assurer l'autonomie des deux moments de l'argument, à savoir la théorie de la situation originelle et la raison de choisir ces deux principes plutôt que n'importe quelle version utilitariste. Concernant la situation originelle, toutes les contraintes qui la définissent sont construites comme une expérience de pensée et créent une situation tout à fait hypothétique, sans racines dans l'histoire et l'expérience ; mais elles sont imaginées de telle façon qu'elles satisfassent à l'idée d'é-

10. *Théorie de la justice*, op. cit., p. 47.

quité dont nous avons un avant-goût dans les situations où notre jugement moral est déjà bien établi. Quant à l'argument du *maximin*, c'est, comme on vient de le dire, un argument technique emprunté à la théorie des jeux où il y a des gagnants et des perdants dépourvus de tout souci éthique. Mais on peut se demander si l'argument se distinguerait d'une forme subtile de l'utilitarisme, tel que le conséquentialisme, s'il n'était pas originellement couplé avec un argument moral emprunté à nos convictions bien pesées, à savoir qu'en tout partage inégalitaire, c'est le sort du moins favorisé qui doit être pris comme pierre de touche de l'équité du partage.

On va montrer un peu plus loin de quelle façon la notion d'équilibre réfléchi a pu servir de point d'appui pour la révision de *Théorie de la justice* proposée à partir de 1980. Mais il faut d'abord dire un mot des points de la doctrine que John Rawls lui-même a tenus pour insuffisamment argumentés, voire intenable. Et cela indépendamment, selon lui, de la critique venue principalement des « communautariens¹¹ ». Ceux-ci ont essentiellement objecté que l'on ne voyait pas comment un pacte « anhistorique », comme celui conclu dans la situation originelle sous le voile d'ignorance, pouvait *lier* une société « historique » ; ils ont généralement tiré argument du fait que dans la version rawlsienne du contractualisme, les « choses » à distribuer constituent des biens sociaux primaires dont la nature même de biens ne saurait rester sans influence sur la règle formelle de distribution. Or, qu'est-ce qui qualifie comme bons ces biens sociaux, sinon des estimations, des évaluations, qui, comparées entre elles, se révèlent hétérogènes ? C'est de cette différence *réelle* entre biens investis dans les choses à distribuer (biens marchands et non marchands, positions d'autorité et de responsabilité) que Michael Walzer conclut à la nécessité de

rapporter des définitions chaque fois différentes de la justice aux sphères multiples et concurrentielles régies chacune par des « compréhensions partagées » au sein de communautés concrètes. Si Rawls n'a pas pris en compte cette objection, c'est d'abord parce qu'il a pensé que la règle de distribution était assez contraignante, au plan rationnel, pour neutraliser l'hétérogénéité réelle des biens ; mais c'est aussi parce que son idée de la « structure de base de la société » requerrait une entière disjonction entre celle-ci et les institutions particulières effectivement tributaires de cette hétérogénéité des biens et des estimations correspondantes. Loin donc de céder sur ce point, Rawls n'a pas cessé d'accentuer l'aspect kantien de sa doctrine à l'encontre, non seulement de l'utilitarisme ou du libéralisme de Nozick¹², mais aussi des diverses versions du communautarisme, comme on peut le lire dans un essai de 1978, *The Basic Structure as Subject (La structure de base comme sujet)* et dans un autre de 1980, *Kantian constructivism in moral theory (Le constructivisme kantien dans la théorie morale)*. C'est une difficulté en apparence similaire à celles mises en avant par les communautariens mais discernée par l'auteur même de *Théorie de la justice* dans son grand ouvrage, qui devait entraîner les remaniements qu'on va dire.

La difficulté, déclare Rawls, est

interne à la *Théorie de la justice* comme équité, à savoir que son analyse de la stabilité d'une société démocratique, dans la troisième partie, ne s'accorde pas avec une théorie prise comme un tout¹³.

Par stabilité, John Rawls entendait, dès 1971, la propriété du contrat de durée de lier entre elles plusieurs générations, et, pour ce faire, de s'inscrire dans une histoire où le politique, comme nous le savons depuis Machiavel, a l'ambition d'échap-

11. N. Daniels, *Reading Rawls*, New York, 1975 ; M. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, 1982 ; Ch. Taylor, *Philosophical Papers*, Cambridge, 1985 ; M. Walzer, *Spheres of Justice*, Basic Books, 1983.

12. R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, trad. fr. *Anarchie, État et Utopie*, Paris, 1988.

13. Préface à la traduction française des essais de 1978 à 1990 sous le titre *Justice et démocratie*.

per à la brièveté des vies individuelles, aux vicissitudes des passions et à la versatilité des intérêts particuliers.

2. – C'est pour faire face à ces difficultés que John Rawls en est venu, non à changer quoi que ce soit dans la définition des principes de la justice et dans l'argument qui les rend préférables à tout autre genre de principes, mais à en restreindre le champ d'application à un certain type de société, à savoir les démocraties qu'il appelle constitutionnelles ou libérales. Et cela, en vertu de conditions limitatives qui appartiennent précisément à l'histoire de ces sociétés et qui fonctionnent du même coup comme conditions de *recevabilité* ou d'*admission* des principes abstraits de la théorie de la justice et des arguments en leur faveur.

a) Pour faire entendre la nature de cette limitation fondamentale du champ d'application de *Théorie de la justice*, il faut dire à quelle ambition cette limitation a contraint de renoncer. Essentiellement à la prétention de tenir la théorie de la justice pour une théorie « *comprehensive* » (ce qui a été traduit par « compréhensif » mais pourrait l'être par « englobant »), c'est-à-dire valable, d'une part, pour *toute* société possible, d'autre part pour *toutes* les institutions subordonnées à la structure de base, voire pour les institutions internationales de rang supérieur, finalement pour *toutes* les sortes de transactions sociales. La théorie de la justice de 1971 était, sans le déclarer explicitement, une telle théorie englobante. A ce titre, elle entrait en compétition avec des conceptions de même amplitude, telles que l'utilitarisme de Mill et le transcendantalisme kantien, dont la prétention est bien de couvrir la totalité des interactions humaines et des institutions qui les encadrent. Mais elle entrait aussi en conflit avec les conceptions de la « vie bonne » professées par des individus et des communautés sous l'égide de l'idée du Bien. Cette dernière considération est de la plus grande importance, car l'opposition tant de fois répétée entre le *juste* et le *bon* avait paru se situer au niveau de la plus grande généralité. Désormais les conceptions du bien, celles des An-

ciens, celles des médiévaux et, plus près de nous, celles des utilitaristes de diverses obédiences, sont laissées à leur niveau de généralité englobante, mais à l'intérieur de la règle de justice professée par un certain type de société, la société de démocratie constitutionnelle ou libérale. En ce sens, l'opposition entre le juste et le bon cesse d'être homogène et devient dissymétrique ; le bien est l'enseigne de doctrines englobantes professées par des individus ou des communautés spécifiques ; le juste est le principe directeur des sociétés constitutionnelles ou libérales. C'est cette dissymétrie que veut désigner le titre de la conférence de 1985 : « *Justice as Fairness: political not metaphysical* » (La théorie de la justice comme équité : une théorie politique et non pas métaphysique). « Métaphysique » est ici tenu pour synonyme de « *comprehensive* », ce qui est assez étonnant s'agissant de Kant ou de Mill ; quant à « politique », il est pris au sens restrictif de : régissant les démocraties constitutionnelles ou libérales (J. Rawls emploie indistinctement les deux qualificatifs, mais ne sépare jamais le second du premier, dans la mesure où le *libéralisme* lui-même peut être tenu tantôt pour une théorie englobante – donc métaphysique, disons une vision du monde embrassant la totalité des relations humaines privées et publiques, communautaires et étatiques, nationales et internationales –, tantôt comme qualifiant la structure de base d'un certain type de sociétés, les sociétés de démocratie avancée. C'est pourquoi John Rawls tient à distinguer le libéralisme *politique* du libéralisme qu'il faut bien appeler *métaphysique*.

Quelles raisons sont avancées en faveur de cette réduction drastique du champ opératoire de *Théorie de la justice* ? essentiellement des raisons historiques de deux sortes. Les premières plaident pour la disjonction qu'on vient de dire, les secondes pour une nouvelle sorte de relations positives entre le niveau procédural de l'idée de justice et le plan substantiel des conceptions religieuses, philosophiques et morales professées par les individus ou les communautés composant la société. C'est de cette seconde sorte de raisons que relève l'essai fameux « *The*

Idea of an Overlapping Consensus” (L'idée d'un consensus par recoupement). Ce n'est qu'avec cette seconde série de considérations qu'une réponse complète sera donnée à l'objection que Rawls se fait à lui-même concernant la *stabilité* du contrat social selon *Théorie de la justice*.

b) Mais attardons-nous un moment aux raisons que nous avons annoncées comme *négatives*. En effet, la raison majeure de la sorte de décrochage opéré à partir de 1978 est d'ordre historique et sociologique : c'est le « *fait du pluralisme* ». Rawls le fait remonter essentiellement aux guerres de religion de l'Occident chrétien aux XVI^e et XVII^e siècles. Ces guerres ont imposé comme un fait l'existence simultanée de plusieurs confessions de foi dans un même espace politique. La solution de ce conflit inexpiable a été en effet la conquête de l'idée de tolérance, celle-ci étant entendue d'abord au sens d'un *modus vivendi* à la Hobbes, disons un expédient stratégique et utilitaire (« si nous ne voulons plus nous entre-tuer, alors tolérons-nous mutuellement »). Mais le point important est que l'idée de tolérance se soit affirmée comme une valeur positive de rang supérieur aux confessions religieuses et aux autres convictions philosophiques et morales irréductibles les unes aux autres. Certes, on doit dire qu'historiquement c'est le libéralisme comme philosophie englobante qui a permis de faire ce pas décisif. Mais c'est précisément la tâche de la théorie de la justice, telle qu'élaborée par Rawls, de détacher le libéralisme *politique* du libéralisme « métaphysique » qui reste en compétition avec d'autres visions du monde, qu'elles soient religieuses, philosophiques ou morales. Aux yeux de Rawls cette tâche est inévitable, dans la mesure où la complexité croissante du monde moderne ne laisse aucune chance à une vision substantielle du *bien* ou transcendantale du *juste* de servir de ciment au lien social. La seule alternative serait l'imposition d'une unique vision du monde par un régime tyrannique. En ce sens, la liberté *politique*, dégagée de sa gangue « métaphysique » par la théorie renouvelée du contrat, apparaît comme la seule issue raisonnable en dehors

de l'alternative entre la guerre de tous contre tous et la tyrannie. Fondamentalement, seule une justice procédurale peut assurer la coexistence entre des visions du monde rivales, principalement celles centrées sur des idées divergentes du bien, comme il est affirmé dans un article de 1988 : “*The priority of Right and Ideas of the Good*” (La priorité du juste et les conceptions du bien).

L'argument serait incomplet si on ne joignait à la théorie politique de la justice son corollaire le plus important concernant l'idée de *personne*. Celle-ci est inséparable de l'idée initiale du lien social comme schème de coopération. La coopération implique des personnes soucieuses de préserver et d'augmenter leur avantage. Mais l'idée de personne comme celle de justice doit être dédoublée, selon qu'elle est déterminée par la visée du bien ou par son lien avec des institutions régies par les principes de justice. Dans le premier cas, on prône une conception « métaphysique » de la personne. Dans le second, une idée seulement politique. Dans *Théorie de la justice*, les citoyens sont considérés comme des personnes libres et égales,

c'est-à-dire comme doués d'une personnalité morale qui leur permet de participer à une société envisagée comme un système de coopération équitable en vue de l'avantage mutuel¹⁴.

En un sens, les écrits des années quatre-vingt ne disent pas autre chose : « La société est un système de coopération sociale équitable entre des personnes libres et égales » (*passim*). Mais le caractère *libre* des personnes est plus étroitement mis en relation avec le premier principe de justice, et leur caractère *égal* avec le second principe de justice. Cette réduction du champ de signification de la personne au citoyen d'une démocratie constitutionnelle est en fait très « libérante », dans la mesure où elle ne couvre que le domaine limité du rapport à la structure de base de la société, dans le prolongement de la conquête de

14. *Théorie de la justice, op. cit.*, p. 211.

l'idée de tolérance et de la condamnation de l'esclavage. Le champ est laissé libre à toutes les expressions de la vie personnelle et communautaire, non codées par ce rapport institutionnel de base. Non seulement les controverses portant sur les visions du monde ont le champ libre, mais le politique est mis à l'abri de ces controverses par son retrait et son abstraction. C'est de ce modèle que se rapprochent les démocraties constitutionnelles modernes. C'est lui que *Théorie de la justice* formalisait sans être au clair sur les limites de l'entreprise.

Une réponse partielle est ainsi donnée à l'objection interne formulée par Rawls sur la base de la condition de *stabilité* du contrat. Négativement parlant, on peut dire avec assurance

que, en matière de pratique politique, aucune conception morale générale ne peut fournir un concept publiquement reconnu pour une conception de la justice dans le cadre d'un État démocratique moderne¹⁵.

Le terme important est : *reconnu*, c'est-à-dire précisément applicable historiquement. En fait, la réponse à l'objection n'est déjà plus seulement négative ; elle est déjà positive, si l'on considère que le second principe de justice, et plus précisément la seconde partie de ce principe (« les inégalités sociales et économiques... doivent être au plus grand avantage des membres les plus défavorisés de la société »), s'adressent aux revendications d'égalité élevées par des communautés de pensée rivales et assurent une protection institutionnelle aux droits, libertés et opportunités attachés à ces revendications. La démocratie libérale est destinée précisément à des citoyens en désaccord virtuel sur l'essentiel. Elle s'emploie à limiter l'étendue du désaccord public.

On ne saurait toutefois s'en tenir à ce propos excessivement modeste. Il est raisonnable de se proposer plus et de tenter de reconstruire un lien plus positif entre la règle de justice et le

fond des croyances effectivement professées dans nos sociétés modernes. C'est à cette requête que répond l'idée de *consensus par recoupement*. Il faut dire tout de suite que cette idée se situe dans le prolongement exact de l'idée d'équilibre réfléchi entre la théorie et nos convictions bien pesées. Mais *Théorie de la justice* ne disait pas quelles convictions bien pesées satisfaisaient aux conditions d'un équilibre réfléchi. Et cela, parce que la limitation de *Théorie de la justice* au champ historique de la démocratie libérale n'avait pas été aperçue. Et pourtant, *Théorie de la justice* présupposait chez les partenaires du pacte social l'idée *intuitive* de base selon laquelle les citoyens sont des personnes libres et égales en vertu de capacités morales précises : à savoir, le sens même de la justice, c'est-à-dire

la capacité de comprendre, d'appliquer et de respecter dans ses actes la conception publique de la justice qui caractérise les termes d'une coopération équitable¹⁶.

Or d'où provient la motivation et, si l'on peut dire, l'instruction d'une telle capacité morale ? C'est ici qu'intervient l'idée d'un consensus par recoupement. En deçà de ce point, la théorie de la justice ne reposait que sur une stratégie d'*évitement* des controverses, dans la ligne de l'idée de tolérance sur laquelle s'étaient conclues les guerres de religion de l'Occident chrétien. Il lui faut faire maintenant le pas d'un *pari*, à savoir que les conceptions « métaphysiques » rivales qui ont nourri et qui alimentent encore les convictions fortes des citoyens appartenant aux démocraties occidentales peuvent motiver, justifier, fonder le même corps minimal de croyances susceptibles de contribuer à l'équilibre réfléchi requis par *Théorie de la justice*. L'article de 1989, portant précisément ce titre : "*The Domain of the Political and Overlapping Consensus*" (Le domaine du politique et le consensus par recoupement), est expressément consacré à ce *pari* qui fait pendant à la méthode d'*évitement* évoquée à l'instant.

15. *Théorie de la justice*, op. cit., p. 208.

16. *Théorie de la justice*, op. cit., p. 218.

Il y est d'abord affirmé que la théorie de la justice comme équité constitue une conception politique indépendante, autrement dit non déductible d'une théorie générale de l'institution ou de la communauté. Elle requiert donc une justification distincte, une garantie propre de stabilité. Or, seules quelques doctrines « *comprehensive* », qu'elles soient morales, philosophiques ou religieuses, peuvent, malgré leur opposition mutuelle, concourir par leur recoupement à cette fondation en commun des valeurs propres à une démocratie équitable et capable de durer.

On voit l'ampleur du pari : celle-ci est soulignée par l'idée complémentaire de celle de consensus par recoupement, à savoir l'idée de « *désaccord raisonnable* », qui constitue le véritable noyau de cet important article :

Nous pouvons dire qu'un désaccord raisonnable est un désaccord entre personnes raisonnables, c'est-à-dire des personnes qui ont développé leurs deux facultés morales [ces facultés sont la capacité à avoir un sens de la justice et une conception du bien] à un degré suffisant pour être des citoyens libres et égaux dans une démocratie, qui ont un désir durable d'être des membres pleinement actifs de la société pendant toute leur vie¹⁷.

De cette déclaration résulte que l'opposition entre politique et « métaphysique » appliquée à l'idée de justice n'implique ni mépris, ni indifférence, ni hostilité à l'égard des conceptions « métaphysiques » du bien, dans la mesure où c'est de leur concours sur un point précis, celui de la justice politique, que l'on attend qu'elles fournissent la force d'adhésion durable aux principes de justice. Au reste, comment des désaccords pourraient-ils être raisonnables, si l'on tenait les croyances professées pour de simples préjugés ou survivances ? Il faut admettre avec T. Nagel dans *Mortal Questions*¹⁸, que *la raison a ses difficultés* (« les difficultés de la raison¹⁹ »), précisément dans la

sphère de son exercice pratique et normatif, et avec I. Berlin que tout système d'institutions ne peut accepter qu'un nombre limité de valeurs fondatrices dans son espace de réalisation. La démocratie constitutionnelle ne saurait donc faire l'économie de « *préceptes de la discussion raisonnable*²⁰ », par quoi J. Rawls se rapproche de l'éthique habermassienne de la discussion, sans renoncer à ses réticences à l'égard des arguments transcendants. L'idée de consensus par recoupement reste une idée pragmatique, gagée par une expérience au moins bicentenaire de la pratique démocratique. Encore l'idée même de consensus doit-elle être tempérée par celle de l'attente d'un

soutien d'une majorité substantielle de ses citoyens politiquement actifs²¹.

Reprochera-t-on à J. Rawls d'avoir méconnu la problématique de la *domination* qui, en Europe continentale du moins, a occupé massivement la scène de la philosophie politique de Hegel à Max Weber et à Carl Schmitt ? J. Rawls pense avoir fait sa place à deux caractéristiques importantes de la relation politique²² – le caractère fermé d'une société dans laquelle nous n'entrons pas et de laquelle nous ne sortons pas volontairement, et le caractère coercitif du pouvoir politique, ne serait-ce qu'à la phase d'application des lois. Mais, si ces deux caractéristiques appartiennent bien à la délimitation du « domaine spécial du politique », elles ne nous enseignent rien sur les conditions de justice qui feront de l'État un État de droit et du régime politique un régime constitutionnel. C'est l'adhésion des citoyens en tant que personnes libres et égales qui justifie la structure générale de l'autorité politique. Le caractère raisonnable de cette adhésion consiste en ceci que nulle communauté de croyances religieuses, philosophiques ou morales ne tiendra

17. *Justice et démocratie*, op. cit., p. 327.

18. T. Nagel, *Mortal Questions*, Cambridge University Press, 1979.

19. *Théorie de la justice*, op. cit., p. 326 et suivantes.

20. *Justice et démocratie*, op. cit., p. 329 et suivantes.

21. *Ibid.*, p. 331.

22. *Ibid.*, p. 335 et suivantes.

pour raisonnable de recourir au pouvoir de l'État pour obtenir le dévouement des autres à ses propres doctrines.

J. Rawls livre un peu plus sa propre appréciation de la situation spirituelle contemporaine lorsqu'il examine ce qu'il tient pour le *cas-type* d'un consensus par recoupement : c'est celui où la conception politique est approuvée par les trois doctrines « compréhensives » suivantes : une conception religieuse rattachant la tolérance à la compréhension même de la foi – une forme de libéralisme philosophique, tel celui de Kant ou de Mill dérivant la théorie de la justice comme équité à titre de conséquence de sa vision générale du monde – enfin, une conception politique se suffisant à elle-même dans l'expression des valeurs politiques

qui, dans les conditions relativement favorables qui rendent possible une démocratie constitutionnelle plus ou moins juste, l'emportent normalement sur n'importe quelles autres qui s'y opposeraient²³.

John Rawls ne dit pas où il se situe lui-même en tant que personne singulière par rapport à ce cas-type de consensus par recoupement. Son rôle de philosophe s'arrête au moment où il souligne le caractère aléatoire des conditions mêmes de stabilité sans lesquelles resterait insurmontable l'objection d'*irréalisme* que Rawls adresse à l'idée d'une société bien ordonnée et gouvernée par la théorie de la justice comme équité, au sens de *Théorie de la justice*²⁴.

23. *Justice et démocratie*, op. cit., p. 259.

24. Préface de 1992 à *Justice et démocratie*, p. 9. Le lecteur de langue française trouvera une analyse critique détaillée de la théorie de la justice de Rawls dans les ouvrages recommandés par les éditeurs de *Justice et démocratie*, p. 372.

La pluralité des instances de justice

LE THÈME de la présente leçon peut paraître inopportun, voire intempestif, au sens précis du mot. A l'heure où l'opinion et les pouvoirs publics s'interrogent sur la nature des transferts que notre État-nation doit consentir aux institutions européennes présentes et à venir, et se demandent s'il s'agit là d'un simple transfert de compétence ou d'un réel transfert de souveraineté, laquelle est réputée indivisible et de ce fait inaliénable – c'est à cette même heure que nous entreprenons de prendre la mesure d'un problème symétrique, quoique orienté en sens inverse. Il ne s'agit plus de la limitation par en haut de ce qu'on peut appeler la puissance juridique de l'État, mais de la limitation en quelque sorte par en dessous et par en bas de cette même puissance juridique. Il s'agit d'une poussée historique, opérant au niveau infra-étatique, dont divers auteurs sont en train de faire la théorie. Je me propose d'examiner deux de ces plaidoyers en faveur de la différenciation infra-étatique d'instances génératrices de droit. Le premier, celui de Michael Walzer dans *Spheres of Justice*¹, est tenu par un des plus brillants

1. Michael Walzer, *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, Basic Books, 1983.

contradicteurs de John Rawls et de son concept abstrait, formel et strictement procédural de la justice. Le second plaidoyer est celui que tiennent Luc Boltanski et Laurent Thévenot dans *De la justification : les économies de la grandeur*² ; ici, c'est l'idée de justification et non directement celle de justice qui fournit le singulier et ce sont les cités et les mondes multiples régis par ce que le sous-titre appelle les économies de la grandeur, qui introduisent la pluralité au cœur même de l'exigence de justification. Le terme de référence n'est plus l'abstraction procédurale de Rawls, mais l'antinomie apparente entre le holisme des sociologues durkheimiens et l'individualisme méthodologique professé par la théorie économique. Reste que les deux ouvrages, malgré les différences que l'on va dire, ont tous deux affaire avec un pluralisme qui prend en quelque sorte à revers le foyer unitaire de juridicité que constitue dans notre tradition occidentale et plus précisément républicaine l'État-nation.

Il y a un piège dans lequel je ne voudrais pas tomber, celui d'une comparaison terme à terme aboutissant à la simple juxtaposition de deux brèves monographies.

Par-delà la différence de découpage de ce qu'on appelle ici sphère et là cité, deux questions me retiendront. La première concerne la nature différente des projets et des critères de distinction qui en résultent. La seconde, la plus importante, mais commandée par la précédente, concerne les possibilités nouvelles de remembrement de la communauté politique et de sa justice, laissées ouvertes par ces deux entreprises qu'on peut dire de pluralisme juridique. En effet, si ces deux ouvrages prennent à revers notre conception républicaine de l'unicité du foyer de juridicité, résumée par le concept de souveraineté du peuple, ne nous invitent-ils pas à les prendre à leur tour à revers, en leur demandant ce qu'il en est, en fin de compte, de

la justice ou de la justification en tant que terme singulier, au bout du grand détour par la multiplicité et la diversité des foyers de droit.

Deux projets de pluralisation

Abordant les deux ouvrages à partir du projet qui les met en route et des critères de distinction qui découlent de ces projets, nous sommes d'abord rendus attentifs aux différences qui s'expriment dans les sous-titres des deux ouvrages. D'un côté : « Défense du pluralisme et de l'égalité », de l'autre : « Les économies de la grandeur ». Qu'est-ce qui se dit là ?

Le projet de Walzer a donc affaire avec l'égalité ; mais le critère de différenciation est fourni par la notion de biens sociaux. Il importe donc d'examiner la nature de cette connexion. L'égalité, depuis Solon, Périclès, Isocrate, Aristote, devient un synonyme de justice, dès lors que la justice est réputée régler la distribution de parts égales ou inégales, dans les sens variés qu'on va dire de qualificatif. Disons que la justice, au sens distributif, identifie l'idée d'égalité à celle de partage juste. Les difficultés commencent lorsque l'on écarte l'égalité simple – arithmétique, disait Aristote – selon la formule : à chacun la même part. Seule, est-il admis, une société répressive pourrait l'imposer et cela au détriment de tous. Qu'en est-il alors de l'égalité complexe ? La revendication d'une telle égalité se révèle essentiellement réactive, corrective, pour tout dire abolitionniste ; ce qu'elle veut abolir c'est la domination. Voici donc le projet :

Le but visé par les égalitariens est une société libérée de la domination (p. XIII).

Rien de tel, nous le verrons, chez Boltanski-Thévenot. Or, par quoi se manifeste la domination dans nos sociétés ? Essentiellement par la manière de répartir les biens sociaux. Comment faire pour qu'aucun bien social ne serve de moyen de domination ? Par cette question nous lions le projet au critère, à savoir

² Luc Boltanski et Laurent Thévenot, *De la justification : les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991.

le principe de différenciation des biens sociaux. Trois assertions liées entre elles servent ici de guide :

1. les biens sociaux sont multiples, irréductiblement ;
2. chacun repose sur un symbolisme partagé (Walzer parle de *shared understandings*) ;
3. chacun développe, de par la compréhension que les groupes concernés en ont, une logique interne, à savoir des raisons régissant à la fois l'étendue de validité et la limite de revendication.

Ces trois assertions valent critère d'identification des biens concernés, de différenciation des symbolismes impliqués, de délimitation des sphères concernées.

On voit ainsi comment le projet – contrecarrer la domination – et le triple critère lié à la notion de biens sociaux, s'articulent l'un sur l'autre. La notion d'égalité complexe apparaît alors comme le concept résultant de l'intersection entre le projet de combattre la domination et le programme de différenciation des sphères de justice. Autant que l'idée simple d'égalité, l'idée complexe d'égalité est un concept protestataire, « abolitionniste ». Nous pouvons dès maintenant présumer que le souci de la différenciation l'emportera sur celui de l'intégration. Mais ce sera le thème de notre seconde partie.

Si maintenant nous jetons un regard sur la liste ouverte (*open ended*) proposée par Walzer, nous sommes frappés par plusieurs traits qui peuvent étonner. S'impose d'abord une impression de bric à brac ; c'est bien de bricolage, au sens de Lévi-Strauss, qu'il s'agit. Cet effet est incontestablement voulu ; s'il est vrai en effet que les biens sociaux sont hétérogènes, les raisons régissant leur appréciation sont elles-mêmes incommensurables. Un rapide parcours des titres le confirme. On commence par la nationalité (*membership*) : comment se distribue le dedans et le dehors de la communauté politique entre membres et étrangers ? On continue par la protection sociale (*provision*), essentiellement la sécurité et l'assistance aux plus démunis, avec la question : quels besoins (*needs*) entraînent une obligation de pourvoir et un droit correspondant ? De là on passe

à l'argent et aux marchandises, avec la question : qu'est-ce qui peut ou ne se peut être acheté avec de l'argent ? ; et c'est par une liste aussi complète que possible de ce qui n'est pas vénal qu'il est répondu à la question. C'est donc en traitant des significations légitimes attachées à la notion de biens marchands que l'on décide des limites attachées à la notion de marché et d'économie de marché. On considère ensuite les charges (*office*) ouvertes à des compétitions réglées, avec une grappe de questions : quelles épreuves ? quels juges ? et surtout celle-ci : tous les emplois (*jobs*) doivent-ils être érigés en charges ? C'est toute la question du bon droit et des limites de la notion de service public et de fonctionariat. On continue curieusement avec la question des travaux pénibles, sales ou dégradants (*hardwork*), tenus pour des valeurs négatives à partager équitablement sans enrégimenter tout le monde. De là on passe aux loisirs qui, en tant que biens positifs, ne se réduisent ni à la paresse, ni aux vacances, mais président à la distribution du temps social et des rythmes d'activité de la cité. On n'est pas étonné de lire ensuite de longues pages consacrées à l'éducation ; c'est un bien social dans la mesure où la transmission du savoir et la formation de l'autonomie personnelle relèvent à l'évidence du symbolisme social ; un chapelet de questions touchant à la justice découle de la compréhension de ce bien : qui enseigne ? à qui ? sous le contrôle de quelles instances ? et surtout comment assurer l'égalité des chances, sans tomber à nouveau dans des systèmes répressifs par excès de zèle pédagogique. Le lecteur, formé à la philosophie politique, s'étonnera de tomber ensuite sur trois chapitres consacrés aux rapports de parenté et d'affection, à la grâce divine, à la lutte pour la reconnaissance ; c'est l'occasion de redire que la liste des biens sociaux est immense et jamais close, dès lors que l'on prend en compte l'amplitude des symbolismes partagés, la logique interne aux biens considérés, et surtout la délimitation qui en résulte des espaces de validité : qui niera que la filiation, le mariage, l'égalité des sexes posent des questions de distribution ? Et que la querelle entre les

Églises et les États appellent l'endiguement des prétentions rivales, élevées tour à tour de l'un ou l'autre côté d'une ligne de démarcation si chèrement conquise ? Enfin, la reconnaissance elle-même est un bien social sous la forme de titres, d'honneurs, de récompenses et de prix, mais aussi de punitions :

Ce que nous distribuons ainsi les uns aux autres, c'est l'estime, non l'estime de soi ; le respect, non le respect de soi ; la défaite, non le sens de la défaite ; et la relation du premier au second terme de chaque paire est indirecte et incertaine (p. 273).

On le voit, la notion de biens sociaux s'étend fort loin, jusque dans la sphère d'intimité, et les problèmes de distribution juste nous poursuivent jusqu'aux confins du for intérieur.

Mais j'en viens au dernier chapitre dont la place dans l'édifice, ou plutôt dans l'énumération, sera au centre des réflexions critiques de notre seconde partie, lorsque nous nous interrogerons sur les ressources de remembrement encore offertes par l'un ou l'autre pluralisme juridique. Ce chapitre s'intitule : « Pouvoir politique ». Il est remarquable qu'on n'y trouve aucune définition en forme de l'État, bien que l'on énumère, sans s'y arrêter davantage, la souveraineté, l'autorité, le pouvoir de décision. C'est comme bien parmi les biens, donc comme bien distribué, que le pouvoir est recherché et qu'il est craint et combattu. S'il en est ainsi, c'est parce que nul autre bien ne pose de façon aussi critique le problème des frontières : tantôt il est colonisé par l'argent, la compétence des experts, voire le sexe, tantôt il envahit les autres sphères, au point de donner à la tyrannie sa forme la plus visible. Comment le contenir dans ses frontières ? Eh bien, en procédant comme avec l'argent, quand on a posé la question de savoir ce qui ne peut s'acheter en vertu de la logique interne aux biens vénaux ; on dressera de la même façon la liste de ce que ne peut pas faire le pouvoir politique : tolérer l'esclavage, corrompre la justice, discriminer entre les justiciables, contrôler la religion, confisquer ou taxer abusivement la propriété, s'arroger le monopole de l'enseignement, restreindre les libertés fondamentales. Pour Walzer, la

question portant sur ce que peut et ne peut pas le pouvoir politique précède et commande la question de savoir qui gouverne. Reprenant la métaphore usée du pilote et de la navigation, il proclame fièrement que c'est aux passagers de choisir la destination et de mesurer les risques, non au pilote. Ici Walzer est très proche de Hannah Arendt, pour qui le pouvoir procède de la conjonction des volontés et d'aucune instance supérieure.

A cet égard, le péril le plus important pour nos sociétés vient de la coalition entre la propriété en tant que pouvoir sur les choses, et du pouvoir politique qui s'exerce sur les hommes. D'où l'urgence permanente d'une juste délimitation des sphères. Il reste que le lecteur ne manquera pas de s'inquiéter : le pouvoir politique, se demandera-t-il, est-il un bien comme les autres ? En tant qu'« instance cruciale de la justice distributive », n'est-il pas lui-même le gardien des frontières ? Et, à ce titre, ne pose-t-il pas un problème tout à fait spécifique d'auto-limitation, que ce soit par la voie constitutionnelle ou par tout autre moyen ? Nous touchons là à ce que j'appellerai dans la seconde partie le paradoxe du politique, à savoir que le politique paraît constituer à la fois une sphère de la justice parmi les autres, et l'enveloppe de toutes les sphères.

Passant de Walzer à Boltanski-Thévenot, nous sommes tout de suite frappés par la différence, tant au niveau du projet que de la critériologie résultant de ce dernier ; au couple que forment ensemble la requête d'égalité complexe et l'investigation des biens sociaux, répond une autre conjonction : entre la requête de justification et l'investigation des ordres de grandeur. Ces différences massives se réfèrent à des situations initiales différentes : chez Walzer, c'est la tyrannie, forme perverse de la domination, chez Boltanski-Thévenot c'est le conflit, la dispute, le différend, bref la discorde. La domination appelle une stratégie d'endiguement, la discorde une stratégie de justification, consistant en batterie d'arguments à faire valoir dans les litiges. Ainsi associé à la requête de justification, le sentiment de l'injustice ne constitue pas une motivation moins forte dans

le cadre du désaccord que dans celui de la domination ; car c'est la violence qui hante la discorde lorsque celle-ci ne réussit pas à s'élever au niveau du discours. Telle est donc la question d'où l'ouvrage procède : comment justifier l'accord et gérer le désaccord sans succomber à la violence ?

Ce projet commande une méthodologie, pour mieux dire une critériologie, consistant, comme chez Walzer, dans un travail de différenciation. C'est pourquoi un problème identique de remembrement se proposera dans la seconde partie. Mais la différenciation ne porte pas ici sur les biens sociaux et la compréhension partagée que nous en avons, mais sur des principes de grandeur. La différence n'est pas facile à préciser : disons que l'on se met d'abord en quête de formes d'équivalence – et donc de généralités – entre les acteurs sociaux, résultant de leur recours à des principes derniers de légitimation dans les situations d'accord et de désaccord. Ce sont ces principes qui s'avèrent en dernière instance multiples.

Dans la régression vers des arguments toujours plus préables, il faut s'arrêter quelque part ; la nécessité de cet arrêt dans les opérations de justification ne peut pas ne pas intéresser le juriste réfléchissant sur le rapport entre jugement et arrêt : arrêt dans la délibération, arrêt dans la confrontation des revendications, dernier mot prononcé dans le débat de soi avec soi ou de soi avec l'autre. Mais ce n'est pas tout : nous n'avons pas encore introduit l'idée de grandeur et d'économie de la grandeur. Les ordres de généralité correspondant aux formes de justification ne sont pas seulement des manières de classement, mais des échelles d'évaluation ; on songe à Pascal et à ses « grandeurs d'établissement » ; nos auteurs y ont pensé. Que les principes de justification régissent des relations de grandeur, cela s'impose dès lors qu'à l'idée de justification tient celle de valoir plus ou valoir moins dans des épreuves de qualification.

Voilà ce qui chez Boltanski-Thévenot occupe la place tenue chez Walzer par l'idée d'hétérogénéité des biens sociaux, à savoir la pluralité des principes de justification invoqués quand

des acteurs sociaux tentent de plaider pour leur cause ou de soutenir la critique dans des situations de discorde.

Je ne voudrais pas que, par souci didactique, l'opposition soit poussée trop loin. Une parenté rapproche ces deux projets de pluralisation de l'idée de justice. On peut le montrer par les emprunts implicites que l'un fait à l'autre. Ainsi la notion de biens sociaux développe-t-elle une logique interne à forte charge prescriptive (ce qu'on a le droit ou non d'acheter) ; en ce sens, la notion de compréhension partagée rejoint celle de justification. En sens inverse, on peut dire que les états de grandeur donnent lieu à distribution comme les biens sociaux ; la justification relève alors de la justice distributive. Au surplus, dans les deux cas, c'est aussi de la puissance, et donc aussi de la satisfaction et de la jouissance, qu'on distribue. Reste que l'écart demeure grand entre un projet visant à l'égalité, c'est-à-dire à la limitation de la domination, et un projet visant à la justification, c'est-à-dire au traitement raisonnable des litiges.

Cette différence initiale trouve un écho au plan des modèles auxquels aboutissent les deux entreprises. Ce n'est pas par hasard s'il n'est pas question ici de sphères de justice mais de cités et de mondes. Les régimes d'action justifiée méritent d'être appelés des « cités », dans la mesure où ils donnent une cohérence suffisante à un ordre de transactions humaines. On les appelle des « mondes », dans la mesure où des choses, des objets et des dispositifs servent de référents établis, à la façon d'un « monde commun », dans les épreuves se déroulant dans une cité donnée. Ainsi, dans la « cité inspirée », la grandeur des personnes s'autorise d'une grâce, d'un don, sans rapport avec l'argent, la gloire ou l'utilité. Dans la « cité de l'opinion », c'est de la renommée, de l'opinion des autres que dépend la grandeur. Dans la « cité marchande », ce sont des biens rares, soumis à la convoitise de tous, qui sont négociés, les personnes n'étant unies que par la concurrence des convoitises. Dans la « cité domestique », qui s'étend à ce que Hannah Arendt appelait la maisonnée, règnent des valeurs de loyauté, de fidélité,

de révérence. La « cité civique » repose sur la subordination de l'intérêt propre à la volonté de tous, exprimée par la loi positive. Dans la « cité industrielle » – qu'il ne faut pas confondre avec la cité marchande où la fixation instantanée des prix fait la valeur –, ce qui domine ce sont les règles fonctionnelles de longue durée soumises au principe supérieur de l'utilité.

La ressemblance de surface frappe d'abord : le chapitre « cité marchande » rappelle le chapitre « argent et marchandises » ; la « cité civique » évoque le « pouvoir politique » ; et l'on trouverait facilement des équivalences entre ce qui est dit, d'une part, de la « cité inspirée », et, d'autre part, de la « grâce divine », et encore entre « cité domestique » et « temps libre », « reconnaissance », etc. Mais on peut douter qu'une corrélation terme à terme mène bien loin, tant la méthodologie mise en jeu diffère de part en part. Walzer se réclame d'une anthropologie culturelle aux yeux de laquelle les évaluations de biens présentent une relative cohérence de stabilité dans la longue durée. Le philosophe procède ici comme Clifford Geertz dans sa « Compréhension des cultures » ; il se borne à grossir le trait, pour dresser des profils relativement stables et durables d'évaluation ; ce qu'il présuppose, c'est que les *shared understandings* permettent cette procédure, qui, après tout, était déjà celle de Max Weber dans l'élaboration de ses *ideal-types*. Les cités de Boltanski-Thévenot ne sont pas des *ideal-types* d'évaluations partagées, mais d'argumentations dans des situations d'accord et de litige. C'est pourquoi la reconstruction est plus complexe qu'un simple redoublement des compréhensions effectivement à l'œuvre sur une période de temps assez longue. Elles consistent curieusement et, oserai-je dire, avec bonheur à mettre en prise directe, en vue de les éclairer les uns par les autres, d'une part, des ouvrages spéculatifs reçus de la tradition philosophique et théologique et, d'autre part, des manuels à destination de cadres d'entreprises et de responsables syndicaux.

Cette lecture croisée est une première fois mise en pratique dans le cadre de la « cité marchande ». Les auteurs extraient

de l'œuvre d'Adam Smith les éléments assurant l'établissement d'un lien marchand ; ces éléments constituent, selon l'expression de Smith, les linéaments d'une « grammaire » qu'il est possible d'identifier dans des argumentaires plus faibles, moins bien articulés, comme ceux des manuels considérés. De la même manière, il est demandé à la *Cité de Dieu* d'Augustin de porter à un niveau approprié le discours plus faible articulé par tels spirituels, tels artistes, tels marginaux géniaux peuplant la « cité inspirée ». Le *Contrat social* de Rousseau est bien entendu la ressource majeure de la « cité civique ». La conception de l'honneur chez Hobbes explicite les subtiles règles de hiérarchie dans la « cité de renommée », où la grandeur ne dépend que de l'opinion des autres. Saint-Simon est le guide dans l'exploitation des discours tenus par ceux qu'il a été le premier à appeler des industriels. Bossuet et d'autres moralistes fournissent un discours approprié à la « cité domestique » (je note en passant que la philosophie se trouve réintroduite au cœur des sciences sociales à titre de tradition argumentaire, ce qui constitue à la fois pour elle une justification indirecte et, pour le sociologue ou l'économiste que sont nos deux auteurs, la reconnaissance de leur appartenance à une histoire du sens).

L'avantage de la méthodologie mise en œuvre dans *De la justification* c'est de pousser beaucoup plus loin l'analyse conceptuelle de ce qui, chez Walzer, est pris comme allant de soi, une fois établi le symbolisme régissant telle catégorie de biens sociaux. Je voudrais le montrer à propos de deux subdivisions où les deux ouvrages paraissent se recouvrir : le lien marchand et le lien politique.

Concernant le lien marchand, Walzer, essentiellement soucieux de prévenir les empiétements d'une sphère sur l'autre, se borne à un repérage sommaire de ce que signifie partager, acheter-vendre, échanger ; il compte sur une sorte d'intuition éclairée, portée au rang de logique interne des biens considérés, pour dresser la liste de ce qui ne peut s'acheter ni se vendre. Finalement, c'est en composant la liste des items relevant d'au-

tres catégories de biens qu'on spécifie, de façon en quelque sorte négative, le bien marchand lui-même. A cette opération de démarquage répond, dans *De la justification*, un travail de constitution de type argumentatif plus qu'appréciatif du lien marchand lui-même. On peut parler d'une véritable constitution du bien commun qui amène les individus à dépasser leur singularité. Nous reviendrons dans la deuxième partie sur le rôle joué par cette notion de bien commun, que nos auteurs spécifient chaque fois en fonction de la cité considérée. Ainsi, dans le cas de la « cité marchande », le bien commun est figuré par le prix qui conclut la négociation suscitée par le libre jeu des convoitises :

Le lien marchand unit les personnes par l'intermédiaire de biens rares soumis aux appétits de tous, et la concurrence des convoitises subordonne le prix, attaché à la possession d'un bien, aux désirs des autres (p. 61).

Il est donc clair que ce sont les règles gouvernant le dispositif du marché – règles, disent les auteurs, semblables aux règles de grammaire – qui permettent, à titre second, de critiquer la prétention de la sphère marchande à contaminer les autres sphères. L'exemple de la cité marchande donne une bonne occasion d'affiner la différence entre une approche évaluative et une approche argumentative. Quelle que soit leur indéniable parenté.

Je voudrais maintenant considérer l'autre registre où les deux analyses se recourent : le pouvoir politique d'un côté, la cité civique de l'autre. Pour Walzer, on l'a vu, la question du pouvoir touche de très près à la préoccupation majeure de son ouvrage, à savoir le destin de la domination. On a vu également que c'est en dressant la liste de ce que le pouvoir politique n'a pas le droit de contrôler qu'on dessine les contours de la sphère du pouvoir. Mais on tient sa constitution interne pour déjà comprise, alors que chez Boltanski-Thévenot le contrat social suscite une genèse conceptuelle, à savoir celle qui procède du transfert de la souveraineté du corps du roi dans la volonté générale. Il s'agit bien d'une forme de subordination où le bien

commun se définit comme « bien public ». C'est de l'engagement réciproque entre les particuliers et le public que procèdent les degrés de grandeur civique, selon que la volonté qui fait agir les citoyens est singulière ou au contraire tournée vers l'intérêt général. C'est en ce point que l'analyse de la cité civique conduit aux mêmes perplexités que celle de la sphère du pouvoir politique : la cité civique – l'étrangeté du mot devrait déjà alerter – est-elle une cité comme toutes les autres ? son paradoxe n'est-il pas qu'elle est en même temps l'enveloppe de toutes les cités ? Cette perplexité va être au centre de notre seconde partie.

Mais je voudrais dire encore un mot concernant la différence de stratégie des deux ouvrages examinés. Celle-ci s'accroît lorsque Boltanski-Thévenot complètent leur théorie des « cités » par celle des « mondes ». Je rappelle comment nos auteurs passent du premier thème au second. L'attention à la grammaire du lien constitutif de chaque cité doit se doubler selon eux d'une attention aux épreuves dans lesquelles se juge la qualification des personnes en fonction de telle ou telle grandeur. Je souligne en passant l'importance que revêt au regard des juristes le moment du jugement, qui est celui de l'arrêt par lequel se règle une dispute, se lève l'incertitude concernant les états de grandeur. L'important pour notre analyse présente est ailleurs : c'est l'appui pris sur les choses, les objets, les dispositifs dans les épreuves de qualification qui autorise à parler non seulement de « cités » mais de « mondes » : « De la justice, disent nos auteurs, la question de l'accord mène ainsi à l'ajustement » (Thévenot s'est exprimé plus récemment sur ce qu'il appelle l'« action-qui-convient »). C'est peut-être par cette attention aux dispositifs matériels, comparables à l'appareil judiciaire du tribunal, que nos auteurs s'éloignent le plus de la phénoménologie des symbolismes partagés et s'engagent le plus avant dans une critériologie du jugement sous le titre du « jugement mis à l'épreuve » (concernant la parenté avec le jugement judiciaire, on consultera les pages 175-176). C'est la partie

de l'ouvrage de Boltanski-Thévenot qui risque le plus d'être négligée. C'est pourtant ici que l'approche de nos auteurs se distingue le plus nettement de celle de Walzer ; le passage de l'idée de cité à celle de monde permet en effet de vérifier la grammaire des ouvrages de philosophie politique à l'aide des discours tenus au plus près de la pratique par tel ou tel manuel destiné à des cadres d'entreprises ou à des délégués syndicaux ; alors que les philosophes guident dans des cités idéelles, ces manuels guident dans des mondes réels. Plutôt que de prolonger cette confrontation au plan de la réalisation détaillée des projets de départ, nous nous tournerons vers la question critique posée au début de cette leçon.

Vers le paradoxe du politique

La question était celle-ci : quelles ressources de remembrement du corps politique, et donc d'unification des foyers de droit, demeurent-elles ouvertes au terme de la lecture de l'un ou l'autre ouvrage ?

On ne peut pas dire que l'ouvrage de Walzer soit dénué de toute visée englobante : le thème de l'égalité complexe, thème réputé « abolitionniste » et opposé polairement à celui de la domination, traverse toutes les sphères. C'est, si l'on peut parler ainsi, ce qui les fait tenir ensemble. Le thème figure dès le sous-titre : *défense du pluralisme et de l'égalité*. Comprenons : le pluralisme au service de l'égalité complexe. Rappelons la formule déjà citée dans *Spheres of Justice* :

Le but visé par l'égalitarisme politique est une société libérée de la domination (p. XIII).

Par ce thème Walzer peut entrer en compétition avec Rawls au niveau de son second principe de justice ; plus fondamentalement, c'est lui qui autorise à conserver, dans le titre même de l'ouvrage, le mot justice au singulier. Tout ce qui est dit ultérieurement du fonctionnement général de la domination relève

de ce qu'on peut appeler un formalisme minimal, qui s'exprime dans les définitions du travail de termes comme monopole, domination, prédominance et finalement tyrannie. Ce formalisme minimum s'exprime ultérieurement dans la corrélation entre le projet abolitionniste et la critériologie des biens sociaux. A cet égard, on peut tenir pour trait formel le triple critère : hétérogénéité des biens sociaux, symbolisme partagé, logique interne de portée prescriptive. Mais je voudrais insister sur un concept que nous n'avons pas encore fait paraître, et qui se situe au point de rencontre entre le projet de différenciation et la critériologie tirée de la notion de biens sociaux, le concept de *conversion* et de *convertibilité* ; la conversion consiste en ceci qu'un bien donné, disons l'argent, la richesse, s'érige en titre de valeur dans une autre sphère de justice, disons le pouvoir politique. C'est là l'ultime secret du phénomène dit de prédominance (*dominance*), défini comme

moyen d'user de certains biens, qui n'est pas limité par leur signification intrinsèque ou qui configure ces significations à sa propre image (p. 11).

On pourrait caractériser la conversion comme violence symbolique. Or Walzer déclare curieusement :

Un bien prédominant est converti dans un autre bien ou en de multiples autres, en fonction de ce qui souvent se donne pour un processus naturel, mais constitue en fait un processus d'ordre magique, comparable à quelque alchimie sociale (p. 11).

Ce texte étonnant fait penser au fameux chapitre du *Capital* consacré au fétichisme de la marchandise, la marchandise étant érigée en grandeur mystique, à la faveur de la fusion de l'économique et du religieux. Or Walzer aura plusieurs fois recours à la conversion, mais la laissera, sans autre réflexion, à son statut de métaphore. Ce n'est pourtant pas rien, si l'on admet avec l'auteur

[qu']il est possible de caractériser des sociétés entières en fonction des figures de conversion qui règnent dans leur sein (*ibid.*).

Et plus loin :

L'histoire ne révèle aucun bien prédominant unique, aucun bien naturellement dominant, mais seulement différentes sortes de magies et de bandes rivales de magiciens (*ibid.*).

La réticence de l'auteur à en dire davantage résulte de la posture majeure de son ouvrage, qui est de vigilance aux frontières, comme si le souci de fonder, d'intégrer le lien social le plus vaste, faisait écran à la tâche de combattre les monopoles et les tyrannies, comme si, mais c'est là mon interprétation personnelle, toute entreprise de fondation était condamnée à faire perfidement le jeu de la magie de conversion.

Mais une théorie exclusivement soucieuse de différencier les sphères peut-elle éviter la question de l'intégration de ces sphères dans un même corps politique ? Ce n'est pas que l'auteur ignore la question. Au moment de mettre en place son argument, il déclare :

La communauté politique est le dispositif [*setting*] approprié à l'entreprise (p. 28).

Mais nulle part le statut de ce dispositif ne fait l'objet d'une réflexion distincte. Cette réticence explique certaines anomalies dans le traitement de la première et de la dernière des sphères de justice : la nationalité et le pouvoir politique.

En ce qui concerne la première sphère de justice, il faut observer que toutes les autres distributions de biens se déroulent en son sein ; la nationalité n'est pas un bien social comme les autres :

Nous ne le distribuons pas entre nous : il est déjà nôtre. C'est aux étrangers que nous le concédons (p. 32).

Et plus loin :

La nationalité ne peut être assignée par quelque instance externe : sa valeur dépend d'une décision interne (*ibid.*).

Autrement dit, nous butons ici sur un phénomène d'auto-constitution qui se laisse mal placer sous l'égide de la distribution, sinon par le biais du couple : membre/étranger. Le caractère insolite de ce phénomène d'auto-constitution par rapport à une

idée de justice distributive est souligné une nouvelle fois par le fait que la plupart des autres biens distribués s'avèrent être des biens transfrontières, pour lesquels le monde constitue l'ultime instance distributive qu'on puisse dire « *self contained* ». Par contraste, il faut dire que c'est

néanmoins avec la communauté politique que nous nous approchons au plus près du bien commun (*ibid.*).

La lecture du dernier chapitre, qui répond en quelque sorte polairement au premier, renforce notre embarras. Comme nous l'avons annoncé au terme de la première partie, le pouvoir politique est à la fois un bien partagé comme le sont les autres, et – si toutefois nous y veillons – le gardien des frontières. Mais il apparaît rapidement que ce qui intéresse Walzer, ce n'est aucunement le statut de la souveraineté populaire et son éventuelle indivisibilité, donc la fondation du corps politique, ce qui toucherait à la question même de la source du droit, mais l'éventualité de ce qui nous est apparu comme la perversion majeure du processus d'évaluation des biens, à savoir la conversion induite d'un bien dans un autre : de la richesse en pouvoir politique, du pouvoir politique en pouvoir religieux, etc. De cette manière est éludée la question de la fondation unitaire du corps politique. Du même coup l'ouvrage évite de s'affronter au paradoxe que constitue le traitement de l'État en terme de justice distributive : en tant que bien à partager, le pouvoir politique demande à être remis à sa place parmi les biens ; c'est une façon de contribuer à le démystifier. Mais, dans la mesure où il n'est pas uniquement un bien parmi les autres, dans la mesure où il est le régulateur de nombreuses distributions, y compris celles portant sur des biens aussi incorporels que les biens affectifs, mystiques, éthico-juridiques, le pouvoir politique paraît sortir du cadre de la justice distributive et poser le problème spécifique de l'auto-constitution et celui, corrélatif, de l'auto-limitation. Pourquoi l'auteur évite-t-il de poser le problème de l'État et de la souveraineté dans les termes de ce paradoxe ? Sans doute dirait-il que ce problème a été si abon-

damment traité qu'il occulte aujourd'hui celui qui lui paraît plus urgent, à savoir le problème du gouvernement limité. Son débat n'est plus alors avec Rawls, sur le point des principes de justice, mais avec Nozick, sur le point du gouvernement minimal. Comme le pompier, il court là où il y a le feu : à savoir là où il y a transgression de frontière. Or, c'est avec le pouvoir politique que le péril est à ses yeux le plus grand. Mais on peut soupçonner une raison plus fondamentale : une philosophie politique entièrement construite sur le thème de l'hétérogénéité des biens sociaux est mal armée pour poser le problème de l'auto-constitution du corps politique et les problèmes annexes de son auto-limitation.

Se pose alors la question de savoir si une théorie de la justification, soucieuse de son côté de différencier des cités et des mondes, est mieux préparée à affronter cette figure du paradoxe politique. En première approximation, on peut soutenir que l'ouvrage de Boltanski-Thévenot est mieux pourvu que celui de Walzer en considérations à visée englobante. Au thème de l'égalité complexe répondent les longues analyses consacrées successivement aux *figures de la critique* dans les situations de désaccord, puis à cette forme particulière de retour à l'accord que constitue le *compromis*. Cet ordre de succession est important : on ne va pas directement aux possibilités d'accord à l'échelle d'une communauté politiquement unifiée ; on fait d'abord le grand détour par le conflit entre les mondes. C'est certainement par là que les deux entreprises se ressemblent à nouveau. Des deux côtés, le pluralisme induit pour commencer une vision tragique de l'action, l'accord dans une cité ayant pour prix le désaccord entre les cités. Mais ce que Walzer traite comme un conflit entre symbolismes partagés, dans le prolongement de l'hétérogénéité des biens, Boltanski-Thévenot le traite comme un conflit entre principes de justification, donc comme un exercice critique. Le transfert d'un monde dans un autre est caractérisé par un transfert d'arguments susceptible de miner de l'intérieur les principes de grandeur de telle ou

telle cité, ainsi soumise au feu du jugement de soupçon. Cette capacité de contestation mutuelle apparaît structurelle et non conjoncturelle. Le bien commun d'une cité est vulnérable à la critique armée par la vision du bien commun qui fait le lien interne d'une autre cité. Nos auteurs sont ainsi amenés à dresser la carte des critiques croisées menées depuis un monde vers chacun des cinq autres mondes. Je n'entrerai pas, ici non plus, dans ce jeu de feux croisés où il y a beaucoup de balles perdues. Je m'arrêterai à une remarque qui me conduira directement à la question du *compromis*, où le sens global de l'ouvrage se joue finalement :

Il n'existe pas de position de surplomb, extérieure et supérieure à chacun des mondes, d'où la pluralité des justices pourrait être considérée de haut, comme un éventail de choix également possibles (p. 285).

L'absence de toute position de surplomb est un thème majeur commun à nos deux ouvrages. Qu'en résulte-t-il pour une théorie du compromis ? Celle-ci offre-t-elle de nouvelles ouvertures concernant la recomposition d'une idée unitaire de justice ?

Observons d'abord, à titre de transition, que la critique exercée à partir d'un monde vers les autres est portée par des personnes capables de changer de monde, d'appartenir simultanément à plusieurs mondes, et donc de transporter avec elles la vision interne du monde d'où elles viennent. Une théorie implicite du *trickster* est ainsi présumée : c'est en somme le transfuge, le traître en somme, qui permet à nos auteurs d'écrire :

La possibilité de sortir de la situation présente et de la dénoncer en prenant appui sur un principe extérieur et, par conséquent la pluralité des mondes, constituent donc la condition d'une action justifiée (p. 289).

Mais cet individu passe-muraille est-il mû par la visée d'un bien commun qui ne soit pas seulement celui d'une cité, celui d'un monde ?

Voilà la question sur laquelle se joue finalement toute l'entreprise. A cette question, il est bien difficile de répondre par oui ou par non.

Tout au début du livre, à un niveau encore très formel – avant que l'on entre dans le dédale des cités, un peu comme quand Walzer parle de la domination avant de commencer son périple des sphères –, nos auteurs posent une série d'axiomes qui anticipent directement la réponse à notre question. Le premier axiome est constitué par le principe « de commune humanité des membres de la cité » (p. 96). Celle-ci égalise tous les hommes en tant qu'humains, excluant en particulier l'esclavage ou l'élevage de sous-hommes. Mais, en l'absence de différenciation, ce lien reste non politique, dans la mesure où il ne met en scène qu'un homme unique, un Adam. L'Eden n'est pas un lieu politique. L'accord perpétuel de tous avec tous ne propose rien de plus qu'une utopie, à la limite de toute cité ; c'est seulement avec le second axiome, le principe de dissemblance, qu'au moins deux états possibles pour les membres de la cité peuvent être distingués ; nous ne sommes déjà plus en Eden ; commencent les épreuves pour attribuer les états différents. Seul donc un modèle d'humanité à plusieurs états donne accès à une vie politique ; c'est pourquoi il faut ajouter un axiome supplémentaire qui définit le modèle d'« humanité ordonnée » (p. 99). C'est sous ce statut polairement opposé à l'utopie d'un Eden indifférencié qu'il peut être parlé de bien commun, mais chaque fois sous l'angle d'une cité ou d'un monde.

Cette réserve faite, nous pouvons revenir à la question du compromis ou plutôt des compromis entre chaque cité et les cinq autres. Il n'existe jamais que des figures de compromis. Ce n'est donc qu'en un sens impropre, semble-t-il, que l'on intitule un des derniers chapitres : « Les compromis pour le bien commun » (p. 337). Comment y aurait-il un supercompromis à l'échelle du corps politique indivis, dès lors que le compromis n'est qu'un suspens du différend par quoi la violence est évitée ? L'aveu est clair :

Le principe visé par le compromis demeure fragile, tant qu'il ne peut être rapporté à une forme de bien commun constitutif d'une cité. La mise en place d'un compromis ne permet pas d'ordonner les personnes selon une grandeur propre (p. 338).

A la lecture de la partie du livre consacrée au compromis, on retire l'impression que les compromis sont toujours plus faibles que les liens internes aux multiples cités. Il en résulte que si quelque bien commun supérieur reste visé par le compromis, en tant que figure générale d'interaction, il est aussi indéterminé qu'est fragile le lien instauré par le compromis. A défaut de l'utopie de l'Eden, ne s'offrent à être gérés que des compromis toujours menacés de virer à la compromission, selon une pente qui rappelle l'effet pervers dénoncé par Walzer sous le sigle de la conversion.

Je me demande alors si, chez Boltanski-Thévenot comme chez Walzer, on n'a pas sous-estimé l'importance du paradoxe du politique, résultant du fait que la cité civique est et n'est pas une cité comme les autres, en tout cas pas au sens où le sont le marché, la maisonnée, la cité inspirée. Je trouve un renfort pour ma perplexité dans le choix même que les auteurs font du *Contrat social* de Rousseau à titre de modèle de la cité civique (à propos du terme même de la cité civique, les auteurs marquent un temps d'hésitation : n'est-ce pas un pléonasme ?). Si en effet le *Contrat social* vaut comme modèle, il est difficile de le tenir pour le modèle d'une cité parmi d'autres. Il ne peut être que le modèle d'une cité inclusive. Tant il est vrai que la volonté générale ne tolère pas de coalition en-dessous ou en-dehors d'elle-même. Rousseau les aurait appelées des « brigues ».

Ces remarques critiques portent-elles atteinte aux analyses de Walzer et de Boltanski-Thévenot ? Je serais plutôt tenté de porter au crédit de ces deux œuvres de nous avoir aidés à prendre conscience d'une situation inédite, en tout cas impensable dans les termes de notre tradition républicaine et jacobine, à savoir que l'État, en tant que source de droit, se trouve placé

aujourd'hui dans la situation inconfortable d'une entité appelée à se comporter à la fois comme le tout et comme la partie, comme le contenant et le contenu, comme une instance inclusive et une région incluse. C'est ainsi que les réticences, avouées ou non, de nos auteurs sont devenues nos propres embarras. Ceux-ci annoncent des temps difficiles à vivre pour le droit. Il ne sera pas moins difficile, dans les décennies à venir, de concilier l'indivisible souveraineté populaire avec le foisonnement d'une multitude de foyers de droit, que de concilier cette même indivisible souveraineté avec les nouvelles institutions post-nationales, sinon supra-étatiques, qui, elles aussi, engendreront du droit. De même que nous aurons à gérer une situation complexe, issue de l'enchevêtrement de plusieurs instances de juridicité au niveau étatique et supra-étatique, nous aurons de plus en plus souvent à gérer une situation symétrique issue de l'enchevêtrement de plusieurs sources de juridicité au niveau infra-étatique ; cette situation résulte de la figure que revêt le paradoxe politique.

Jugement esthétique et jugement politique selon Hannah Arendt

LE BUT DE CET ESSAI est de mettre à l'épreuve la thèse de Hannah Arendt exposée dans le troisième volume (malheureusement inachevé et posthume) de sa triade *Thinking, Willing, Judging*¹, thèse selon laquelle il serait possible d'extraire du corpus kantien, placé sous le titre conventionnel de philosophie de l'histoire, une théorie du *jugement politique* qui satisferait aux critères appliqués au jugement esthétique dans la troisième *Critique*, la *Critique de la faculté de juger*.

1. La triade devait s'intituler *la Vie de l'esprit*. Du troisième volume ne nous est parvenu que *Lectures on Kant's Political Philosophy*, ainsi que le séminaire sur la *Critique de la faculté de juger* et l'essai de Ronald Beiner (publiés par The University of Chicago Press, 1982). Sous le titre *Juger. Sur la philosophie politique de Kant* publié aux éditions du Seuil en 1991, Myriam Revault d'Allonnes a traduit, outre le « *Post-scriptum* » au tome 1 de *la Vie de l'esprit (La Pensée)*, les *Conférences sur la philosophie politique de Kant*. On lira à la fin de l'ouvrage l'essai interprétatif qu'elle a joint à celui de Ronald Beiner sous le titre « Le courage de juger ».

Le jugement esthétique : Kant

Avant d'aborder de front les hypothèses de Hannah Arendt, il peut être utile de faire un rapide rappel des analyses que Kant consacre au jugement réfléchissant, dont le jugement esthétique est l'une des deux expressions, en mettant l'accent sur leur capacité à être extrapolées au-delà du champ couvert par la troisième *Critique*. Si je ne vais pas droit à l'analyse du jugement esthétique et si je m'attarde au concept englobant de jugement réfléchissant, c'est afin de laisser une place à une interprétation alternative de la philosophie politique de Kant, qui resterait placée sous l'égide du jugement réfléchissant mais non exclusivement dans son usage esthétique. Je partirai donc de la jonction, sous le concept englobant de jugement réfléchissant, du jugement esthétique et du jugement téléologique.

Disons d'abord que cette conjonction exigeait une refonte profonde de la conception même de jugement. Toute la tradition philosophique jusqu'à Kant reposait sur la définition logique du jugement comme acte prédicatif (donner un prédicat à un sujet). Le renversement fondamental opéré par Kant consiste à substituer à l'idée d'attribution (ou de prédication) l'idée de subsomption, c'est-à-dire d'un acte par lequel un cas est « placé sous » une règle. La grande nouveauté de la troisième *Critique* par rapport à la première est qu'elle admet un dédoublement de l'idée de subsomption : dans la première *Critique*, celle-ci procède en quelque sorte de haut en bas, de la règle vers le fait d'expérience ; c'est le jugement déterminant, appelé ainsi parce que, dans l'application de la règle à un cas, le jugement confère à l'expérience la valeur de vérité consistant dans l'objectivité (sans référence à l'idée d'adéquation à la chose en soi = X). La *Critique de la faculté de juger* se place dans l'hypothèse d'un fonctionnement inverse de la subsomption : pour un cas donné on « cherche » la règle appropriée sous laquelle placer l'expérience singulière ; le jugement est « seulement » réfléchissant, parce que le sujet transcendantal ne détermine aucune objec-

tivité universellement valable, mais ne prend en compte que les procédés que l'esprit suit dans l'opération de subsomption procédant en quelque sorte de bas en haut². C'est cette amplitude de la notion de jugement réfléchissant qu'il faut garder à l'esprit pour la suite de la discussion. Néanmoins, on ne saurait passer sous silence la priorité que Kant lui-même donne au jugement esthétique par rapport au jugement téléologique. Cette priorité résulte de ce que l'ordre naturel pensé sous l'idée de finalité a lui-même une dimension *esthétique* en vertu de sa relation même au sujet et non à l'objet. L'ordre nous touche en ce qu'il nous plaît. Du même coup, le jugement esthétique est revendiqué par le jugement téléologique comme la première composante du jugement réfléchissant, donc au regard de la pure réflexion. Dès la section VII de l'« Introduction », Kant peut écrire :

L'objet est alors dit beau et le pouvoir de juger d'après un tel plaisir (et par conséquent de façon universellement valable) se nomme le goût.

Cela ne se peut dire de l'ordre mécanique : il ne plaît pas, car il ne répond à aucune attente (*Absicht*) susceptible d'être déçue ou comblée. Il paraît donc légitime de placer le jugement de goût en tête d'une investigation qui paraît d'abord destinée à trouver son épanouissement dans une réflexion sur la finalité naturelle présentée par les organismes vivants. L'unité fragile des deux parties de la troisième *Critique* repose finalement sur cette possibilité de déplacer l'accent soit sur le *plaisir* de l'ordre, soit sur sa structure *téléologique*. L'esthétique transcendantale, livrée à elle-même, serait menacée de retomber au psychologisme ; la téléologie transcendantale, au naturalisme. Ce qui assure un certain primat au jugement de goût par rapport au jugement téléologique, c'est la parenté plus immédiatement reconnaissable entre le beau et notre attente d'un plaisir pur.

2. *Critique de la faculté de juger*, introduction IV, AK. V, 179, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », II, p. 933.

Cela dit, deux traits du *jugement de goût* nous retiendrons : d'abord que le goût soit un *jugement*, ensuite que sa *communicabilité* seule en assure l'universalité. Ces deux traits constituent les deux axes majeurs de l'« Analytique du beau » (que l'on verra complétée plus loin par une « Analytique du sublime »).

a) Il est d'abord étonnant qu'un sens plus intime que la vue ou l'ouïe, à savoir le goût (*Geschmack*), soit le support d'un jugement. A la suite de Graciàn, Kant en souligne d'abord le caractère immédiatement discriminant (c'est-à-dire capable de distinguer le beau du laid), ensuite l'attachement au particulier, enfin l'aptitude à la réflexion. Or sur quoi réfléchit le goût ? Sur le libre jeu entre les facultés représentatives, essentiellement l'imagination (et son caractère spontané) et l'entendement (en tant que fonction d'ordre). Le plaisir esthétique qui résulte de la réflexion sur ce jeu est plaisir pur. Plaisir pur en ceci, d'abord, que le jugement de goût ne nous fait rien connaître de l'objet, ni en soi, ni comme phénomène de connaissance. En outre, le plaisir pur échappe également à la censure de la morale, dans la mesure précise où son attachement au jeu de l'imagination et de l'entendement en assure le caractère désintéressé. Le caractère réflexif de ce jugement tient tout entier au renvoi qui est fait, non à une propriété de la chose belle, mais à l'état de libre jeu des facultés représentatives. Pour souligner l'étrangeté de ce moment « qualitatif », Kant risque deux paradoxes qui ont intrigué tous les interprètes. D'abord, le paradoxe d'un quelque chose qui *plaît sans concept*, c'est-à-dire sans visée objectivante et sans prétention à la vérité. Ce paradoxe s'explique par l'opposition entre visée objectivante, donc conceptualisante, et visée réflexive appliquée sur le seul jeu de l'imagination et de l'entendement. C'est ce premier paradoxe qui se prêtera à la sorte de transposition hors du champ esthétique tentée par Hannah Arendt. Retenons donc cette idée d'un libre jeu dont les deux pôles sont, d'une part, l'entendement, c'est-à-dire une fonction de mise en ordre, d'autre part, l'ima-

gination, c'est-à-dire une fonction d'invention, de créativité, de fantaisie.

Le second paradoxe par lequel Kant souligne l'étrangeté du plaisir inclus dans le jugement de goût est l'idée d'une *finalité sans fin* énoncée sous le titre du « troisième moment » de l'« Analytique du beau » (§ X). Finalité veut dire ici composition interne telle que les parties s'ajustent entre elles et avec le tout ; c'est la finalité qu'on retrouve ailleurs dans l'organisation des êtres animés et dont traite la deuxième partie de la *Critique de la faculté de juger*. Mais c'est une « finalité sans fin », en ce sens qu'elle n'est pas voulue, projetée, comme c'est le cas dans le rapport entre moyens et fin dans les techniques constitutives de la *praxis* humaine. Une belle fleur présente cette composition harmonieuse sans renvoyer à une activité intentionnelle.

b) Il est ensuite inattendu que le jugement de goût prétende à l'universalité. N'en discute-t-on pas sans trêve ? Solution : le goût est susceptible d'une forme très originale d'universalité, à savoir la *communicabilité*. Le goût est un sens partagé. Ce qui est partagé, c'est précisément la réflexion sur le libre jeu des facultés représentatives. Le goût est donc universalisable d'une autre façon que le sont les représentations objectives ou les maximes pratiques du libre arbitre. L'équation entre universalité et communicabilité est ainsi sans précédent dans les deux autres *Critiques*. Il faut prendre la mesure du paradoxe d'une telle communicabilité : c'est un vrai paradoxe, en ce sens que rien ne paraît plus incommunicable qu'un plaisir pur. Mais dans la mesure où le plaisir est pris à la contemplation de la finalité intime, c'est-à-dire aux rapports de convenance institués par le libre jeu des facultés, ce plaisir est de droit susceptible d'être partagé, et cela idéalement, par tous. Estimer une chose belle, c'est admettre que cette chose « doit contenir un principe de satisfaction pour tous » (intitulé du § 6 : « Le beau est ce qui est représenté sans concept comme l'objet d'une satisfaction universelle »). Détacher l'universalité de l'objectivité, la rattacher à ce qui plaît sans concept et qui plus est à

ce qui présente la forme de la finalité sans devoir être traité comme le moyen d'une fin projetée et voulue, cela constitue une avancée d'une extrême audace dans la question de l'universalité, dès lors que la communicabilité ne résulte pas d'une universalité préalable. C'est ce paradoxe de la communicabilité, instauratrice d'universalité, qu'il est tentant de retrouver dans d'autres domaines que celui de l'esthétique (en particulier dans le domaine politique, mais aussi dans le domaine historique ou éventuellement juridique).

Dans l'« Analytique du beau », Kant n'en a exploré que les implications les plus aisées à appréhender : ainsi l'exemplarité du beau en tant qu'appelant un « suivre » (*Nachfolge*) qui ne soit pas une imitation (*Nachahmung*), sous peine de cesser d'être un jugement c'est-à-dire un discernement critique. Une telle distinction entre suivre et imiter ouvre la voie à de vastes considérations sur la dialectique entre tradition et innovation.

Que Kant ait ici fait fond sur le *topos* connu du « sens commun » ne doit pas égarer : car tout son effort consiste à distinguer ce sens commun d'un consensus empirique (qui serait précisément l'effet sociologique d'une imitation servile). Le « quatrième moment » de l'« Analytique du beau », consacré à la « modalité » du jugement de goût, porte précisément sur la sorte de nécessité qui s'attache à cette universelle communicabilité du sentiment du beau (on trouve chez Gadamer, dans la première partie de *Vérité et méthode*, une longue analyse de la tradition du « sens commun », si sujette à méprise et à contresens, mais aussi si difficile à penser en termes justes, par exemple dans le vocabulaire de l'exemplarité, où historicité et pérennité se recroisent).

c) On n'a rien dit ici de l'« Analytique du sublime » que Kant a ajoutée à son analytique du beau. Loin d'affaiblir les paradoxes de ce qui plaît sans concept et de la finalité sans fin, le sublime les exalte. Kant a voulu rendre compte ici de deux fonctionnements différents du jeu de l'imagination et de l'entendement : un jeu harmonieux, proportionné, apaisant – et

un jeu discordant, disproportionné, dont l'excès suscite un surplus de pensée. Cette dialectique de l'imaginaire judiciaire aura aussi des parallèles hors de l'esthétique. En distendant jusqu'à un point voisin de la rupture le libre jeu de l'imagination et de l'entendement, disons de la fantaisie et de l'ordre, le sublime ouvre l'espace dans lequel pourront s'insérer quelques-unes des procédures qui contribuent à la construction du jugement réfléchissant dans d'autres champs que le champ esthétique. Le sublime, à son tour, peut revêtir deux formes : dans le sublime « mathématique », notre imagination est excédée, débordée, engloutie par ce qui est « grand absolument », c'est-à-dire hors de comparaison ; la faculté de juger apprécie alors sans mesurer ce qui est proprement *démesuré*. Le travail de l'imagination, échouant à s'égaliser par un progrès à l'infini à la grandeur confondante du sublime, trouvera des équivalents remarquables dans d'autres registres que l'esthétique, en particulier dans le sublime négatif des événements monstrueux de l'histoire. Quant au sublime « dynamique », il procède de l'inadéquation entre nos forces et celles d'une nature qui nous écraserait si nous n'étions pas à l'abri de ses coups ; cette démesure trouvera elle aussi des parallèles ailleurs que dans l'esthétique. Il est vrai que ce n'est pas à ces possibilités d'extrapolation que Kant s'est intéressé, mais à l'ouverture de l'« Esthétique sur l'éthique », assurée par le sublime : c'est, en effet, notre supériorité comme êtres moraux que le sublime esthétique contribue à manifester. Nous ne suivons pas Kant sur cette voie par laquelle l'esthétique pointe en direction de l'éthique. C'est plutôt le travail d'une imagination invitant à « penser plus » qui nous retiendra.

d) On ne saurait refermer la critique du jugement esthétique sur l'« Analytique du beau », même augmentée de celle du « sublime ». Il faut prendre en compte la « Dialectique du génie et du goût », qui culmine dans le paragraphe 48. On a pu jusqu'ici parler du beau sans spécifier si le jugement de goût porte sur un produit de la nature (cette rose est belle) ou une œuvre

créée par un artiste humain. Kant a tenu à retarder le moment du « faire », afin de ne pas laisser interférer la finalité externe avec la finalité sans fin du beau en tant que tel. C'est pourquoi le primat de la nature est réaffirmé au cœur même de l'investigation des Beaux-Arts. Le paragraphe 45 l'énonce :

Les Beaux-Arts ne sont de l'art que dans la mesure où ils ont d'emblée l'apparence de la nature.

Il faut en effet que la finalité visible dans les produits des Beaux-Arts ne paraisse pas intentionnelle, bien qu'elle le soit : ce qui est signifié dans ce titre est au premier abord surprenant. La beauté artistique est une deuxième fois subordonnée à la beauté naturelle par la thèse selon laquelle le génie dont procède l'œuvre d'art est un don de nature :

Le *génie*, est-il dit, est le talent (le don naturel) qui permet de donner à l'art ses règles (§ 46).

Il n'empêche que génie et goût s'opposent, mettant ainsi une borne à ce souci de subordonner l'art à la nature. Kant va aussi loin que possible dans cette opposition : autant le goût réfléchit après coup, autant le génie invente sans règles, en quelque sorte en avance sur lui-même. La fonction créatrice, source d'originalité, s'oppose à la fonction discriminante du goût. Et si les grandes œuvres sont exemplaires, leur exemplarité, plus encore que celle de la nature, est tout le contraire de l'imitation servile et répétitive. C'est ici que prend tout son sens l'opposition entre « suivre » et « imiter ». Il faut donc l'accorder :

Pour *juger* d'objets beaux en tant que tels, c'est le *goût* qui est nécessaire ; mais pour les Beaux-Arts eux-mêmes, c'est-à-dire pour *produire* de tels objets, il faut du génie (§ 48).

N'est-ce pas dès lors aux dépens du goût ? Jusqu'à un certain point :

Le goût n'est qu'une faculté de juger, et non une capacité de création (§ 48).

Kant, à grand-peine semble-t-il, assure jeu égal au génie et au goût :

Le goût, comme la faculté de juger en général, est la discipline (ou le dressage) du génie, lui rogne sévèrement les ailes, le civilise ou le polit ; mais il le guide en même temps, lui indiquant à quoi il doit s'appliquer, et jusqu'où s'étendre afin de rester conforme à une fin ; et, dans la mesure où le goût apporte ordre et clarté dans le trop-plein des pensées, il leur donne de l'assise et les rend capables de susciter un assentiment durable mais également universel, dignes de la postérité et d'une culture toujours en progrès (§ 50).

Cette compétition entre goût et génie sera pour nous de la plus grande importance lorsque nous la transposerons au plan du jugement politique. Elle deviendra, entre les mains de Hannah Arendt, celle du spectateur cosmopolitique et de l'agent de l'histoire. Une question semblable à celle posée par la confrontation entre goût et génie surgira ainsi dans le champ politique. Le dernier mot reviendra-t-il au spectateur désintéressé de grands événements qui, pourtant, ne s'insèrent dans l'histoire qu'à la faveur d'une exemplarité comparable à celle du génie ?

Du jugement esthétique au jugement politique : Hannah Arendt

La tentative de Hannah Arendt dans *Juger* – dont il ne faut pas perdre de vue, encore une fois, le caractère inachevé – se comprend d'abord comme un pari, à savoir qu'il est finalement plus fructueux de tenter de dégager une conception du jugement politique de la théorie du jugement de goût que de relier cette conception à la théorie du jugement téléologique *via* une philosophie de l'histoire. C'est un grand pari, parce que les liens entre la philosophie de l'histoire et le jugement téléologique sont plus immédiatement perceptibles dans l'œuvre kantienne, ne serait-ce que parce que Kant a écrit sa philosophie de l'histoire, tandis que la philosophie politique que Hannah Arendt prête à Kant est pour une large part reconstruite, si même elle ne reste pas inchoative, voire virtuelle.

L'intérêt qui continue de s'attacher à un texte comme l'*Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique* (1784³) réside précisément en ceci que, toute empreinte de téléologie naturelle qu'elle soit, cette philosophie de l'histoire vise précisément à mettre en place une philosophie politique. Il est vrai que cette philosophie politique n'est pas une philosophie du jugement politique : elle se borne à articuler la *tâche* politique assignée à l'espèce humaine sur la finalité naturelle, c'est-à-dire sur les dispositions innées de cette espèce. L'expression même du « point de vue cosmopolitique » exprime la singularité de ce lieu-charnière. Les neuf propositions de l'essai visent à établir, degré par degré, les conditions de possibilité de la transition entre téléologie naturelle et citoyenneté mondiale : de *cosmos* à *polis* pourrait-on dire. Le tournant de l'essai se trouve dans les propositions V, VI et VII, où il est affirmé que c'est à travers l'« insociable sociabilité », qui régit les rapports d'une humanité non éclairée, que la nature exerce sa pression sur l'espèce humaine qu'elle laisse par ailleurs entièrement démunie. Dans ces thèses qui développent la dimension proprement politique de l'essai, la constitution d'une société civile « administrant le droit de façon universelle » est présentée non comme un cadeau de la nature, mais comme une tâche, plus précisément un « problème » à résoudre. La nature ne propose pas de solution, mais impose à la fois un problème et l'impulsion à le résoudre. On comprend dès lors que ce problème soit déclaré « le plus difficile » ; c'est aussi « celui que l'espèce humaine résoudra en dernier » (Sixième proposition). Ainsi, c'est bien la nature qui « dispose » à l'ordre cosmopolitique ; mais c'est aux hommes qu'est remise la tâche de mener à bien cette entreprise.

A mon avis, l'esquisse de philosophie du jugement politique que propose Hannah Arendt dans le prolongement du ju-

3. *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, AK, VIII, 15 sq., Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », II, p. 187 sq.

gement esthétique, ne saurait être dissociée de la philosophie explicite de l'histoire, dont on vient de rappeler les moments forts, et cela pour trois raisons. D'abord, l'essai de 1784 peut déjà être avantageusement placé sous le signe du jugement réfléchissant, et cela en dépit d'une antériorité de près de dix ans de l'essai sur la *Critique de la faculté de juger*. Le concept de « constitution civile parfaite », auquel est consacrée la Septième proposition de l'essai, n'est-il pas projeté comme une *Idée sous* laquelle se laissent subsumer les signes empiriques d'un développement prometteur de l'espèce humaine ? A cet égard, la Neuvième proposition est fort instructive :

C'est sans doute un projet étrange, et selon l'apparence, absurde, que de vouloir composer une *histoire* d'après une *Idée* du cours que le monde devrait suivre s'il était adapté à certains buts raisonnables ; il semble qu'avec une telle intention on ne puisse aboutir qu'à un *roman*.

Et pourquoi n'est-ce pas un roman ? C'est dans la série de réponses de Kant à ce soupçon que je vois ce que je propose d'appeler la marque en creux d'un jugement réfléchissant non encore thématiqué. Première raison :

Toutefois, s'il nous est permis d'admettre que la nature, même dans le jeu de la liberté humaine, ne procède pas sans plan ni dessein final, cette idée pourrait bien devenir utilisable. Et, bien que nous ayons une vue trop courte pour pénétrer le mécanisme secret de son organisation, cette *Idée* pourrait cependant nous servir de fil conducteur pour présenter, du moins dans l'ensemble, comme un *système*, ce qui sans cela resterait un *agrégat* d'actions humaines dépourvu de plan.

L'*Idée*, servant de fil conducteur au passage de l'agrégat au système, n'est-elle pas de la nature du jugement réfléchissant ? Ni rêve fantastique, ni impératif transcendantal, mais *Idée* directrice. D'où ma suggestion : le *jugement* politique que Hannah Arendt isole ne serait pas alors la seule extrapolation possible de la théorie critique du jugement réfléchissant. Deuxième raison : l'*Idée* servant de fil conducteur au point de vue cosmopo-

litique sur l'histoire n'a pour gage que les signes, les symptômes, les indices qui nourrissent

l'espérance qu'après maintes révolutions survenues dans cette transformation parviendra finalement un jour à s'établir ce que la nature a pour dessein suprême d'établir, à savoir une *situation cosmopolitique* universelle... (Huitième proposition).

Or n'est-ce pas la même constellation de signes positifs que le jugement politique va recueillir, selon l'analyse qu'Hannah Arendt va en faire ? Enfin, dernière raison : la note d'espoir sur laquelle se termine l'essai de 1784, non seulement n'est pas étrangère à ce qu'on va appeler jugement politique, mais lui est consubstantielle, dans la mesure où, comme on va le voir, le jugement politique ne peut être contenu dans la rétrospection, mais comporte une dimension prospective, voire « prophétique ».

Si, dans sa tentative de reconstruire une philosophie du jugement politique, Hannah Arendt a cru pouvoir faire l'impasse sur la philosophie de l'histoire, c'est que celle-ci a pour sujet, non pas les citoyens pris individuellement, mais l'espèce humaine prise comme un tout, comme le pose la Première proposition de l'essai de 1784. Autre raison : alors que l'on pourrait tenir la philosophie de l'histoire de Kant pour éclipsée par celles de Vico, de Hegel ou de Marx, sa philosophie présumée du jugement politique ne serait pas menacée d'une pareille désaffectation. Bien plus, elle serait la promesse d'une philosophie critique et non spéculative de l'histoire, laquelle appellerait un regard sur des histoires fragmentaires étroitement solidaires du jugement politique. A cet égard, Hannah Arendt a pu légitimement former le soupçon qu'une philosophie de l'histoire, demeurée tributaire d'une philosophie de la nature et délibérément orientée vers le futur de l'espèce humaine, fasse écran à un intérêt tourné vers le politique en tant que tel, c'est-à-dire en tant que distinct de la simple sociabilité.

Cela dit, le premier thème d'une telle philosophie politique serait celui de la *pluralité* impliquée par le vouloir vivre en-

semble qui sous-tend le politique ; or cette condition de pluralité offre une parenté évidente avec l'exigence de *communicabilité* impliquée par le jugement de goût. Non seulement ce concept issu de la troisième *Critique* reçoit un éclairage décisif de son emploi dans le cadre du jugement politique, mais il offrirait en retour les moyens d'une réinterprétation politique du jugement de goût. On se rappelle le paradoxe : comment comprendre que le goût, sens plus intime que la vue ou l'ouïe, soit tenu pour éminemment communicable en tant que discernement interne au plaisir ? Or, ce qui assurerait la transition entre l'intime subjectivité du goût et la communicabilité qui en assure l'universalité, c'était le sens commun. On peut alors se demander si celui-ci n'est pas, sinon par essence, du moins par destination, une grandeur politique, à savoir à la fois la condition et l'effet du vivre ensemble constitutif d'un corps politique. Hannah Arendt va jusqu'à distinguer l'usage latin du *sensus communis* de la notion populaire de sens commun en tant que grandeur sociologique donnée. Certes, le *sensus communis* est un sens de la communauté que les gens du commun partagent sans le secours des philosophes. Mais son statut d'exigence requise le distingue de toute donnée empirique.

Le second thème serait celui de la *particularité* du jugement politique, comparable à celle du jugement esthétique (« Cette rose est belle ») ; ainsi compris, le jugement politique ne viserait pas à supprimer, mais à justifier la particularité des événements historiques. Mais cette particularité n'est pas quelconque, mais exemplaire. Ce trait – *l'exemplarité du particulier* – est commun au jugement de goût et au jugement historique. En cela réside la justification du concept qu'on vient d'évoquer de *sensus communis* : ce que le *sensus communis* distingue et reconnaît, c'est l'exemplarité du particulier. A cet égard le rapprochement entre l'exemplarité des grands événements qui nous donnent ou nous rendent l'espoir et celle des choses ou des œuvres belles, fournirait un nouveau point d'appui pour une philosophie du jugement politique davantage affranchie de la tu-

telle de la finalité naturelle. C'est à la lumière de ce thème de l'exemplarité que peut être reconnue la valeur indicative, sympathomatique, d'événements tels que la Révolution française.

En troisième lieu, il faudrait souligner le primat du point de vue rétrospectif du *spectateur* sur le point de vue prospectif des *acteurs* de l'histoire. On retrouverait ainsi l'opposition rencontrée sur le plan esthétique entre goût et génie, entre le discernement de l'un et la créativité de l'autre. C'est pour un tel spectateur que la signification de certains événements remarquables du passé prend valeur de germe d'espoir, à l'encontre de la mélancolie qu'un sentiment non réfléchi nourrirait. A cet égard, la contradiction apparente qu'on relève entre plusieurs évaluations par Kant de la Révolution française trouve ici sa solution. Ainsi, dans *le Conflit des facultés*⁴ (2^e section, § 5), Kant écrit-il :

Dans l'espèce humaine, il doit survenir quelque expérience qui, en tant qu'événement, indique en cette espèce une disposition et une aptitude à être cause du progrès vers le mieux et (puisque ce doit être l'acte d'un être doué de liberté) en être *l'artisan* ; mais on peut prédire d'un événement qu'il est l'effet d'une cause donnée quand se produisent les circonstances qui y coopèrent.

Mais l'important est que c'est dans la rétrospection, et pour un spectateur non engagé dans la production de l'événement, que celui-ci – ici la Révolution française – prend sens :

Il s'agit seulement de la manière de penser des spectateurs qui se traduit *publiquement* dans ce jeu des grandes révolutions et qui, malgré le danger des inconvénients sérieux que pourrait leur attirer une telle partialité, manifestent néanmoins un intérêt universel, désintéressé toutefois, pour les joueurs d'un parti contre ceux de l'autre, démontrant ainsi (à cause de l'universalité) un caractère de l'humanité en général et aussi (à cause du désintéressement) un caractère moral de celle-ci, tout au moins en son

fond, qui non seulement permet d'espérer le progrès vers le mieux, mais constitue même un tel progrès dans la mesure où il peut être actuellement atteint.

Malgré la Terreur, cette révolution

trouve néanmoins dans les esprits de tous les spectateurs (qui ne sont pas engagés dans ce jeu) une *sympathie* d'aspiration qui touche de près à l'enthousiasme et dont la manifestation même exposait au péril, qui par conséquent ne devait avoir d'autre cause qu'une disposition morale du genre humain.

Comme on peut voir, ce texte de 1798 ne dissocie pas le jugement politique du point de vue cosmopolitique de l'essai de 1784.

Ainsi : désintéressement, après coup, communicabilité constituent autant de traits allant de pair. Si ces traits du jugement de goût peuvent être étendus de façon convaincante de l'esthétique à la politique, c'est qu'ils s'attachent au jugement réfléchissant dans toutes ses applications possibles : déjà, au plan du jugement de goût, l'usage public de la pensée critique exprime le Juger selon sa plus grande généralité : le paragraphe 40 de la *Critique de la faculté de juger* parle de « communicabilité générale (ou universelle) ». Et cette communicabilité est expressément liée à une « opération de la réflexion » (*ibid.*).

Tous ces traits se résument dans la belle expression de « mode de pensée élargie » que propose le paragraphe 40 de la *Critique de la faculté de juger*. Cet élargissement projette le regard critique au-delà de la proximité sociologique et le tourne vers d'autres jugements possibles, dès lors que l'imagination invite à « se mettre à la place de tout autre ». Imaginer, ce n'est pas seulement se représenter une chose absente, mais aussi se mettre à la place d'un autre être humain, proche ou lointain.

On peut suivre Hannah Arendt dans sa tentative pour rapprocher de la communicabilité du jugement esthétique la « sympathie d'inspiration » qu'un événement politique majeur peut susciter dans les « esprits de tous les spectacles », selon l'expression évoquée plus haut. On s'inquiétera suffisamment plus

4. I. Kant, *le Conflit des facultés, en trois sections* (1798), trad. Gibelin, Paris, Vrin, 1935.

loin des dangers d'une esthétisation du politique ; mais il faut rendre justice à l'heureuse trouvaille à la faveur de laquelle l'Esthétique se voit en retour élevée au point de vue politique et, pourquoi ne pas le dire, au point de vue cosmopolitique ; dans la mesure, en effet, où le citoyen du monde kantien est, comme le dit Hannah Arendt, en fait un *Weltbetrachter*, un spectateur du monde, c'est le regard détaché du spectateur qui rouvre la voie de l'espoir aux témoins désolés des horreurs de l'histoire.

On peut, néanmoins, opposer deux séries de réserves à cette reconstruction remarquable. Les premières portent sur la disjonction excessive faite entre l'orientation prospective du jugement téléologique propre à un texte comme *l'Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique* et le jugement rétrospectif du spectateur au plan esthétique et politique. L'exemplarité reconnue aux œuvres d'art comme aux grands événements ne constituerait pas un gage d'espérance si l'exemplarité ne servait pas d'appui, sinon de preuve, à l'espérance. Comment le regard sur le passé se retournerait-il en expectation tournée vers l'avenir sans quelque téléologie sous-jacente ? L'espoir apparaît chez Kant comme un pont jeté entre le regard du témoin et l'attente du prophète. On se rappelle la dernière phrase de la Huitième proposition de *l'Idée d'une histoire universelle...* évoquant

l'espérance [...] que parviendra finalement un jour à s'établir [...] une situation *cosmopolitique* universelle.

Ce lien entre rétrospection et espérance se retrouve énoncé dans des termes à peu près identiques dans le texte évoqué plus haut du *Conflit des facultés*. C'est bien « d'histoire prophétique du genre humain » qu'il s'agit encore en 1798 :

Dans l'espèce humaine, il doit survenir quelque expérience qui, en tant qu'événement, indique en cette espèce une disposition et une aptitude à être cause du progrès vers le mieux...

Le concept de *disposition* continue de faire la jonction entre point de vue téléologique et point de vue cosmopolitique ; à

travers lui, le jugement téléologique et le jugement esthétique joignent leurs paradigmes dans le projet d'une philosophie politique qu'on déclare non écrite. Sans cette conjonction, Kant pourrait-il dire de l'événement de la Révolution française ? :

Un tel phénomène dans l'histoire de l'humanité *ne s'oublie plus*⁵...

Ce paragraphe 7 est précisément intitulé « Histoire prophétique de l'humanité » : les signes, rétrospectifs pour le jugement réfléchissant, sont prospectifs à l'égard des projections autorisées par la « disposition » dont la nature a pourvu l'homme en tant qu'être destiné à l'état cosmopolitique. Ces remarques atténuent sans le supprimer le paradoxe de la distance entre le point de vue du spectateur et le point de vue du moraliste de l'action qu'on peut dire antirévolutionnaire. Rien pourtant ne dit que le jugement du spectateur condamne irrémédiablement l'initiative pratique du révolutionnaire : de même que le goût n'aurait rien à juger sans le génie créateur, le spectateur de la Révolution n'aurait rien à admirer sans l'audace du révolutionnaire.

Seul Hegel prétendra résoudre ce paradoxe dans le fameux passage qui conclut le chapitre VI de la *Phénoménologie de l'esprit* consacré au « pardon » qu'exercent l'un à l'égard de l'autre l'homme d'action et la belle âme. Il semble que, si une passerelle peut être aperçue chez Kant entre les deux points de vue, elle soit à chercher du côté du rôle attribué à *l'opinion lettrée*, seul public politique compétent aux yeux de Kant, en tant que sujet à la fois du jugement rétrospectif porté sur l'histoire échue et de l'espoir fondé dans la « disposition » reçue des mains de la nature. Sinon, on ne voit pas comment l'enthousiasme du spectateur pourrait s'incorporer à l'anticipation, prudente et modérée, d'un progrès définitif de l'humanité. Seule l'opinion lettrée est capable de joindre, dans la perception de tels événements, la signification qu'on peut assigner au jugement réflé-

5. *Le Conflit des facultés*, 2^e section, § 7.

chissant *et* la valeur de signe, de symptôme, dont s'empare l'espoir, lorsqu'il retourne la rétrospection en expectation.

Une seconde ligne critique serait la suivante : la place requise pour les citoyens actifs et prospectifs, dans un texte comme le *Projet de paix perpétuelle* (1795), n'est-elle pas mieux définie par la *Doctrine du droit* (1796) que par une extrapolation du jugement de goût ? Le *Projet* donne l'occasion d'une réflexion sur la guerre parallèle à celle que l'on vient de mener concernant la Révolution. La guerre, elle aussi, reçoit deux interprétations différentes : pour le spectateur et pour l'acteur. C'est pour le premier qu'elle est l'accoucheuse de sens, alors qu'elle est condamnable absolument dans un *projet* qui ne peut s'adresser qu'à des acteurs de l'histoire en cours. En tant que ruse de la nature, la guerre n'est accessible et, semble-t-il, tolérable qu'au regard du spectateur. En revanche, comme entreprise soumise au jugement moral, elle est intolérable et absolument condamnable. Dans le *Projet de paix perpétuelle*, la guerre est ce qui ne doit pas être :

Il ne doit y avoir aucune guerre. Aucun État ne doit [soll] s'immiscer de force dans la Constitution et le gouvernement d'un autre État⁶.

Ce qui prend ici la suite du « dessein final » de la nature, à savoir l'instauration d'un tout cosmopolitique, c'est une obligation proprement juridique, et les événements que célèbre le jugement politique prennent place à l'articulation de ce dessein de la nature et de ce veto de la raison pratique.

On ne saurait donc hypostasier le jugement du spectateur, même s'il lui est donné d'embrasser la scène dans son entier, comme le fait après tout la philosophie de l'histoire universelle. Tout ce qu'on peut suggérer, c'est que la réflexion, tout en portant sur des événements passés, révèle sa dimension prospective à la faveur même de la distanciation critique. Il faudrait alors

ne pas lier de façon univoque réflexion et rétrospection. Sinon, comment des événements passés apparaîtraient-ils comme chargés de promesses, donc chargés d'avenir ?

C'est à mon sens dans la *Doctrine du droit*, traitée trop sévèrement par Hannah Arendt, que l'on trouverait des suggestions fécondes concernant le lien entre rétrospection et prospection, dans la mesure où la *Doctrine du droit* se place à la charnière entre le point de vue de la citoyenneté et le point de vue cosmopolitique, relevant d'une philosophie de l'histoire. Et cela en vertu de la puissance projective de ses requêtes concernant l'État de droit et la paix entre les États. La philosophie du droit serait ainsi à placer en position d'intermédiaire entre les « dispositions » relevant de la finalité naturelle et l'exigence *morale* d'un État de droit au sein des cités et entre les cités. On ne saurait faire porter au seul jugement réfléchissant tout ce poids.

Ce qui, peut-être, doit être retenu en faveur de l'interprétation de Hannah Arendt, c'est que le jugement réfléchissant empêche la philosophie kantienne de l'histoire de verser dans une philosophie de type hégélien dans laquelle l'Esprit prendrait la relève de la nature, et où la ruse de la raison remplacerait la ruse de la nature. En deçà de ce pas décisif, où l'Esprit lui-même se substitue à l'espèce humaine dans la position de sujet de l'histoire, le citoyen du monde reste bien, comme le dit Hannah Arendt, un spectateur du monde, et le jugement réfléchissant reste non réconcilié avec la règle de la raison pratique – aussi longtemps du moins qu'on néglige la médiation de la *Doctrine du droit*. Seul indice de réconciliation pour une philosophie *critique* : l'exemplarité qui donne une pointe de futurité à la communicabilité et, par ce biais, une dimension « prophétique » au jugement réfléchissant lui-même.

6. *Projet de paix perpétuelle*, 1^{re} section, § 5.

Interprétation et/ou argumentation

LA PRÉSENTE ÉTUDE est issue d'une conférence donnée dans le cadre d'un séminaire de l'École nationale de la magistrature placé sous le titre apparemment univoque de l'interprétation. Or, ce qui est ici proposé, sous un titre double, c'est une analyse où l'interprétation est mise en couple avec une opération présumée rivale, à savoir l'argumentation. Qu'est-ce qui peut justifier cette polarisation dont le premier effet est de compliquer le jeu, au moment où philosophes et juristes, moralistes et magistrats tentent d'élaborer une conception unifiée du débat – à savoir cette phase du procès dont on a montré plus haut qu'elle se déploie entre le moment d'incertitude caractéristique de l'ouverture du procès et le moment du prononcé de la sentence où il est mis fin à cette incertitude initiale par une parole qui dit le droit. C'est donc la cohérence épistémologique du débat, au sens judiciaire du terme, qui est ici en jeu. C'est une question préalable de savoir si, entre le sens large donné dans ce séminaire à la notion d'interprétation, tenue pour synonyme de celle d'application (application de la norme juridique à un cas litigieux), on peut assigner à cette notion une acception plus restreinte qui justifie qu'on lui oppose, en pre-

mière approximation du moins, celle d'argumentation. Question pertinente, dans la mesure où l'on a caractérisé, entre autres choses, le débat comme lutte verbale soustraite à la violence et, plus précisément, comme assaut d'arguments, par quoi est soulignée la tournure agonistique bien connue du débat dans l'enceinte d'une cour de justice. La question majeure est alors de savoir s'il faut s'en tenir à une conception purement antinomique de la polarité interprétation/argumentation ou si, comme je le crois, on doit tenter d'élaborer une version proprement dialectique de cette polarité.

A vrai dire, l'état présent de la discussion ne paraît pas, à première vue, orienté vers un tel traitement dialectique. Nos lectures nous ont fait rencontrer, d'un côté, un auteur comme Ronald Dworkin¹ qui place toute la seconde partie de son ouvrage *A Matter of Principle* sous le titre "Law as Interpretation", sans qu'il y soit apparemment fait place à une éventuelle confrontation entre interprétation et argumentation. Nous croisons, d'un autre côté, des théoriciens de l'argumentation juridique, comme Robert Alexy², dans *Theorie der juristischen Argumentation* et Manuel Atienza³, dans *Teoria de la Argumentación jurídica*, pour qui l'argumentation juridique doit être considérée comme une province distincte, certes, mais subordonnée, à l'intérieur d'une théorie générale de l'argumentation pratique, sans que l'interprétation soit jamais reconnue comme une composante originale du discours (*Diskurs*) juridique.

En dépit de cette situation de faits, que nous allons déployer à loisir, j'ai cru pouvoir tirer argument des insuffisances internes de chacune des positions considérées pour soutenir la thèse selon laquelle une herméneutique juridique centrée sur

la thématique du débat requiert une conception dialectique des rapports entre interprétation et argumentation. J'ai été encouragé dans cette entreprise par l'analogie qui m'a paru exister, au plan épistémologique, entre la paire interpréter/argumenter, au plan juridique, et la paire comprendre/expliquer, dont j'ai jadis montré la structure dialectique, s'agissant de théorie du texte, de théorie de l'action ou de théorie de l'histoire.

Dworkin :

de l'interprétation à l'argumentation ?

Dans la présentation des idées de Dworkin sur le sujet, je mettrai l'accent sur ce que j'appelle volontiers l'encadrement stratégique à l'intérieur duquel il est fait appel à la notion d'interprétation, dans le but avoué de chercher dans les limites inhérentes à cet encadrement, les raisons de l'occultation de la problématique de l'argumentation qui, pour des raisons inverses, occupera toute la scène de la théorie de l'argumentation juridique de Alexy et Atienza.

Il est remarquable que la question de l'interprétation soit posée par Dworkin en partant de la discussion très précise et même très pointue du paradoxe que constitue pour la pratique juridique la plus concrète les *hard cases*, les « affaires difficiles ». On a alors affaire à une stratégie qui prend son départ dans une perplexité surgissant à la pointe de la pratique effective du juge et qui, de là, s'élève à des considérations générales concernant la cohérence de la pratique judiciaire.

C'est sur ce chemin que l'auteur de *A Matter of Principle* rencontre la question du rapport entre droit et interprétation.

La position privilégiée accordée aux « affaires difficiles » dans *A Matter of Principle* n'est pas accidentelle. Les *hard cases* constituent déjà une pierre de touche dans *Taking Rights se-*

1. Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, part two: "Law as Interpretation", Oxford University Press, 1985.

2. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp, 1978. Trad. anglais : *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

3. Manuel Atienza, *Teoria de la Argumentación jurídica*, Madrid, 1989.

riously⁴ et dans l'essai qu'on va évoquer plus loin : "Is law a system of rules?", qui fait partie de l'ouvrage collectif *The Philosophy of Law*⁵ dont Dworkin est le maître d'œuvre.

Quand le juge est-il confronté à une affaire réputée difficile ? Lorsqu'aucune des dispositions légales extraites des lois existantes ne paraît constituer la norme sous laquelle ladite affaire pourrait être placée ; on pourrait dire, en langage kantien, que les affaires difficiles constituent une mise à l'épreuve du jugement réfléchissant. Pourquoi alors batailler avec l'acharnement et la subtilité déployés par Dworkin contre la thèse *no answer* ? Pour faire pièce à la théorie positiviste du droit, qui est la cible permanente de Dworkin. Selon celle-ci, réduite à son squelette, les lois sont réputées édictées par quelqu'un, en position de commandement, elles sont donc identifiées par leur *pedigree*, l'intention du législateur constituant un corollaire de ce premier axiome ; en outre, elles sont réputées régir des dispositions non équivoques (on voit poindre ici la question herméneutique dans la mesure où celle-ci a partie liée avec l'équivocité irréductible des textes) ; troisième axiome : si aucune réponse à la question posée ne paraît contenue dans le droit en vigueur, alors le jugement de l'affaire est remis au pouvoir discrétionnaire du juge.

C'est la réfutation de ces trois thèses maîtresses qui va faire le lit d'une théorie de l'interprétation. D'abord, le sens d'une loi ne résulte pas de son *pedigree* ; comme on le dira dans les termes d'une théorie non intentionnelle du texte littéraire, le sens de la loi, s'il en est un, est à chercher dans le texte et ses connexions intertextuelles, et non dans le commandement d'un législateur, symétrique juridique de l'intention prêtée à l'auteur d'un texte littéraire. Ensuite, de l'aveu de théoriciens positivistes comme Hart, les lois les plus explicites

ont une *open structure*, au sens d'un texte ouvert sur des interprétations constructives non prévues. Mais c'est la réfutation de la troisième thèse, celle du rôle de bouche-trou accordé au pouvoir discrétionnaire du juge, qui va frayer directement la voie à une théorie de l'interprétation ; si la "*discretion*" du juge est la seule réplique au silence de la loi, alors l'alternative est fatale à toute caractérisation juridique de la décision : ou bien elle est arbitraire, au sens de hors la loi, ou bien elle n'entre dans le droit qu'à la faveur de la prétention législative qu'elle revêt ; seule la capacité de faire précédent préserve la qualification juridique de la décision issue du pouvoir discrétionnaire.

D'où le problème tel que Dworkin le voit posé : comment justifier l'idée qu'il y a toujours une réponse valable, sans tomber soit dans l'arbitraire, soit dans la prétention du juge à se poser en législateur ?

C'est en cet instant critique que la théorie juridique rencontre le modèle du texte littéraire et le sous-modèle du texte narratif, lequel va devenir, sous la plume de Dworkin, le paradigme du texte littéraire.

Restons un moment au plan d'une théorie générale du texte littéraire : la disjonction opérée en critique littéraire entre la signification immanente au texte et l'intention de l'auteur, trouve un parallèle en théorie juridique dans la disjonction opérée entre le sens de la loi et l'instance de décision que le positivisme juridique place à la source du droit. L'entreprise littéraire revêt un caractère canonique pour la théorie juridique dès lors que l'interprétation prend appui sur les permissions du texte, tel qu'il s'offre à la chaîne de ses lecteurs. Ce qu'on a appelé avec regret le flou ou le vague du texte littéraire ne fait plus figure de faiblesse, mais de force, pour ce qu'on peut appeler symétriquement l'« entreprise judiciaire ».

C'est alors que le modèle narratif prend un relief particulier, dans la mesure où l'interprétation fait de façon visible appel, dans la reconstruction du sens du texte, à des rapports de convenance, de justesse ou d'ajustement, entre l'interprétation

4. Ronald Dworkin, *Taking Rights seriously*, Harvard University Press, 1977.

5. "Is Law a system of rules?" in Ronald Dworkin (Ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, 1977 (6^e impression en 1991).

proposée d'un passage difficile et l'interprétation de l'ensemble de l'œuvre. On reconnaît dans ce "*fit*" le fameux principe herméneutique de l'interprétation mutuelle de la partie et du tout. On verra dans un instant sous quel point de vue l'entreprise juridique se laisse le mieux considérer comme œuvre formant un tout. Mais disons dès maintenant que l'appréciation d'un rapport de convenance, de justesse ou d'ajustement, échappe à l'alternative entre démonstrabilité et arbitraire. Nous sommes sur un plan où la controverse est certes possible, mais où un critique peut prétendre qu'une interprétation vaut mieux qu'une autre, est plus probable, plus plausible, plus acceptable (tous ces termes demandant à être précisés). Il apparaît maintenant que la thèse *no answer* était à son insu solidaire de la thèse de la démonstrabilité, c'est-à-dire, dit Dworkin, d'un jugement soutenu par des arguments dont la vérité s'imposerait à quiconque comprend la langue dans laquelle la proposition juridique est énoncée. C'est peut-être en ce point que Dworkin, aveuglé par la thèse rivale de la démonstrabilité, manque le moment où l'interprétation devrait faire appel à une théorie de l'argumentation qui elle-même échappe à l'alternative du démontrable ou de l'arbitraire. On peut attribuer cette faille dans le raisonnement à la préoccupation peut-être excessive attachée à la réfutation de la thèse *no answer* qui aboutit à instituer un lien trop rigide entre la solution des affaires difficiles et la thèse de la démonstrabilité des propositions juridiques.

Mais poussons plus loin l'exploitation du modèle littéraire sous sa forme plus précisément narrative. Dans quel contexte faut-il se placer pour voir la recherche du "*fit*" interprétatif vérifié par ce que Dworkin appelle les « faits de cohérence narrative » ? Il faut sortir du cas isolé et ponctuel d'un jugement déterminé, et se placer dans la perspective d'une histoire de l'« entreprise judiciaire », donc prendre en compte la dimension temporelle de cette entreprise. C'est à cette occasion que Dworkin a recours à la fable d'une chaîne de narrateurs, ajoutant chacun son chapitre à la rédaction d'une histoire, dont aucun narrateur

ne détermine à lui seul le sens global, mais dont chacun doit le présumer, s'il adopte comme règle la recherche de la cohérence maximale. Cette anticipation de la cohérence narrative, conjuguée avec la compréhension des chapitres précédents d'une histoire que chaque narrateur trouve déjà commencée, donne à la recherche du "*fit*" un double gage, celui des précédents, d'une part, celui de la visée présumée de l'ensemble juridique en cours d'élaboration, d'autre part. Autrement dit, d'un côté, le déjà jugé, de l'autre, le profil anticipé de l'entreprise juridique considérée dans son historicité. C'est ainsi que le modèle du texte – et plus particulièrement du texte narratif – fournit une alternative acceptable à la réponse *no answer* donnée aux *hard cases* et, du même coup, à la conception positiviste du droit.

Malheureusement, Dworkin n'a pas saisi l'occasion de coordonner sa notion générale de "*fit*", et plus précisément la version narrativiste de ce "*fit*", avec une théorie de l'argumentation qui pourrait parfaitement être prise en charge au titre même de critère de cohérence, que celle-ci soit ou non réductible à la cohérence narrative. Les synonymes proposés : intégralité, identité, n'ajoutent aucune précision particulière à la notion trop indéterminée de cohérence. Tout au plus est-il fait appel à des concepts que l'on trouve chez T. Toulmin⁶ tels que « pesée » (*weight*), « importance » (*relevance*), « garantie » (*warrant*), « réfutation » (*rebuttal*), etc., tous concepts qui relèvent d'une théorie encore inchoative de l'argumentation, comme le diront Alexy et Atienza.

On peut alors se demander pourquoi Dworkin n'est pas allé regarder du côté d'une théorie plus affinée de l'argumentation. Ce n'est certes pas par manque de subtilité, car c'est un redoutable débattre ; mais pour des raisons plus profondes que l'on comprend mieux si l'on rapproche la section "Law and In-

6. T. Toulmin, *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, 1958.

terpretation" de *Matter of Principle* de l'essai "Is law a system of rules?" tiré de *The Philosophy of Law*. Cet essai révèle que Dworkin est beaucoup moins intéressé à la formalité des arguments qu'à leur substance et, disons-le tout de suite, à leur substance morale et politique. La conception du droit que propose ce remarquable article repose sur une hiérarchie entre les diverses composantes normatives du droit. C'est encore une fois la querelle avec le positivisme de Hart qui mène le jeu. Ce qui est dénoncé ici, c'est la complicité entre la rigidité juridique qui s'attache à l'idée de règle univoque et le décisionnisme qui aboutit à majorer le pouvoir discrétionnaire du juge. L'univocité, est-il dit avec insistance, est une caractéristique des *règles*. Elle ne convient pas aux *principes* qui, en dernier ressort, sont de nature éthico-juridique. Le droit établi, en tant que système de règles, n'épuise pas le droit en tant qu'entreprise politique.

En quoi cette distinction entre *principes* et *règles* contribue-t-elle à la théorie herméneutique du jugement judiciaire ? En ceci que ce sont plus volontiers des principes que des règles qui concourent à la solution des affaires difficiles. Or ces principes, à la différence des règles, ne sont pas identifiables par leur *pedigree* (qui les a édictés ? la coutume ? le pouvoir ? une législation insaisissable ? des précédents ?), mais par leur force normative propre. Ensuite, à la différence des règles de second degré, telles que les « règles de reconnaissance » de Hart, leur statut éthico-politique exclut l'univocité. Ils sont chaque fois à interpréter. Et chaque interprétation peut être dite « compter en faveur de » telle ou telle solution ; « peser » plus ou moins, incliner sans nécessiter, pour parler comme Leibniz. Il faut parler de leur poids qu'il faut chaque fois évaluer ; surtout, il faut éprouver le *sense of appropriateness* qui s'est développé dans l'histoire de la profession et du public éduqué. Du coup il n'est pas non plus possible de procéder à une énumération complète des exceptions, pas plus qu'il n'est possible de faire le tour complet des principes en vigueur. Le vocabulaire de maintes sentences abondant en régime de *common law*, tel que dérai-

sonnable, négligent, injuste, significatif, marque la place de l'interprétation jusque dans l'énoncé de la sentence.

On comprend que cette conception souple et non codifiable de l'interprétation soit rebelle au formalisme d'une théorie de l'argumentation juridique. Dworkin est beaucoup plus intéressé à l'horizon politico-éthique sur lequel se détachent les principes irréductibles aux règles. Il en assume tous les inconvénients : le caractère interminable de la controverse, qui ne peut être compensé que par le fort consensus d'une société démocratique (on retrouve ici le dernier Rawls et son « consensus par recouvrement ») ; la fragilité de jugements remis à la capacité d'acceptation des divers auditoires concernés (les parties en procès, la profession juridique, les juristes doctrinaires). Dworkin retrouve ici, sans peut-être en prendre conscience, les difficultés soulevées par l'école de la réception du texte en théorie littéraire.

Mais je ne voudrais pas quitter Dworkin sans avoir souligné les mérites de sa conception. Au modèle du texte il doit une conception de la loi affranchie de ce qu'il appelle son *pedigree*. Au modèle de la narration, en dépit d'une certaine naïveté face au développement contemporain des théories portant sur la narrativité, il doit la prise en charge de la « pratique légale » dans son déroulement historique, l'« histoire légale » étant érigée en cadre interprétatif. Enfin, à la distinction entre principes et règles, il doit une conception générale du droit inséparable « d'une théorie politique substantive ». C'est cet intérêt ultime et fondamental qui finalement l'éloigne d'une théorie formelle de l'argumentation juridique.

De l'argumentation à l'interprétation ?

La stratégie mise en œuvre par des spécialistes de l'argument juridique tels que Alexy et Atienza est fort différente. Il s'agit, pour l'essentiel, de traiter celle-ci comme un cas spécial de la *discussion pratique normative générale*, donc d'inscrire le petit cercle de l'argumentation juridique dans le grand cercle de l'argumentation pratique générale. C'est donc de celle-ci que l'on partira à titre de *Begründung*, c'est-à-dire de justification ou de fondation⁷.

C'est donc la charnière entre les deux niveaux qui nous importe, dans la mesure où c'est dans les contraintes et les procédés particuliers à l'argument juridique que l'on risque de trouver l'occasion d'articuler l'interprétation sur la justification, même si les auteurs ne le font qu'épisodiquement (à cet égard Atienza donne plus de prise qu'Alexy à une telle tentative de conciliation, comme sa considération des cas qu'il appelle tragiques le suggère⁸).

Restons donc un bon moment au plan du discours pratique normatif. Les trois termes méritent d'être expliqués : par *pratique* on entend le domaine entier des interactions humaines ; celui-ci est plus précisément considéré du point de vue des normes qui le régissent et qui en tant que normes prétendent à la *rectitude* (*Richtigkeit*, *correctness*, *corrección*), et cela par le moyen d'un échange d'arguments dont la logique ne satisfait pas à la simple logique formelle, sans pourtant céder ni à l'arbitraire du

7. Le traducteur anglais a choisi "*justification*" et le traducteur espagnol, Atienza en l'occurrence, "*fundamentación*".

8. Un mot sur le vocabulaire : en allemand, particulièrement dans l'allemand de Habermas et de son école, *Diskurs* signifie à la fois discours en général, c'est-à-dire enchaînement de phrases, et discours au sens de discussion, donc d'enchaînement d'arguments (l'anglais a adopté *discourse* et l'espagnol *discurso* ; en français le terme discours est volontiers admis au sens de discussion reposant sur des arguments). C'est ainsi qu'on parle d'éthique du discours ou de la discussion.

décisionnisme, ni à la prétendue intuition des théories morales intuitionnistes, ce qui soumet d'emblée le concept de pouvoir discrétionnaire à forte suspicion. Le concept de *discours* impose un certain formalisme, qui est précisément celui de l'argumentation, au point que les termes discours et argumentation tendent à se superposer.

La question est donc de savoir par quoi se définit la prétention à la rectitude, à la correction. C'est à Habermas et à l'école d'Erlangen que l'on emprunte la réponse : la rectitude est la prétention qu'elle-même l'intelligibilité, dès lors qu'elle admet le critère de la communicabilité universalisable. Un bon argument est celui qui idéalement serait non seulement compris, tenu pour plausible, mais acceptable par toutes les parties concernées. On reconnaît là la thèse habermassienne de l'accord potentiel au niveau d'une communauté sans limites ni contraintes. C'est sur cet horizon de consensus universel que se placent les règles formelles de toute discussion prétendant à la rectitude. Ces règles, en petit nombre comme on va le voir, constituent l'essentiel de la *pragmatique universelle du discours*, dont l'accent normatif doit être fortement souligné, à l'encontre de toute réduction à l'argumentation stratégique qui régit la négociation, laquelle est soumise à des contraintes de toutes sortes et vise au succès, et non à la rectitude.

A l'objection, qui vient immédiatement à l'esprit, que pareil consensus est hors d'atteinte, irréalisable, on répond précisément que le caractère contrefactuel de l'idée de rectitude légitime son statut transcendantal qui l'assimile à une tâche sans fin. A l'objection que cette fondation est à elle seule insuffisante, on répond que c'est précisément la tâche de l'argumentation juridique de compléter les règles générales du discours normatif dans un champ particulier, celui du droit. A l'objection, enfin, qu'en vertu même de son caractère idéal, la théorie de l'argumentation peut servir d'alibi à des distorsions systématiques, on répond que l'idéal de l'accord potentiel recèle en lui-même les conditions d'une critique en règle des accords

empiriques plus ou moins extorqués, ou issus d'intérêts coalisés, et plus généralement représentatif d'un équilibre de fait entre des pouvoirs en conflit.

Quand on demande de préciser les modalités dès maintenant formulables de cette pragmatique, il apparaît que l'universalisation possible d'un argument est ce qui en constitue la rectitude. On verra tout à l'heure ce que cela signifie au plan juridique. Est-ce à dire que nous nous bornons ici à répéter Kant ? Non, répondent les habermassiens : le principe d'universalité est mis en œuvre dans une situation d'emblée dialogale, alors que chez Kant il reste confiné au monologue intérieur (ce qui, je le note en passant, est très contestable et certainement faux au plan de la philosophie kantienne du droit).

Comme on l'a dit plus haut, les règles de la pragmatique universelle sont peu nombreuses. Mais elles suffisent à une éthique de la discussion. Les unes régissent l'entrée en discours, disons la prise de parole : tous ont un droit égal à intervenir, nul n'est interdit de parole. D'autres règles accompagnent la discussion dans tout son cours : chacun doit accepter la demande qui lui est faite de donner des raisons et, si possible, le meilleur argument, ou de justifier son refus. Cette règle constitue la règle générale de justification. D'autres règles régissent l'issue de la discussion : chacun doit accepter les conséquences d'une décision si les besoins bien argumentés de chacun sont satisfaits. Notons-le : cette dernière règle est déjà à la charnière du formel et du substantiel (ou du matériel) en vertu du recours qui est fait aux notions de besoin ou d'intérêt⁹. C'est là où quelque chose comme une interprétation s'insère dans la discussion dès lors que besoins ou intérêts relèvent de la compréhension et de l'appréciation, et que, pour être entendus ou reçus, ils ont dû avoir le premier test d'une estimation

9. Il y a là une situation comparable à celle que l'on rencontre dans *Théorie de la justice* de Rawls, dès lors qu'il est question chez ce dernier de « biens sociaux fondamentaux » à distribuer.

partagée par des communautés de taille variable¹⁰. Dans la mesure où nous sommes ici d'emblée au plan de la communicabilité, c'est en termes de *compréhension partagée* qu'intérêts et besoins accèdent à la discussion réglée. La normativité formelle ne va pas sans la *normativité présumée* par laquelle une position particulière s'annonce comme discutable, c'est-à-dire, au sens proprement dit, comme plausible. Ce caractère de discutabilité est sous-jacent à des idées telles que *Offenheit* (*openness, apertura*). Enfin, une décision prise dans un cadre discursif limité est soumise à des conditions d'acceptabilité au plan de ce que Perelman¹¹ appelait auditoire universel. A vrai dire, il y a toute une série d'auditoires concernés, s'agissant de la réception par d'autres instances discursives, travaillées elles aussi et de façons concrètement différentes, par la prétention à la rectitude (ou correction).

Au terme de cette rapide évocation des règles constitutives du discours pratique rationnel général, on peut certes accorder que, par son caractère contrefactuel, la notion de situation idéale de discours offre un horizon de rectitude à tout discours où les partenaires cherchent à convaincre par des arguments : l'idéal n'est pas seulement anticipé, mais déjà à l'œuvre. Mais il faut aussi souligner que le formel ne peut s'insérer dans le cours d'une discussion que s'il s'articule sur les expressions déjà publiques d'intérêts, donc de besoins marqués par des interprétations prévalantes concernant leur légitimité, et constitutives de ce qu'on a appelé plus haut leur caractère discutable. C'est à cette occasion qu'Alexy introduit lui-même, mais sans y insister autrement, la notion d'interprétation, lorsqu'il évoque

10. On retrouve là l'équivalent de la notion kantienne de maxime, qui correspond au fait que les désirs empiriques doivent avoir revêtu une certaine généralité, disons celle d'un plan d'action, voire d'un plan de vie, si elles doivent pouvoir se prêter aux critères d'universalisation.

11. Chaim Perelman, *Le Raisonnable et le déraisonnable en droit*, 1984 ; *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 1988 ; *Éthique et droit*, 1990. Bruxelles, Éditions de l'université de Bruxelles.

les règles gouvernant l'interprétation des besoins propres ou ceux d'autrui comme étant généralisables ou non¹².

Cet aveu ne constitue pas une concession fatale au formalisme de la théorie, dans la mesure où l'on insiste sur ceci, que c'est de l'intérieur du discours que les protagonistes élèvent une prétention à la rectitude de leur propre discours. C'est alors que l'on bute sur la question de ce qui est discursivement possible dans une situation historique donnée. Sans cela on n'aurait même pas à parler de la capacité à problématiser, présumée – et requise – chez chacun des protagonistes de la discussion.

Le moment est venu de caractériser le discours juridique comme espèce particulière du genre discours pratique général.

Il faut d'abord rappeler la diversité des lieux où se déroule le discours juridique, avant de parler des contraintes qui imposent des limitations spécifiques au discours juridique. L'instance *judiciaire*, que je prendrai comme instance paradigmatique, avec ses cours, ses tribunaux et ses juges, n'est qu'un des lieux où le discours juridique se déploie : il y a au-dessus d'elle l'instance législative, productrice de lois, et à côté d'elle l'instance des juristes, s'exprimant par ce que les théoriciens de langue allemande appellent dogmatique juridique. Il faudrait encore ajouter, avec Perelman, l'opinion publique et, à la limite, l'auditoire universel, à la discussion duquel sont soumises les théories des juristes, les lois émises par les corps législatifs, enfin les décisions émises par les instances judiciaires. De toutes ces instances, c'est l'instance judiciaire qui est soumise aux contraintes les plus fortes susceptibles de creuser un écart entre discours pratique général et discours judiciaire. C'est sur ces contraintes que nous allons maintenant insister.

D'abord, la discussion se déroule dans une enceinte institutionnelle propre (tribunaux et cours). Dans cette enceinte, toutes les questions ne sont pas ouvertes à débat, mais seules

celles qui s'insèrent dans le cadre codifié du procès. Dans le procès lui-même, les rôles sont inégalement distribués (l'accusé n'est pas volontairement présent ; il est convoqué). De plus la délibération est soumise à des règles de procédure elles-mêmes codées. Ajoutons encore que la délibération a lieu en temps limité, à la différence de la dogmatique juridique et, jusqu'à un certain point, des délibérations de l'instance législative. Enfin, la discussion devant l'instance judiciaire ne se termine pas par un accord et même ne vise pas, du moins en première approximation, à l'accord ; juger consiste à trancher et donc à séparer les parties, à instituer, comme il a été souligné par ailleurs, une juste distance entre elles. Enfin, il ne faut pas perdre de vue l'obligation légale de juger qui pèse sur le juge.

Que deviennent dans ces conditions contraignantes les règles du discours normatif général ? Alexy et les tenants de ce qu'il est convenu d'appeler la théorie *standard* insistent sur la filiation à partir de la prétention à la rectitude commune à tout discours normatif, avant de s'appesantir sur les caractères spécifiques du discours juridique. Leur thèse est que la prétention à la rectitude d'un argument juridique ne diffère en rien de celle de tout discours normatif. La norme générale est implicite. Idéalement, le perdant, le condamné, sont inclus dans la reconnaissance de cette prétention supposée partagée par toutes les parties en présence. Cette présupposition implicite s'exprime dans certains systèmes juridiques par l'obligation de motiver la décision. Mais, même si la décision n'est pas publiquement motivée, elle est au moins justifiée par les arguments employés. C'est pourquoi un juge ne peut à la fois statuer dans une affaire et déclarer que sa sentence est injuste. Cette contradiction performative est aussi criante que celle du locuteur qui dirait que le chat est sur le tapis et qu'il ne le croit pas¹³. La thèse vaut

12. Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, *op. cit.*, p. 133.

13. Une application immédiate se propose. Au plan pénal, aucun projet éducatif, aucun souci de resocialisation du condamné, ne serait justifié et, peut-être, ne pourrait être efficace, si le condamné n'était pas traité comme un être

elle-même par un argument *a contrario* : si l'argumentation juridique n'avait pas pour horizon le discours normatif général visant à la rectitude, aucun sens ne pourrait être donné à l'idée d'argumenter rationnellement. Si donc des contraintes nouvelles doivent être apportées à la théorie de la discussion normative, celles-ci doivent entrer en composition avec les règles formelles sans aucunement affaiblir ces dernières.

Cela dit, quelle place peut-elle être faite à l'interprétation ? Le recours de l'argumentation à l'interprétation me paraît s'imposer dès le plan qu'Alexy caractérise comme « justification interne », pour l'opposer à la « justification externe ». La justification interne concerne la cohérence logique entre prémisses et conclusion ; elle caractérise donc l'argumentation comme inférence.

A mon avis, le syllogisme juridique ne se laisse pas réduire à la voie directe de la subsumption d'un cas sous une règle, mais doit en outre satisfaire à la reconnaissance du caractère approprié de l'application de telle norme à tels cas. Nous retrouvons ici quelque chose de la règle de convenance évoquée par Dworkin ; l'application d'une règle est en fait une opération très complexe où l'interprétation des faits et l'interprétation de la norme se conditionnent mutuellement, avant d'aboutir à la qualification par laquelle il est dit que tel comportement présumé délictueux tombe sous telle norme qui est dite avoir été violée. Pour commencer par l'interprétation des faits, on ne saurait trop insister sur la multitude des manières dont un enchaînement factuel peut être considéré et, disons-le, raconté. Il faudrait élargir ici l'investigation à tout le champ pratique que W. Schapp¹⁴ parcourt dans *Empêtré dans des histoires*. On n'a jamais fini de

rationnel, capable au minimum de comprendre les arguments opposés à son comportement délictuel.

14. Wilhelm Schapp, *In Geschichten verstrickt*, Wiesbaden, B. Heymann, 1976 et Vittorio Klostermann, 1983. Trad. fr. de J. Greisch, *Empêtré dans des histoires*, Cerf, coll. « La nuit surveillée », 1992.

démêler avec certitude les fils de l'histoire personnelle du prévenu, et telle façon d'en lire l'enchaînement est déjà orientée par la présomption selon laquelle tel enchaînement place le cas considéré sous telle règle. Dire que « a » est un cas particulier de « D », c'est déjà décider que le syllogisme juridique vaut pour lui. Le syllogisme est juridique, et non pas simplement pratique, parce que la subsumption elle-même fait problème. Suffit-il de dire, comme les tenants de l'argumentation, qu'il faut ajouter des règles supplémentaires ? Alexy écrit ici :

Quand il y a doute sur le point de savoir si « a » est un « T » ou un « M », une règle doit être produite qui résout la question¹⁵.

L'argument est tiré de la règle d'universalisation : s'il n'y avait pas de moyen de s'assurer que « a » comme « b », comme « c » est un cas de « D », alors on violerait la règle d'universalisation. Il faut donc procéder par degrés de décomposition jusqu'à trouver un emploi des expressions de la loi dont l'application à un cas donné ne laisse plus de place à la dispute. Mais cette condition, toute formelle pourtant, peut-elle être toujours remplie ? La subsumption, même par degrés décomposés, peut-elle faire l'économie d'une interprétation conjointe de la norme et des faits par ajustement mutuel ? Je dirais, pour ma part, que l'interprétation est devenue *l'organon* de l'inférence. Pour le dire en termes kantien, *l'interprétation est le chemin que suit l'imagination productrice dans l'opération du jugement réfléchissant*. La question posée par celui-ci est en effet : sous quelle règle placer tel cas ? L'universalisation ne vaut alors que comme règle de contrôle du procès d'ajustement mutuel entre la norme interprétée et le fait interprété. En ce sens, l'interprétation n'est pas extérieure à l'argumentation : elle en constitue *l'organon*. Même l'idée de cas semblables repose sur l'interprétation d'une analogie ; c'est ainsi qu'il faut toujours interpréter à la fois la norme en tant que couvrante et le cas en tant que couvert, pour

15. R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, op. cit., p. 226.

que fonctionne le syllogisme juridique qui, dès lors, ne diffère aucunement du syllogisme pratique général¹⁶. J'en conclus que l'interprétation est incorporée à la justification dès le niveau de ce qu'Alexy appelle justification interne où seule la cohérence logique de l'inférence est en cause.

Quoi qu'il en soit de la part de l'interprétation au plan le plus formel de l'inférence juridique, c'est au niveau de ce qu'Alexy appelle « justification externe », c'est-à-dire justification des prémisses, que l'entrecroisement de l'argumentation et de l'interprétation me paraît indiscutable.

Rappelons d'abord que la limitation la plus fondamentale que rencontre l'argumentation juridique tient au fait que le juge n'est pas le législateur, qu'il applique la loi, c'est-à-dire incorpore à ses arguments le droit en vigueur. C'est là qu'on retrouve le caractère vague du langage juridique, les conflits possibles entre normes, le silence provisoire de la loi sur des « affaires difficiles » (les *hard cases* de Dworkin), l'opportunité et souvent la nécessité de choisir entre la lettre et l'esprit de la loi. Or, c'est en l'appliquant que non seulement on reconnaît la norme comme contraignante, mais que l'on fait l'épreuve de sa variabilité et que le jeu décrit plus haut de la double interprétation de la loi et des faits bat son plein¹⁷.

16. Des auteurs comme Engisch et Larenz – cités par R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, *op. cit.*, p. 228, note 44 – soulignent le rôle de la « découverte » dans l'opération de justification et parlent à cet égard d'herméneutique juridique. Alexy renvoie du côté de la description psychologique du procès ce moment de « découverte » et le disjoint de la justification. Mais l'argumentation juridique n'a-t-elle pas pour caractéristique première de ne pas séparer découverte et justification ?

17. On peut certes isoler ce que les auteurs appellent « arguments juridiques spéciaux », tels que analogie, argument *a contrario*, argument *a fortiori*, argument par l'absurde, etc. Mais s'ils opèrent à la frontière du formel et du substantiel, ils n'ont rien de spécifique au droit ; on les retrouve dans d'autres domaines de discours. Aussi bien Alexy et d'autres auteurs les reformulent-ils dans le cadre de l'inférence logique. A cet égard le sort fait à l'analogie est particulièrement exemplaire (R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, *op. cit.*, p. 280 et suivantes) : « On peut la traiter comme une variante de la règle d'universalisation commune au discours pratique général et juridique » (*ibid.* p. 282).

Au second rang il faut placer les aléas et les tâtonnements de l'investigation proprement empirique. C'est l'occasion de rappeler que l'interprétation de ce qui compte comme fait, et comme fait pertinent dans le rayon d'investigation de l'affaire concernée, concerne au même degré la justification dite interne et la justification dite externe. Les « faits » de telle affaire, non seulement leur appréciation mais leur simple description, sont l'objet de multiples disputes légales où, une fois de plus, l'interprétation de la norme et l'interprétation des faits se chevauchent. Ici encore, il est légitime d'évoquer Dworkin, lorsqu'il répète avec insistance que les « faits » d'une affaire ne sont pas des faits bruts, mais qu'ils sont chargés de sens, donc interprétés.

On peut placer en troisième position, toujours au plan de la justification des prémisses, les recours et les emprunts à la théorie juridique, à ce qu'Alexy appelle dogmatique juridique. Un parallèle s'impose ici avec la distinction introduite par Dworkin entre *règle* et *principe*. Or nous avons pu noter avec ce dernier combien le recours à des principes diffère du recours à des règles. La règle contraint, les principes « inclinent », « pèsent » plus ou moins lourd en faveur de telle thèse, etc.

C'est à ce stade que l'on peut comprendre le recours à ce qu'on a appelé depuis Savigny, dans son *Système du droit romain contemporain* (1840), les « canons d'interprétation ». On peut certes en donner une version formelle en disant qu'ils consistent à interpréter la norme N en terme de W. Cette interprétation peut se réduire à une simple dispute sémantique, mais elle peut aussi mettre en jeu un argument « génétique » lorsque l'intention du législateur est invoquée en liaison avec la distinction entre l'esprit et la lettre d'une norme. Ici encore Alexy recoupe Dworkin sans le savoir. Rien n'est plus sujet à contestation que l'invocation de l'intention du législateur : le législateur a-t-il voulu qu'on interprète N en terme de W ? Visait-il un but ultérieur au-delà de la norme N ? C'est ainsi à titre de raison parmi d'autres qu'un argument invoquant l'intention du législateur est

soumis à la « pesée ». De toute façon, fût-elle connue, une intention n'est pas elle-même univoque. A cet égard, tous les arguments « génétiques » ou de *pedigree*, comme dit Dworkin, sont à ranger dans la même rubrique que les arguments historiques ou comparatifs. Finalement le recours à la théorie et aux arguments dits systématiques n'éloigne pas de l'herméneutique, mais y ramène curieusement par ses aspects multiples de plurivocité.

Enfin un sort particulier doit être fait à l'argument du précédent¹⁸. En un sens, il ne s'agit pas de justification externe, dans la mesure où le précédent, une fois reconnu comme cas semblable, ne met en jeu aucun autre critère que celui de son aptitude à l'universalisation (traiter semblablement les cas semblables). Mais c'est la reconnaissance de la similitude qui pose problème ; dire que telle solution fait précédent, c'est déjà opérer une sélection dans le *thesaurus* des arrêts de justice. Et sous quel aspect deux affaires sont-elles semblables ? On retombe sur la « pesée » respective des ressemblances et des différences. Se mettrait-on d'accord sur celles-ci, resterait la question de savoir quelles ressemblances et quelles différences sont pertinentes dans l'affaire considérée. On peut certes adopter comme règle de faire porter la charge de l'argumentation par celui qui conteste un précédent déjà établi et plaide pour l'exception. A cet égard, Perelman invoquait une sorte de principe d'inertie à l'appui de l'appel au précédent : vu l'inertie du jugement acquis, il faut de bonnes raisons pour dévier de la pente acquise. Le précédent assure à la prise de décision stabilité, sécurité, confiance. Ici les formalistes font observer que cette justification trop sociologique du recours au précédent ne règle pas le problème de la structure argumentative du précédent. Ils ont raison. Mais c'est précisément cette structure argumentative qui mobilise l'interprétation. Le précédent renvoie à la similarité, laquelle n'est ni donnée, ni inventée, mais

construite. Dans le vocabulaire de Dworkin, c'est un cas d'interprétation constructive. Qu'on argumente pour ou contre suppose qu'on mette à l'essai par l'imagination l'hypothèse de la ressemblance ou de la différence.

Enfin, il faut sans doute faire une place, comme le demande Atienza, aux affaires insolubles dans l'état présent du droit ; Dworkin est sans doute allé trop loin en affirmant qu'il y a toujours une réponse juste à la question posée par les *hard cases*, cela pour contrecarrer les recours envahissants au pouvoir discrétionnaire dans une conception positiviste du droit. Les cas tragiques dont parle volontiers Atienza font en effet appel à un sens difficilement formalisable de l'équité ou, pourrait-on dire, à un sens de la justesse plus que de la justice.

Arrivé au terme de cette discussion le lecteur m'accordera peut-être que l'enchevêtrement entre l'argumentation et l'interprétation au plan judiciaire est bien le symétrique de l'enchevêtrement entre l'explication et la compréhension au plan des sciences du discours et du texte. A l'encontre d'une approche purement dichotomique de la polarité fameuse, j'avais jadis conclu mon plaidoyer pour un traitement dialectique par une formule en forme d'aphorisme : « Expliquer *plus* pour comprendre *mieux*. » En conclusion du débat entre interprétation et argumentation, je propose une formule voisine qui restitue à l'*épistémologie du débat judiciaire* son unité complexe. Le point où interprétation et argumentation se recoupent est celui où se croisent la voie régressive et ascendante de Dworkin et la voie progressive et descendante d'Alexy et Atienza. La première prend son départ dans la question pointue posée par les *hard cases* et de là s'élève vers l'horizon éthico-politique de « l'entreprise judiciaire » considérée dans son déploiement historique. La seconde procède d'une théorie générale de l'argumentation valable pour toute forme de discussion pratique normative et rencontre l'argumentation juridique comme une province subordonnée. La première voie atteint le carrefour commun au moment où la théorie de l'interprétation rencontre la question posée

18. R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, *op. cit.*, p. 274-279.

par le modèle narratif lui-même des critères de cohérence du jugement en matière juridique. La seconde l'atteint lorsque, pour rendre compte de la spécificité de l'argumentation juridique, les procédures d'interprétation retrouvent leur pertinence à titre d'*organon* du syllogisme juridique en vertu duquel un cas est placé sous une règle. Je me suis en outre risqué à suggérer une autre analogie que celle de la dialectique entre expliquer et comprendre, à savoir celle du jugement réfléchissant au sens de la *Critique de la faculté de juger*, l'interprétation devenant le chemin que suit l'imagination productrice lorsque le problème n'est plus d'appliquer une règle connue à un cas supposé correctement décrit, comme dans le jugement déterminant, mais de « trouver » la règle *sous* laquelle il est approprié de placer un fait qui demande lui-même à être interprété. Il faudrait alors montrer qu'on ne change pas vraiment de problématique quand on passe de l'analogie entre le couple interpréter/argumenter et le couple comprendre/expliquer, à l'analogie avec le jugement réfléchissant. Ce serait l'objet d'une autre discussion dont on trouve un écho dans un autre essai du présent volume¹⁹.

19. Cf. ci-dessus p. 143 à 161, « Jugement esthétique et jugement politique selon Hannah Arendt ». On laissait entendre, au cours de cet essai, que la théorie kantienne du jugement réfléchissant illustré dans la fameuse troisième *Critique* par l'analyse du jugement de goût et celle du jugement téléologique, pouvait recevoir d'autres applications que celles proposées par Kant, en suivant la voie ouverte par Hannah Arendt dans son ouvrage inachevé *Juger*. L'épistémologie du débat judiciaire pourrait constituer une autre de ces extensions au-dehors du cadre tracé par Kant, aux côtés, par exemple, du jugement historique et du jugement médical.

L'acte de juger

C'EST au point terminal de l'échange d'arguments en quoi consiste le procès que j'ai voulu me placer pour traiter le sujet proposé : c'est bien à la fin du délibéré qu'est posé l'acte de juger. C'est une sorte de phénoménologie de cet acte que je propose à la discussion.

Je distinguerai une finalité courte, en vertu de laquelle juger signifie trancher, en vue de mettre un terme à l'incertitude ; à quoi j'opposerai une finalité longue, plus dissimulée sans doute, à savoir la contribution du jugement à la paix publique. C'est le parcours de la finalité courte à la finalité longue que je propose d'effectuer.

Juger, disons-nous d'abord, c'est trancher ; cette première finalité laisse l'acte de juger, au sens judiciaire du mot, à savoir *statuer en qualité de juge*, dans le prolongement du sens non technique, non judiciaire de l'acte de juger, dont je vais rappeler rapidement les composantes et les critères.

Au sens usuel du mot, le terme *juger* recouvre une gamme de significations majeures que je propose de classer selon ce que j'appellerai volontiers un ordre de densité croissante. D'abord, au sens faible, juger c'est opiner ; une opinion est expri-

mée, portant sur quelque chose. En un sens un peu plus fort, juger c'est estimer ; un élément hiérarchique est ainsi introduit, exprimant préférence, appréciation, approbation. Un troisième degré de force exprime la rencontre entre le côté subjectif et le côté objectif du jugement ; côté objectif : quelqu'un tient une proposition pour vraie, bonne, juste, légale ; côté subjectif : il y adhère. Enfin, à un niveau plus profond qui est celui où se tient Descartes dans la *Quatrième Méditation*, le jugement procède de la conjonction de l'entendement et de la volonté : l'entendement qui considère le vrai et le faux – la volonté qui décide. Nous avons ainsi atteint le sens fort du mot juger : non seulement opiner, estimer, tenir pour vrai, mais en dernier ressort prendre position. C'est de ce sens usuel que nous pouvons partir pour rejoindre le sens proprement judiciaire de l'acte de juger.

Au sens judiciaire, en effet, le jugement intervient dans la pratique sociale, au niveau de cet échange de discours que Jürgen Habermas rattache à l'activité communicationnelle, à la faveur du phénomène central de cette pratique sociale que constitue le procès. C'est dans le cadre du procès que l'acte de juger récapitule toutes les significations usuelles : opiner, estimer, tenir pour vrai ou juste, enfin prendre position.

La question se pose alors de savoir sous quelles conditions l'acte de juger sous sa forme judiciaire peut être dit autorisé ou compétent. Dans mon article « Le juste entre le légal et le bon¹ », je considérais quatre conditions :

1. – l'existence de lois écrites ;
2. – la présence d'un cadre institutionnel : tribunaux, cours de justice, etc. ;
3. – l'intervention de personnes qualifiées, compétentes, indépendantes, que l'on dit « chargées de juger » ;
4. – enfin un cours d'action constitué par le procès, évoqué un

1. Paul Ricœur, *Lectures I. Autour du politique*, Seuil, 1991, p. 176-195.

peu plus haut, dont le prononcé du jugement constitue le point terminal.

Certes, au-delà de cet arrêt – bien nommé –, il est toujours possible de délibérer, en ce sens que tout jugement appelle au-delà de lui-même un « mais » ; toutefois, c'est une caractéristique du jugement au plan judiciaire d'interrompre le jeu et le contre-jeu des arguments en y mettant un point final, même si ce dernier est provisoire, aussi longtemps du moins que des voies de recours restent ouvertes ; mais il y aura finalement quelque part ou à quelque moment un dernier arrêt que sanctionnera la force publique.

Avant de montrer pourquoi nous ne pouvons pas nous en tenir à cette définition de l'acte de juger, entièrement délimitée par les conditions du procès, il importe de souligner la nécessité sociale qui s'attache à cette finalité que nous avons dite courte, consistant dans l'interruption de l'incertitude. Dans les limites strictes du procès, l'acte de juger apparaît comme la phase terminale d'un drame à plusieurs personnages : les parties ou leurs représentants, le ministère public, le juge du siège, le jury populaire, etc. En outre, cet acte terminal apparaît comme la clôture d'un processus aléatoire ; à cet égard, il en est ici comme de la conduite d'une partie d'échecs ; les règles du jeu sont connues, mais on ignore chaque fois comment chaque partie sera amenée à son terme ; le procès est au droit ce que la partie d'échecs est à la règle : dans les deux cas, il faut aller jusqu'au terme pour connaître la conclusion. C'est ainsi que l'arrêt met fin à une délibération virtuellement indéfinie. En dépit des limitations que l'on va dire dans un instant, l'acte de juger, en suspendant l'aléa du procès, exprime la force du droit ; bien plus, il dit le droit dans une situation singulière.

C'est par le double rapport que l'acte de juger entretient avec la loi qu'il exprime la force du droit. D'un côté, en effet, il paraît simplement appliquer la loi à un cas ; c'est ce que Kant appelait jugement « déterminant ». Mais il consiste aussi dans une interprétation de la loi, dans la mesure où aucun cas

n'est simplement l'exemplification d'une règle ; restant dans le langage kantien, on peut dire que l'acte de juger relève du jugement « réfléchissant », celui-ci consistant à chercher une règle pour un cas nouveau. Sous cette seconde acception, l'arrêt de justice ne se borne pas à mettre un terme à un procès ; il ouvre la carrière à tout un cours de jurisprudence dans la mesure où il crée un précédent. L'aspect suspensif de l'acte de juger au terme d'un cours délibératif n'épuise donc pas le sens de cet acte.

Avant d'élargir mon propos, je veux dire encore que, considéré dans les limites étroites du procès, l'exercice de l'acte de juger prend place aisément dans un fonctionnement général de la société, considérée selon Rawls comme un vaste système de distribution de parts. C'est en effet sous l'égide de l'idée de justice distributive que l'acte de juger se laisse représenter ; en effet, une société donnée développe un schème de répartition de parts, qui ne sont pas toutes mesurées en termes monétaires assignables à l'ordre marchand. Une société donnée distribue des biens de toute espèce, marchands ou non marchands. Pris en un sens large, l'acte de juger consiste à dé-partager des sphères d'activité, à dé-limiter les prétentions de l'un et les prétentions de l'autre, et finalement à corriger les distributions injustes, lorsque l'activité d'une partie consiste dans l'empiétement sur le champ d'exercice des autres parties. A cet égard, l'acte de juger consiste bien à séparer ; le terme allemand *Urteil* l'exprime bien (*Teil* voulant dire part) ; il s'agit bien de faire la part de l'un et la part de l'autre. L'acte de juger est donc celui qui dé-partage, sé-pare. Je ne dis là rien de bien extraordinaire, dans la mesure où l'antique définition romaine : *suum cuique tribuere* – attribuer à chacun le sien – orientait implicitement vers l'analyse proposée ici. Aussi bien, toute la philosophie du droit de Kant repose sur cette distinction entre « le mien » et « le tien », sur l'acte qui tire une ligne entre l'un et l'autre.

Ces dernières considérations portant sur l'acte de trancher, au sens de séparer, fraient la voie à l'élargissement décisif annoncé dès le début de cet exposé. Pourquoi, en effet, ne pouvons-nous pas nous arrêter à ce que nous avons appelé la finalité courte de l'acte de juger, à savoir mettre un terme à l'incertitude ? Parce que le procès lui-même n'est que la forme codifiée d'un phénomène plus large, à savoir le conflit. Il importe donc de replacer le procès, avec ses procédures précises, sur l'arrière-plan d'un phénomène social plus considérable, inhérent au fonctionnement de la société civile et situé à l'origine de la discussion publique.

C'est bien jusque-là qu'il faut aller : derrière le procès, il y a le conflit, le différend, la querelle, le litige ; et à l'arrière-plan du conflit il y a la violence. La place de la justice se trouve ainsi marquée en creux, comme faisant partie de l'ensemble des alternatives qu'une société oppose à la violence et qui toutes à la fois définissent un État de droit. Dans *Lectures I*, je rends hommage à Éric Weil qui place en introduction à son grand ouvrage : *Logique de la philosophie*, une longue méditation sur le rapport entre discours et violence. D'une certaine façon, toutes les opérations auxquelles nous avons fait allusion, depuis le délibéré jusqu'à la prise de décision, jusqu'à l'arrêt, manifestent le choix du discours contre la violence.

On ne mesure pleinement la portée de ce choix contre la violence et pour le discours que si l'on prend conscience de l'ampleur du phénomène de la violence. On aurait tort de réduire la violence à l'agression, même élargie au-delà de l'agression physique – coups, blessures, mort, entrave à la liberté, séquestration, etc. ; il faut encore tenir compte de la plus tenace des formes de la violence, à savoir la vengeance, autrement dit la prétention de l'individu à se faire justice à lui-même. Au fond la justice s'oppose non seulement à la violence tout court, ainsi qu'à la violence dissimulée et à toutes les violences subtiles auxquelles il vient d'être fait allusion, mais aussi à cette simulation de la justice que constitue la vengeance, l'acte de

se rendre justice à soi-même. En ce sens, l'acte fondamental par lequel on peut dire que la justice est fondée dans une société, c'est l'acte par lequel la société enlève aux individus le droit et le pouvoir de se faire justice à eux-mêmes – l'acte par lequel la puissance publique confisque pour elle-même ce pouvoir de dire et d'appliquer le droit ; c'est d'ailleurs en vertu de cette confiscation que les opérations les plus civilisées de la justice, en particulier dans la sphère pénale, gardent encore la marque visible de cette violence originelle qu'est la vengeance. A bien des égards, la punition, surtout si elle conserve quelque chose de la vieille idée d'expiation, demeure une forme atténuée, filtrée, civilisée de la vengeance. Cette persistance de la violence-vengeance fait que nous n'accédons au sens de la justice que par le détour de la protestation contre l'injustice. Le cri : « C'est injuste ! » exprime bien souvent une intuition plus clairvoyante concernant la nature véritable de la société, et la place qu'y tient encore la violence, que tout discours rationnel ou raisonnable sur la justice.

Arrivé à ce point, la question se pose de la finalité la plus ultime de l'acte de juger. Reprenant l'analyse de l'acte de juger à partir de l'opération considérable qui a consisté pour l'État à retirer aux individus l'exercice direct de la justice, et d'abord de la justice-vengeance, il apparaît que l'horizon de l'acte de juger, c'est finalement plus que la sécurité, *la paix sociale*. En quoi cette finalité ultime rejaillit-elle sur la définition initiale de l'acte de juger par sa finalité prochaine, à savoir mettre fin à l'incertitude en tranchant le conflit ? Trancher, on l'a dit, c'est séparer, tirer une ligne entre « le tien » et « le mien ». La finalité de la paix sociale fait apparaître en filigrane quelque chose de plus profond qui touche à la reconnaissance mutuelle ; ne disons pas réconciliation ; parlons encore moins d'amour et de pardon, qui ne sont plus des grandeurs juridiques, parlons plutôt de *reconnaissance*. Mais en quel sens ? Je pense que l'acte de juger a atteint son but lorsque celui qui a, comme on dit, gagné son procès se sent encore capable de dire : mon adver-

saire, celui qui a perdu, demeure comme moi un sujet de droit ; sa cause méritait d'être entendue ; il avait des arguments plausibles et ceux-ci ont été entendus. Mais la reconnaissance ne serait complète que si la chose pouvait être dite par celui qui a perdu, celui à qui on a donné tort, le condamné ; il devrait pouvoir déclarer que la sentence qui lui donne tort n'était pas un acte de violence mais de reconnaissance.

A quelle vision de la société cette réflexion nous conduit-elle ? Un peu plus loin, me semble-t-il, que la conception de la société comme distribuant des parts qu'il s'agirait toujours de répartir afin de déterminer ce que sont la part de l'un et la part de l'autre. Ce serait la vision de la société comme *schème de coopération* ; après tout, cette expression figure dans les premières lignes de la *Théorie de la justice* de John Rawls², ouvrage dans lequel prévaut néanmoins l'analyse de la société comme système de distribution. La question mérite en effet d'être posée : qu'est-ce qui fait de la société quelque chose de plus qu'un système de distribution ? Ou mieux : qu'est-ce qui fait de la distribution un organe de la coopération ? C'est ici qu'il faut faire entrer en ligne de compte une composante plus substantielle que la pure procédure de justice, à savoir quelque chose comme un bien commun, consistant en valeurs partagées ; on aurait affaire là à la dimension communautaire sous-jacente à la dimension purement procédurale de la structure sociétale. Peut-être d'ailleurs trouverait-on dans la métaphore du partage les deux aspects que j'essaie ici de coordonner ; dans le partage il y a part, à savoir ce qui nous sépare : ma part n'est pas votre part ; mais le partage c'est aussi ce qui nous fait partager, c'est-à-dire, au sens fort du mot : prendre part à...

J'estime donc que l'acte de juger a pour horizon un équilibre fragile entre les deux composantes du partage : ce qui dé-

2. John Rawls, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987.

partage ma part de la vôtre et ce qui, d'autre part, fait que chacun de nous prend part à la société.

C'est cette juste distance entre les partenaires affrontés, trop près dans le conflit et trop éloignés l'un de l'autre dans l'ignorance, la haine ou le mépris, qui résume assez bien, je crois, les deux aspects de l'acte de juger : d'un côté, trancher, mettre fin à l'incertitude, séparer les parties ; de l'autre, faire reconnaître par chacun la part que l'autre prend à la même société que lui, en vertu de quoi le gagnant et le perdant du procès seraient réputés avoir chacun leur juste part à ce schème de coopération qu'est la société.

Sanction, réhabilitation, pardon

LES RESPONSABLES du colloque *Justice ou vengeance*¹ m'ont confié la tâche d'introduire la section placée sous l'égide des trois mots « sanction, réhabilitation, pardon ». La contribution d'un philosophe me paraît être, ici comme dans les situations analogues, celle d'un analyste, soucieux d'apporter un éclaircissement conceptuel, d'aider à reconnaître les enjeux et à distinguer les finalités. En première approximation, c'est une trajectoire qui est proposée à notre examen : une trajectoire qui commence avec la sanction (à savoir : quelqu'un est condamné), se prolonge, dans certaines circonstances et dans certaines limites à préciser, par un projet de restauration (à savoir : quelqu'un est rétabli dans des droits, dans une capacité civique ou juridique perdue), enfin, dans des circonstances encore plus spécifiques, quelqu'un bénéficie d'un pardon qui ne lui est pas

1. *Justice ou vengeance*, colloque organisé le 30 avril 1994, par le journal *la Croix, l'Événement*, Paris, Éditions du Centurion, 1994, p. 93-107.

dû : on a renoncé à le punir, il est rétabli dans l'estime publique et dans l'estime de soi-même.

Tout cela en première approximation.

Un doute ne tarde pas à nous saisir : s'agit-il d'une trajectoire continue ? Les instances habilitées à sanctionner, à réhabiliter, à pardonner, sont-elles les mêmes ? A cela s'ajoute un doute annexe : s'agit-il d'un même sujet, continûment passif, dont on dit qu'il *est* sanctionné, qu'il *est* réhabilité, qu'il *est* pardonné ? C'est pour répondre à ces doutes qu'on est contraint de remonter en amont. Ce qui se donne comme premier terme de la triade discontinue et aléatoire de la sanction, de la réhabilitation et du pardon, est dans la réalité de l'expérience judiciaire le dernier thème d'une séquence mieux enchaînée, et tout au long de laquelle se décide et prend corps ce qui est l'enjeu même de toute notre interrogation, à savoir la différence entre *vengeance* et *justice*. Au moment de la sanction, quelque chose d'essentiel est déjà joué : la sentence est tombée ; le sujet réputé formellement innocent est déclaré effectivement coupable, donc punissable, donc soumis à la peine. Parce que la trajectoire proposée commence trop tard, elle a laissé derrière elle la coupure qui nous préoccupe ici, entre justice et vengeance.

La raison en est que cette coupure est opérée en amont de la sanction, dans le *procès*. Et la sanction elle-même ne prend sens de pénalité que parce qu'elle clôt et tranche le procès. C'est donc dans la structure du procès, tel qu'il devrait se dérouler dans un État de droit, qu'il faut chercher le principe de la coupure entre vengeance et justice. On dit quelquefois que se venger, c'est se faire justice à soi-même. Non, le mot justice ne devrait figurer dans aucune définition de la vengeance, réserve faite d'un sens archaïque et sacré d'une justice de part en part vindicative, vengeresse, avec laquelle il faudra bien s'expliquer en dernière instance. Pour l'heure, nous n'aurons affaire qu'à la vengeance élémentaire, émotionnelle, sauvage, celle qui veut inscrire la punition dans le sillage même du crime. La question est alors posée de savoir par quels moyens,

avec quelles ressources, au nom de quelle instance, le procès fait rupture avec cette vengeance-là.

Avant de décomposer le procès en ses éléments structuraux, on peut le caractériser globalement en ces termes : il consiste à établir une *juste distance* entre le forfait qui déclenche la colère privée et publique, et la punition infligée par l'institution judiciaire. Tandis que la vengeance fait court-circuit entre deux souffrances, celle subie par la victime et celle infligée par le vengeur, le procès s'interpose entre elles deux, instituant la juste distance qu'on vient de dire.

I

La question est alors de récapituler les moyens par lesquels l'exercice du droit pénal instaure l'écart entre la violence et la parole de justice². Quatre éléments paraissent constituer les conditions structurales de tout débat.

1. – Est présupposé d'abord un *tiers*, non partie au débat et qualifié pour ouvrir un espace de discussion. Sous ce titre général du tiers, on peut placer trois instances distinctes : d'abord, l'institution d'un État distinct de la société civile et, à ce titre, détenteur de la violence légitime (de multiples variantes historiques sont susceptibles d'exprimer ce rapport entre la puissance étatique et la société civile selon la nature du consensus établi entre les groupes composants de cette dernière) ; en deuxième lieu, il faut considérer comme tiers l'institution judiciaire en tant que distincte des autres pouvoirs de l'État (ici encore le rapport est variable selon le modèle de séparation des pouvoirs ou des autorités) ; il ne faut pas manquer d'ajouter comme troisième constituant du tiers le mode particulier de recrutement du personnel judiciaire ; le tiers prend

2. Je suis redevable, pour l'analyse qui suit, à Denis Salas, *Du procès pénal*, Paris, PUF, 1992, p. 216-262.

ici la figure humaine du juge. Il est important de le mettre en scène dès le début, dans la mesure où les juges sont des hommes comme nous, mais élevés au-dessus de nous pour trancher des conflits, au terme d'épreuves qualifiantes destinées à concourir à l'acceptabilité de la sentence, dont on fera grand cas plus loin.

2. – Le tiers lui-même ne se trouve placé dans la position non partisane requise qu'adossé à un *système juridique* qui qualifie le tiers étatique comme État de droit. Ce système juridique consiste essentiellement en lois écrites, leur inscription et leur conservation représentant une conquête culturelle considérable grâce à laquelle la puissance étatique et la puissance juridique sont conjointement instaurées. Il revient aux lois, d'une part de définir les délits, d'autre part d'établir une proportion entre le crime et le châtement. La première opération contribue à la mise à distance de la violence en rendant possible la qualification des délits comme infractions définies et dénommées de la façon la plus univoque possible. En outre, l'établissement d'une double échelle de délits et de sanctions, selon une règle de proportionnalité, en s'ajoutant à la qualification des délits, permet de situer tout acte incriminé avec la plus grande précision possible, non seulement sur la carte, mais sur l'échelle des délits.

3. – Vient en troisième lieu la composante essentielle qui donne à la structure entière son titre, à savoir le *débat*. Sa fonction est de conduire la cause pendant d'un état d'incertitude à un état de certitude. Pour ce faire il est important que le débat mette en scène une pluralité de protagonistes qui tous ensemble – juge, accusateur public, conseils des parties –, contribuent à l'instauration de ce qu'on a appelé juste distance, cette fois entre le plaignant et l'accusé. Cette considération de la pluralité des protagonistes du débat apporte une correction importante à l'idée simple du tiers jugeant. L'écart instauré par cette *cellule de débat* transforme la victime de chair et de sang, ainsi que le coupable présumé en « parties du procès », en demandeur et défendant. Mais l'essentiel n'est pas encore dit : il

importe que le débat soit oral et contradictoire, et établi dans cet état par une procédure connue s'imposant à tous les protagonistes du débat. Le débat se présente alors comme une lutte de paroles : argument contre argument, les armes étant égales et les mêmes de part et d'autre. Enfin, on ne saurait omettre de souligner que le sujet passif de notre première approximation – quelqu'un *est* jugé – soit promu par le débat en *acteur* du procès. On mesurera plus loin l'importance de cette mutation, lorsque l'on parcourra la séquence proposée de la sanction à la réhabilitation et au pardon.

4. – Un mot pour finir sur la quatrième composante structurale du procès : la *sentence*. Par elle la culpabilité est légalement établie. Par elle, l'accusé change de statut juridique : de présumé innocent il est déclaré coupable. Cette mutation résulte de la seule vertu performative de la parole qui *dit le droit* dans une circonstance déterminée. Je voudrais insister, au terme de cette première partie, sur l'expression : dire le droit. Avant d'en montrer plus loin la vertu thérapeutique sur le chemin de la réhabilitation, la parole qui dit le droit a de multiples effets : elle met fin à une incertitude ; elle assigne aux parties en procès les places qui déterminent la juste distance entre vengeance et justice ; enfin – et peut-être surtout – elle reconnaît comme acteurs ceux-là mêmes qui ont commis l'offense et qui vont subir la peine. En cet effet même consiste la réplique la plus significative donnée par la justice à la violence. En elle se résume le suspens de la vengeance.

II

Il est maintenant possible de retourner à la séquence proposée à notre examen : *sanction-réhabilitation-pardon*.

Sanction

On n'a pas encore dit l'essentiel concernant la *sanction* en qualifiant comme sentence l'acte terminal du procès. La puni-

tion a certes revêtu son caractère pénal, au terme de la cérémonie de langage où s'est consommée la rupture avec la vengeance et où la violence a basculé dans la parole. Oui, le « châtement » a été mis à juste distance du « crime ». Mais on n'a pas dit à *qui la sanction est due, quels sont les destinataires de la sanction*. Or c'est la réponse à cette question qui donne sens à la sentence en tant que sanction pénale.

Si l'on parcourt à nouveau les composantes structurales du procès, il faut dire que c'est à la *loi* qu'est due en premier lieu la sanction ; non pas certes due à la loi plutôt qu'à la victime, mais due à la victime parce que due à la loi. Kant et Hegel se rejoignent sur ce point dans l'idée que la sanction *rétablit* le droit. Pour l'un comme pour l'autre, la loi exprime le corps des conventions morales qui assurent le consensus minimal du corps politique, consensus résumé dans l'idée d'ordre. Au regard de cet ordre, toute infraction est une atteinte à la loi, un trouble de l'ordre. On peut donner de cette idée une version religieuse, selon que l'on rattache la loi à un ordre immuable, garanti par des instances divines ; mais une version profane s'est peu à peu substituée à l'idée d'offense aux dieux et a pris la forme de l'idée laïcisée d'un ordre social perturbé, d'une paix publique menacée. Dans l'une et l'autre versions de la transgression, la punition a pour première fonction de réparer un trouble public, bref de rétablir l'ordre. Hegel donne à ce processus la forme dialectique de la négation d'une négation : au désordre qui nie l'ordre répond la négation du désordre qui rétablit l'ordre³.

Cela dit, la question ne saurait être éludée de savoir en quel sens la sanction peut être dite *due à la victime*. La réponse paraît aller de soi : n'est-ce pas à la personne de chair et de sang, autant sinon plus qu'à la loi abstraite, que réparation est due ? Certes. Il reste toutefois à dire en quoi cette réparation se distingue encore de la vengeance. Ne faut-il pas passer par

un point de doute, suggéré par la remarque désabusée du sage méditant sur la validité douteuse des punitions : celles-ci n'ajoutent-elles pas, dans le bilan cosmique des biens et des maux, une souffrance à une souffrance ? Punir, n'est-ce pas pour l'essentiel, et d'une manière ou de l'autre, faire souffrir ? Et que dire des punitions qui ne sont aucunement des réparations au sens de restauration dans l'état antérieur, comme c'est le cas manifestement des meurtres et des offenses les plus graves ? La punition rétablit peut-être l'ordre ; elle ne rend pas la vie. Ces remarques désabusées invitent à mettre l'accent principal sur la signification morale de la sanction ; il faut revenir ici à ce qui a été dit plus haut sur la parole qui dit le droit. Comme il a été suggéré en passant, la victime est *reconnue* publiquement comme être offensé et humilié, c'est-à-dire exclu du régime de réciprocité par ce qui fait du crime l'instauration d'une injuste distance. Cette reconnaissance publique n'est pas rien : la société déclare le plaignant comme victime en déclarant l'accusé comme coupable. Mais la reconnaissance peut suivre un parcours plus intime, touchant à l'*estime de soi*. On peut dire ici que quelque chose est restauré, sous des noms aussi divers que l'honneur, la bonne réputation, le respect de soi et, j'aime insister sur le terme, l'*estime de soi*, c'est-à-dire la dignité attachée à la qualité morale de la personne humaine. Peut-être est-il permis de faire un pas de plus et de suggérer que cette reconnaissance intime, touchant à l'*estime de soi*, est susceptible de contribuer au *travail de deuil* par lequel l'âme blessée se réconcilie avec elle-même, en intériorisant la figure de l'objet aimé perdu. Ce serait là une application quelque peu inattendue du fameux mot de l'Apôtre : « la vérité vous affranchira ». Inutile d'ajouter que, dans les grands procès auxquels les désastres du siècle ont donné lieu, ce travail de deuil n'est pas seulement offert aux victimes, s'il en existe encore, mais à leurs descendants, parents et alliés, dont la douleur mérite d'être honorée. Dans ce travail de deuil, prolongeant la reconnaissance publique de l'offensé, il est possible de reconnaître une version morale

3. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*.

et non plus seulement esthétique de la *catharsis* offerte, selon Aristote, par le spectacle tragique.

Se pose encore la question de savoir si par la sanction, quelque chose n'est pas dû à l'*opinion publique*. La réponse doit être positive. L'opinion publique est d'abord le véhicule, ensuite l'amplificateur, enfin le porte-voix du désir de vengeance. On ne saurait donc trop insister sur l'effet de publicité, au sens de rendre public, donné entre autres par les médias à la cérémonie du procès et à la promulgation des peines. Cette publicité devrait consister en une éducation à l'équité, en disciplinant l'impur désir vindicatif. Le premier seuil de cette éducation est constitué par l'*indignation*, dont on n'a pas encore prononcé le nom, laquelle, mal distinguée de la soif de vengeance, commence déjà de s'en éloigner, dès lors qu'elle s'adresse à la dimension d'injustice du mal commis. En ce sens, l'indignation est déjà mesurée par le sens de la loi et affectée par le trouble public résultant de l'infraction. L'indignation a en outre la vertu de relier l'émotion causée par le spectacle de la loi lésée et celle suscitée par le spectacle de la personne humiliée. C'est à tous ces titres que l'indignation constitue le sentiment de base à partir duquel l'éducation du public à l'équité a des chances de réussir. Bref, à l'opinion publique aussi quelque chose est dû par la sanction, qu'une certaine *catharsis* de la vengeance viendrait couronner.

Reste l'ultime question : en quoi et jusqu'à quel point la sanction est-elle due au *coupable*, au *condamné* ? La réponse à cette question conditionne toute la suite de la séquence proposée : sanction-réhabilitation-pardon. Au début de notre itinéraire, le sujet pénal était implicitement tenu pour passif : être puni, être réhabilité, être pardonné, autant d'états qu'est censé parcourir un prévenu. Or, on l'a dit, le procès en a déjà fait un acteur, un protagoniste du débat ; comment pourrait-il devenir en outre le protagoniste, l'acteur de la sanction ? Ne faudrait-il pas dire, à titre idéal au moins, que la sanction aurait atteint son but, rempli sa finalité, si la peine était, sinon ac-

ceptée, du moins comprise par qui la subit ? Cette idée-limite, peut-être faudrait-il dire cette idée régulatrice, était impliquée par l'idée de *reconnaissance* : reconnaissance du plaignant comme victime, reconnaissance de l'accusé comme coupable. Or si la reconnaissance poursuit son trajet dans l'intimité de l'être offensé sous forme de réparation de l'estime de soi, la reconnaissance de soi comme coupable n'est-elle pas le symétrique attendu de cette reconnaissance par soi de la victime ? Je dis que c'est là l'idée régulatrice de la condamnation. Si en effet la sanction doit avoir un futur, sous les formes que l'on va dire de la réhabilitation et du pardon, ne faut-il pas que, dès le rendu de la sanction, l'accusé se sache reconnu au moins comme être raisonnable, responsable, c'est-à-dire auteur de ses actes ? Hegel, déjà cité, poussait le paradoxe jusqu'à soutenir que la peine de mort, à laquelle seul un être humain peut être soumis, était une façon d'« honorer le coupable en tant qu'être rationnel ». Nous avons certes des raisons plus fortes de refuser la peine de mort – ne serait-ce que l'idée que nous nous faisons d'un État qui, en limitant sa propre pulsion de vengeance, s'interdit de se comporter lui aussi comme criminel sous la figure du bourreau. Du moins pouvons-nous retenir de l'argument de Hegel que seul un être raisonnable peut être puni. Tant que la sanction n'a pas été reconnue elle-même pour raisonnable par le condamné, elle n'a pas atteint ce dernier comme être raisonnable. C'est cet échec de la sanction à achever son parcours dans le cadre du procès qui ouvre la séquence dans laquelle nous allons maintenant nous engager.

Réhabilitation

Pourquoi en effet vouloir donner une suite à la sanction ? Ne pourrait-on en rester là si la loi, la victime et l'opinion publique sont satisfaites ? L'échec de la sanction à être reconnue par le condamné nous ramène dans les parages de la notion de juste distance, introduite dès le début de cette méditation. La sanction n'est-elle pas, de façon générale, reçue par le condam-

né comme excès de distance ? Excès figuré, physiquement et géographiquement, par la condition de détenu dont l'incarcération marque l'*exclusion* de la cité ? Et cet excès n'est-il pas signifié symboliquement par les peines accessoires : perte de l'estime publique et privée, perte de capacités diverses, juridique et civique ? D'où l'idée d'une suite donnée à la sanction visant à réduire, degré par degré, cet *excès de distance* et à rétablir la *juste distance*.

Parlant de *réhabilitation*, les auteurs du programme du colloque n'ont peut-être pas pensé spécialement au sens étroitement juridique de la réhabilitation. Même s'ils ont eu raison de mettre l'accent sur le sens ordinairement attaché à ce terme, à savoir l'ensemble des mesures accompagnant l'exécution de la peine, visant à restaurer la *capacité* du condamné à redevenir citoyen à part entière à l'issue de sa peine, il n'est pas inutile, même en l'absence de toute compétence juridique, de s'attarder un instant aux formes proprement juridiques de la réhabilitation ; et cela dans la mesure où l'idée qui préside aux opérations concernées est celle de rétablissement d'une personne dans des droits, dans une capacité, dans un statut juridique qu'elle avait perdus.

Deux situations principales sont ici à considérer. D'abord la réhabilitation automatique et de *plein droit* à laquelle tout condamné accède après purgation de sa peine et l'écoulement d'un délai proportionnel au niveau d'infraction et au niveau de l'instance qui a infligé la sanction. Le nouveau Code pénal (113/16) dit de la réhabilitation de plein droit qu'elle « efface toutes les incapacités et déchéances ». Il faut souligner fortement le verbe *effacer*, verbe clé pour la suite de la séquence qui s'achève dans le pardon. Cet « effacement » revêt un caractère d'exception, s'agissant d'une interruption solennelle de la sanction lorsqu'elle n'est pas de plein droit. On songe ici aux grandes réhabilitations des victimes de purges, constitutives de *crimes d'État* opérés par des régimes totalitaires, et dont des régimes moins totalitaires ou plus démocratiques tentent de ré-

parer les effets et d'effacer les traces au bénéfice de l'honneur rétabli des victimes ou de leurs ayants droit. On songe aussi à la réparation d'*erreurs judiciaires* présumées.

Vu la rareté de ces situations, il s'agit de procédures très complexes, relevant du Code de procédure pénale et statuant sur la qualité de demandeur, celle du bénéficiaire et celle de l'instance d'instruction. Je ne m'engagerai pas dans ces questions de procédure qui n'ajoutent rien à la finalité visée par la réhabilitation de plein droit et que l'on a vu exprimée par les expressions : effacer des incapacités, rétablir des droits, c'est-à-dire finalement restituer une *capacité humaine fondamentale*, celle de citoyen porteur de droits civiques et juridiques⁴.

C'est bien évidemment à ces idées d'effacement, de rétablissement, de restitution que l'on se réfère lorsqu'on essaie d'introduire dans l'*exécution de la peine* un projet de réhabilitation. Il s'agit bien de rendre au condamné la *capacité* de redevenir un citoyen à part entière à l'issue de la peine et donc de mettre fin à l'exclusion physique et symbolique portée à son comble par l'incarcération.

Je ne m'engagerai pas ici dans l'examen des projets de rééducation, visant à la resocialisation des condamnés. Ils relèvent de ce qu'on pourrait appeler la pédagogie de la peine. Je me bornerai à quelques propositions susceptibles de contribuer à la clarification conceptuelle du terme de réhabilitation, dans la ligne générale de mon exposé. Je proposerai d'abord qu'on réfléchisse sur la proposition, faite entre autres par Antoine Garapon, d'introduire le concept de *continuité de l'espace public*, afin d'inscrire la place de l'espace carcéral à l'intérieur et non à l'extérieur de la cité ; je ne retiendrai qu'une application particulièrement frappante de ce concept qui, à ma connaissance du moins, est encore bien neuf. Les infractions commises dans l'espace carcéral ne devraient-elles pas relever

4. Voir Mireille Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994.

des mêmes tribunaux que toutes les infractions commises dans l'espace de juridiction de l'État ? Autre composante de la rééducation à la sociabilité : il faudrait placer sous une unique accolade tous les aspects *non sécuritaires* de l'exécution de la peine, qu'il s'agisse de santé, de travail, d'enseignement, de loisirs, de droit de visite, voire d'expression normale de la sexualité, etc. L'idée directrice rassemblant les mesures multiples relevant de ces diverses interventions reste bien celle d'effacement d'incapacité, de restitution de capacité. C'est dans cette perspective que devrait être reprise la discussion sur la *durée des peines*. Si on ne l'aborde pas seulement du point de vue sécuritaire, c'est-à-dire de la légitime protection de la société, c'est le vécu par le prisonnier du temps de la peine qui devrait être pris ici en considération ; de quelques études de psychologie du prisonnier auxquelles j'ai pu avoir accès, il ressort que le temps de la peine est vécu selon des modalités différentes, selon que l'on considère le segment temporel le plus proche du procès, où le temps est vécu sous la hantise du souvenir de cette épreuve, puis le temps moyen de la peine, où la négociation avec le milieu carcéral occupe tout le souci du prisonnier, enfin la tranche terminale de la peine, où les perspectives de libération tendent à occuper tout l'espace mental. Il en résulte que l'enchaînement de ces figures successives du vécu du temps de la peine diffèrent du tout au tout selon la durée de la peine. On peut présumer qu'au-delà d'une certaine durée l'exécution de la peine équivaut à un processus de désocialisation accélérée. Une bête féroce et non une personne libre est progressivement engendrée par l'exclusion, aux dépens de tout projet de réinsertion. Cette perspective inquiétante n'est pas sans retentissement sur les aspects même sécuritaires de l'exécution de la peine. Qu'il me soit permis de dire à cet égard que la notion de « perpétuité réelle » constitue une négation flagrante de toute idée de réhabilitation, et à ce titre le déni absolu de tout projet de rétablissement, dans l'exécution même de la peine, d'une juste distance entre le détenu et le reste de la société.

Amnistie et grâce

On ne saurait passer directement de l'idée de réhabilitation à celle de *pardon* sans dire un mot de deux dispositions qu'on peut tenir pour intermédiaires : l'*amnistie* et la *grâce*. On peut aller vite avec cette dernière, dans la mesure où elle consiste dans un privilège régalien, ayant les mêmes effets que la réhabilitation concernant l'effacement des peines principales et des peines secondaires. Il faut s'arrêter plus longuement à l'*amnistie*, dans la mesure où cette sorte de réhabilitation ne procède pas de l'instance juridique, mais de l'instance politique, à savoir en principe du Parlement, même si dans les faits le pilotage de l'opération est accaparé par l'exécutif. Si je m'arrête quelque peu à la question de l'amnistie, c'est dans la mesure où, en dépit des apparences, elle ne prépare aucunement à la juste compréhension de l'idée de pardon. Elle en constitue à bien des égards l'antithèse. L'amnistie, dont le régime républicain français a fait une grande consommation depuis l'amnistie des communards, consiste en effet en un effacement qui va bien au-delà de l'exécution des peines. A l'interdiction de toute action en justice, donc à l'interdiction de toute poursuite de criminels, s'ajoute l'interdiction d'évoquer les faits eux-mêmes sous leur qualification criminelle. Il s'agit donc d'une véritable *amnésie institutionnelle* invitant à faire comme si l'événement n'avait pas eu lieu⁵. Plusieurs auteurs ont observé, avec quelque inquiétude, ce qu'il y a de magique, voire de désespéré, dans l'entreprise d'effacer jusqu'à la trace des événements traumatiques ; comme si l'on pouvait jamais effacer la tache de sang sur la main de Lady Macbeth ! Qu'est-ce qui est ici visé ? A coup sûr la réconciliation nationale. A cet égard, il est parfaitement légitime de réparer par l'oubli les déchirures du corps social. Mais on peut s'inquiéter du prix à payer pour cette ré-

5. S. Gacon, « L'oubli institutionnel », in « Oublions nos crimes », revue *Autrement*, n° 144, avril 1994, p. 98-111.

affirmation (que j'ai dite magique et désespérée) du caractère indivisible du corps politique souverain. C'est dans une conception jacobine d'un État qui identifie sa rationalité présumée avec l'universel qu'il est besoin d'effacer périodiquement les traces des méfaits commis par les uns et par les autres, et dont le souvenir constituerait un déni vivant de la prétention de l'État rationnel. Le prix à payer est lourd. Tous les *méfaits de l'oubli* sont contenus dans cette prétention incroyable à effacer les traces des discordes publiques. C'est en ce sens que l'amnistie est un contraire du pardon, lequel, comme on va y insister, requiert la mémoire. C'est alors à l'historien (dont la tâche est rendue singulièrement difficile par cette instauration de l'oubli institutionnel) qu'il revient de contrecarrer par le discours la tentative pseudo-juridique d'effacement des faits. Sa tâche prend alors un tour subversif, dans la mesure où par elle vient à s'exprimer la *Nemesis de la trace*.

Pardon

Il est difficile de situer correctement l'idée de *pardon* sur la trajectoire dessinée par les trois termes : sanction-réhabilitation-pardon. On peut dire de lui deux choses contradictoires, mais peut-être également nécessaires, voire complémentaires, concernant le lien entre le pardon et toutes les formes juridiques englobant la sanction, la réhabilitation, la grâce et l'amnistie. D'un côté, en effet, le pardon n'appartient pas à l'ordre juridique ; il ne relève même pas du plan du droit. Il faudrait en parler comme Pascal parle de la charité dans le fameux passage sur les « trois ordres » : ordre des corps, ordre des esprits, ordre de la charité. Le pardon échappe en effet au droit aussi bien par sa logique que par sa finalité. D'un point de vue, qu'on peut dire épistémologique, il relève d'une *économie du don*, en vertu de la logique de surabondance qui l'articule et qu'il faut bien opposer à la logique d'équivalence présidant à la justice ; à cet égard le pardon est une valeur non seulement supra-juridique mais supra-éthique. Mais il n'échappe pas moins au

droit par sa *finalité*. Pour le comprendre il faut d'abord dire *qui* peut l'exercer. Absolument parlant, ce ne peut être que la victime. A cet égard, le pardon n'est jamais dû. Non seulement il ne peut être que demandé, mais la demande peut être légitimement refusée. Dans cette mesure, le pardon doit d'abord avoir rencontré l'impardonnable, c'est-à-dire la dette infinie, le tort irréparable. Cela dit, bien que non dû, il n'est pas sans finalité. Et cette finalité a rapport avec la mémoire. Son « projet » n'est pas d'effacer la mémoire ; ce n'est pas l'oubli ; bien au contraire, son projet, qui est de *briser la dette*, est incompatible avec celui de *briser l'oubli*⁶. Le pardon est une sorte de guérison de la mémoire, l'achèvement de son deuil ; délivrée du poids de la dette, la mémoire est libérée pour de grands projets. Le pardon donne un futur à la mémoire.

Cela dit, il n'est pas interdit de se demander si le pardon n'a pas quelque effet secondaire sur l'ordre juridique lui-même, dans la mesure où, lui échappant, il le surplombe.

Je dirai deux choses à cet égard. D'un côté, en tant qu'horizon de la séquence sanction-réhabilitation-pardon, ce dernier constitue un rappel permanent du fait que la justice est seulement celle des hommes et qu'elle ne saurait s'ériger en jugement dernier. En outre, ne peut-on tenir pour des retombées du pardon sur la justice toutes les manifestations de compassion, de bienveillance, à l'intérieur même de l'administration de la justice, comme si la justice, touchée par la grâce, visait dans sa sphère propre à cet extrême que depuis Aristote nous nommons équité ? Enfin, je voudrais, pour finir, suggérer l'idée suivante : ne revient-il pas au pardon d'accompagner la justice dans son effort pour éradiquer sur le plan symbolique la composante *sacrée* de la vengeance, à laquelle nous avons fait une fois allusion en commençant ? Ce n'est pas en effet seulement de la ven-

6. *Le Pardon. Briser la dette et l'oubli*, dirigé par Olivier Abel, Éd. Autrement, 1992.

geance sauvage que la justice cherche à se dissocier, mais de la vengeance sacrée, en vertu de laquelle le sang appelle le sang, et qui prétend elle-même au titre de justice. Au plan symbolique le plus profond, l'enjeu est celui de la séparation entre *Diké*, justice des hommes, et *Thémis*, ultime et ténébreux refuge de l'équation entre Vengeance (avec une majuscule) et Justice (également avec une majuscule). N'appartient-il pas au pardon d'exercer sur ce sacré malveillant la catharsis qui en fera émerger un sacré bienveillant ? La tragédie grecque, celle de l'Orestie au premier chef, nous a appris que les *Erinyes* (les Vengeresses) et les *Euménides* (les Bienveillantes) sont les mêmes. Dans un raccourci fulgurant, Hegel note dans les *Principes de la philosophie du droit*⁷ :

Les Euménides dorment, mais le crime les réveille.

La conscience et la loi

Enjeux philosophiques

LA PRÉSENTE ÉTUDE est issue d'un refus initial, celui de me laisser enfermer dans un dilemme en apparence contraignant où seraient opposées terme à terme la loi, en tant qu'immuable, universelle, contraignante, objective, et la conscience, réputée variable, circonstancielle, spontanée et éminemment subjective.

Le dilemme est en quelque sorte figé, quand, en outre, on le place sous la garde malveillante de catégories mutuellement infamantes telles que dogmatisme et situationnisme.

Le problème n'est pas seulement de réfuter cet apparent dilemme, mais de construire un modèle plausible de corrélation entre les termes d'une alternative paralysante. Pour nous soustraire à cet apparent dilemme, je propose de distinguer plusieurs niveaux où loi et conscience seraient, chaque fois et de façon différente, mises en couple dans la constitution progressive de l'expression morale.

7. Add. à § 101.

I

A un premier niveau qu'on peut dire fondamental, je placerais du côté du pôle de la loi la plus élémentaire discrimination entre le bien et le mal, et du côté de la conscience l'émergence d'une identité personnelle constituée par son rapport à cette primitive discrimination. A ce niveau fondamental, il ne convient peut-être pas de parler de loi au sens fort d'obligation morale ni de conscience au sens d'obéissance au devoir. En un sens plus près d'Aristote que de Kant, j'adopterai, à la suite de mon ami Charles Taylor dans *Sources of the Self*¹, l'expression d'« évaluations fortes » en entendant par là les estimations les plus stables de la conscience commune qui, par leur structure binaire, expriment chacune à leur façon ce qu'on vient d'appeler discrimination entre le bien et le mal ; à cet égard l'expérience morale ordinaire dispose d'un vocabulaire d'une richesse extraordinaire qui donne à la paire du bon et du mauvais un nombre considérable de variantes. Pensez seulement aux paires de termes telles que : honorable et honteux, digne et indigne, admirable et abominable, sublime et infâme, réjouissant et désolant, noble et vil, suave et abject, sans oublier le couple du vénérable et de l'injustifiable selon Jean Nabert. C'est de cette riche palette qu'il faut partir pour déployer les implications de l'expression proposée d'évaluation forte.

Le terme évaluation exprime le fait que la vie humaine n'est pas moralement neutre mais, dès lors qu'elle est soumise à examen, selon le précepte de Socrate, se prête à une discrimination de base entre ce qui est approuvé comme meilleur et ce qui est désapprouvé comme pire. Si le terme de loi ne convient pas à ce niveau élémentaire, du moins au sens strict que l'on vient de dire, les évaluations fortes présentent une série de

caractères qui mettent sur la voie du sens normatif attaché à l'idée de loi. Outre le travail réfléchi de discrimination exprimé par la variété des prédicats évaluatifs énumérés plus haut, il faut prendre en compte tout ce que Taylor place sous le titre d'*articulation*, à savoir l'essai de mise en ordre des évaluations fortes auxquelles l'hétérogénéité qualitative des biens visés par leur entremise impose une certaine dispersion ; à ce travail de coordination s'ajoutent les tentatives de *hiérarchisation* qui permettent de parler, avec Charles Taylor, de biens de rang supérieur, d'*hypergoods* ; c'est à ces tentatives que nous devons les diverses typologies de vertus et de vices qui occupaient la place que l'on sait dans les traités de morale des Anciens, des médiévaux et encore des moralistes de l'âge classique. Ces classifications servaient à repérer le niveau médian de la réflexion morale, à mi-chemin des évaluations fortes prises dans leur dispersion spontanée et la visée unifiante de la vie bonne, à savoir le souhait d'une vie accomplie, qui constitue en quelque sorte la ligne de fuite à l'horizon des évaluations fortes.

Voilà donc ce que je mets au départ du côté du pôle de la loi. Que mettrai-je du côté du pôle de la conscience ? Ici aussi je suivrai la suggestion de Charles Taylor mettant en couple l'idée du *soi* (*self*) et l'idée du bien (*good*). Cette corrélation exprime le fait que la question *qui ?* – Qui suis-je ? –, présidant à toute recherche d'identité personnelle, trouve une esquisse de réponse dans les modalités d'adhésion par lesquelles nous répondons à la sollicitation des évaluations fortes. A cet égard, on pourrait faire correspondre aux différentes variantes de la discrimination du bien et du mal des manières de *s'orienter* dans ce que Charles Taylor appelle l'espace moral, des manières de *s'y tenir* dans l'instant et de *s'y maintenir* dans la durée.

En tant qu'être moral, je suis celui qui s'oriente, se tient et se maintient dans l'espace moral ; et la conscience, à ce premier niveau du moins, n'est pas autre chose que cette orientation, cette tenue et ce maintien.

1. Charles Taylor, *Sources of the Self. The Making of the Modern Mind*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1989.

L'analyse que je suggère ici, dans une ligne que l'on peut dire néo-aristotélicienne, atteste à quel point la question *que dois-je faire ?* est seconde par rapport à la question plus élémentaire de savoir comment je souhaiterais mener ma vie. Disons, pour conclure ce premier point, que la polarité d'où dérive celle de la loi et celle de la conscience peut être résumée dans les termes du couple *évaluations fortes-adhésion forte*.

II

Passons au second niveau. C'est en revêtant le sens de l'obligation morale et son doublet négatif, l'interdiction, que la loi accède au statut normatif que l'usage ordinaire lui reconnaît. Je tirerai avantage, pour l'analyse que je propose, du fait que le terme de loi relève indifféremment du registre du droit et de celui de la moralité. On verra plus loin à quel point la compréhension de ce lien entre l'éthique et le juridique est nécessaire à la juste appréciation du rôle de la conscience à ce niveau. Je propose donc que nous entrons dans la problématique de la norme par le côté de la légalité, afin de montrer comment le mouvement par lequel la légalité renvoie à la moralité s'achève dans le renvoi de la moralité à la conscience.

Trois traits du légal nous retiendront, dans la mesure où ils désignent le point d'ancrage de la dialectique d'intériorisation que je viens d'évoquer.

D'abord, l'*interdiction* est la face sévère que la loi tourne vers nous. Le *Décatalogue* lui-même s'énonce dans cette grammaire des impératifs négatifs : tu ne tueras pas ; tu ne diras pas de faux témoignages, etc. A première vue, nous serions tentés de n'apercevoir de l'interdit que sa dimension répressive, voire, si nous séjournons du côté de Nietzsche, seulement la haine du désir qui s'y dissimulerait. Nous risquons alors de ne pas prendre en compte ce qu'on peut appeler la fonction structurante de l'interdit. Lévi-Strauss l'avait brillamment démontré dans le cas de l'interdit peut-être le plus universellement pro-

clamé, celui de l'inceste. En interdisant aux hommes de tels clan, tribu, ou groupe social, de prendre pour partenaire sexuelle leur mère, leur sœur ou leur fille, l'interdit institue la distinction entre le lien social d'alliance et le lien simplement biologique d'engendrement. On pourrait faire une démonstration comparable pour l'interdiction du meurtre, lors même qu'il se réclame d'une justice vengeresse ; en retirant à la victime le prétendu droit à la vengeance, le droit pénal instaure une juste distance entre deux violences, celle du crime et celle du châ-timent². Il ne serait pas difficile de faire la même démonstration avec l'interdiction du faux témoignage, qui, en protégeant l'institution du langage, instaure le lien de confiance mutuelle entre les membres d'une même communauté linguistique.

Le deuxième trait commun à la norme juridique et à la norme morale est leur prétention à l'*universalité*. Je dis bien prétention, car, au plan empirique, les normes sociales varient plus ou moins dans l'espace et dans le temps. Mais il est essentiel qu'en dépit de cette relativité de fait, et à travers elle, une validité de droit soit visée. L'interdiction du meurtre perdrait son caractère normatif si nous ne la jugions pas valable pour tous, en toutes circonstances et sans exception. Que, dans un second temps, nous cherchions à justifier des exceptions, qu'il s'agisse de l'aide à personne en danger, de la guerre dans l'hypothèse controversée de la guerre juste, ou, pendant des millénaires, de la peine de mort, cette tentative pour rendre raison des exceptions est un hommage rendu à l'universalité de la règle ; il faut une règle pour justifier l'exception à la règle, une sorte de règle suspensive, revêtant la même exigence de légitimité, de validité, que la règle de base.

Le troisième trait que je voudrais retenir concerne le lien entre la norme et la *pluralité humaine*. Ce qui est interdit, universellement condamné, ce sont, en dernier ressort, toute une

2. Cf. ci-dessus, p. 193 à 208, l'essai « Sanction, réhabilitation, pardon ».

série de torts faits à autrui. Un soi et son autre sont ainsi les protagonistes obligés de la norme éthico-juridique. Ce qui est ainsi présupposé, par le droit comme par la morale, c'est ce que Kant appelait l'état d'« insociable sociabilité » qui rend si fragile le lien interhumain³. Face à cette menace permanente de désordre, la plus élémentaire exigence du droit, disait le même philosophe dans sa *Doctrine du droit*⁴, c'est de séparer le mien du tien. Nous retrouvons notre idée de la juste distance, appliquée cette fois à délimiter les sphères concurrentes de libertés individuelles. Tenons-nous à ces trois traits pour le bien de l'argument qui suit : rôle structurant de l'interdit, prétention à la validité universelle, mise en ordre de la pluralité humaine ; et amorçons le mouvement qui, en remontant de la légalité à la moralité, achève sa course dans la notion de conscience morale, en tant que contrepartie de la loi.

Concernant le premier trait, à savoir le rôle de l'interdit, ce qui distingue fondamentalement la *légalité* de la moralité saute aux yeux ; la légalité ne demande qu'une obéissance extérieure, ce que Kant appelait simple conformité à la loi, pour la distinguer du respect de la loi par amour du devoir ; à ce caractère extérieur de la légalité, s'ajoute cet autre trait qui la distingue de la moralité, à savoir l'autorisation de la correction physique, en vue de restaurer le droit, de donner satisfaction aux victimes, bref de laisser, comme on dit, le dernier mot à la loi. Dans la mesure où la simple conformité à la légalité prend ainsi appui sur la crainte de la punition, on comprend que le passage de la simple légalité à la moralité véritable puisse être assimilé à un processus d'intériorisation de la norme.

3. Kant, *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, 4^e proposition, trad. L. Ferry, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », II, p. 192.

4. *Id.*, *Métaphysique des mœurs*. Première partie : *Doctrine du droit*, trad. fr. Philonenko, Paris, Vrin, 1971.

Concernant le second trait, la prétention de la légalité à l'universalité, la moralité présente une seconde modalité d'intériorisation. À l'idée d'un législateur extérieur s'oppose celle d'une *autonomie personnelle*, au sens fort du terme autonomie, interprétée par Kant comme législation qu'une liberté se donne à elle-même. Par l'autonomie, une volonté raisonnable émerge du simple arbitraire, en se plaçant sous la synthèse de la liberté et de la loi. L'admiration que l'on peut avoir pour l'éloge kantien de l'autonomie ne doit pas empêcher de prendre la mesure du prix à payer pour cette intériorisation de la loi prise sous son angle universel. Seule une règle formelle, telle que l'épreuve d'universalisation à laquelle doivent se soumettre tous nos projets, tous nos plans de vie, bref ce que Kant appelle les maximes de l'action, peut prétendre à la sorte d'universalité qui fait ordinairement défaut à la simple légalité sociale.

Ce formalisme trouve, il est vrai, une contrepartie certaine dans l'élévation au plan de la pure moralité du troisième trait que nous avons reconnu à la légalité, à savoir le rôle que la norme exerce à titre de principe d'ordre au plan de la pluralité humaine. C'est surtout chez les disciples contemporains de Kant, chez Rawls, dans *Théorie de la justice*, chez Habermas dans son *Éthique de la discussion*, que ce caractère dialogique ou dialogal de la norme trouve à s'exprimer. Déjà Kant prenait en compte cette pluralité des sujets moraux dans le second impératif catégorique, ordonnant de traiter l'humanité, dans notre propre personne et dans la personne d'autrui, comme une fin en soi et non pas seulement comme un moyen. C'est toutefois dans l'idée de justice, selon Rawls, et d'argumentation selon Habermas, que l'on voit entièrement déployées les implications dialogiques ou dialogales du second impératif catégorique, sous la figure du respect mutuel que les personnes se doivent les unes aux autres.

Cela dit, on n'a pas de peine à comprendre en quel sens le processus d'intériorisation, par lequel la simple légalité sociale s'élève à la moralité, achève sa course dans la conscience

morale. A ce stade de notre méditation, la conscience n'est pas autre chose que l'obéissance intime à la loi en tant que loi, par pur respect pour elle et non par simple conformité à l'énoncé de la règle. Le mot décisif est ici celui de respect. Dans un chapitre célèbre de la *Critique de la raison pratique*⁵, Kant en fait le mobile unique de la vie morale. C'est un sentiment, certes, mais le seul sentiment que la raison, par sa seule autorité, inscrit en nous. Faisant écho à Rousseau et à son célèbre éloge de la « voix de la conscience », Kant voit dans ce sentiment à la fois l'humiliation de notre sensibilité avide de satisfactions égoïstes, et l'exaltation de notre humanité au-dessus du règne animal. Mais on ne sera pas étonné de retrouver sous ce vocable de voix de la conscience tous les traits de la légalité sociale, intériorisés en pure moralité. La voix de la conscience, c'est d'abord la voix de l'interdit, certes structurant, mais rigoureux. C'est aussi la voix de l'universel, dont est dite l'intransigeance. Enfin sous les traits de l'idée de justice et sous l'aiguillon d'une éthique de la discussion, la voix de la conscience ajoute à ces deux traits de la rigueur et de l'intransigeance celui de l'impartialité. Impartiale, la voix de la conscience me dit que toute vie autre est aussi importante que la mienne, pour reprendre la formule récente de Thomas Nagel dans *Égalité et partialité*⁶.

Voilà jusqu'où peut s'avancer une méditation sur la conscience dans son rapport à la loi, prise à son niveau radicalement formel. Trois mots la définissent : rigueur, intransigeance, impartialité.

La question se pose alors de savoir si on peut en rester là. Le respect kantien n'est certes pas rien, surtout si on en développe les applications dialogales, comme dans une éthique

5. Kant, *Critique de la raison pure pratique*, « Analytique », chapitre III « Des mobiles de la raison pratique », Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », II, p. 695.

6. Thomas Nagel, *Égalité et partialité* (1991), trad. fr., Paris, PUF, 1994.

de la justice et dans une éthique de la discussion. Mais les personnes sont-elles vraiment reconnues dans leur singularité insubstituable, aussi longtemps que le respect s'adresse plus à la loi qu'aux personnes, tenues elles-mêmes pour la simple expression d'une humanité abstraite ? Et comment le seraient-elles, même sous le signe de l'idée d'impartialité, si l'on met entre parenthèses les adhésions fortes corrélatives des évaluations fortes dont nous parlions dans la première partie, sous l'horizon de la poursuite de la vie bonne ? C'est de ce doute que procède l'investigation d'un troisième niveau de la corrélation entre loi et conscience.

III

La troisième étape de notre parcours sera consacrée à ce qu'on peut appeler le jugement moral en situation. Pourquoi lui faire un sort distinct ? Ne peut-on ramener ce stade à la simple idée d'une application de la norme générale à un cas particulier ? Mais, outre le fait que le jugement moral en situation ne se ramène pas à la simple idée d'application, comme on va le voir plus loin, celle-ci même est loin de se réduire à l'idée trop simple que l'on s'en fait. Appliquer une norme à un cas particulier est une opération extraordinairement complexe, qui implique un style d'interprétation irréductible à la mécanique du syllogisme pratique. Le droit, ici encore, constitue une bonne introduction à la dialectique du jugement moral en situation. Le processus complexe au terme duquel un cas est placé sous une norme comporte deux processus enchevêtrés d'interprétation⁷. D'un côté, celui du cas considéré, le problème est de reconstituer une histoire plausible, vraisemblable, de l'histoire ou plutôt de l'enchevêtrement d'histoires constitutives de ce

7. Cf. ci-dessus, p. 163 à 184, l'essai « Interprétation et/ou Argumentation ».

qu'on dénomme un cas, ou pour mieux dire une affaire. Or le débat, pièce centrale du procès, révèle combien il est difficile de dégager un récit univoquement vrai de l'affrontement entre les versions rivales proposées par les parties en litige. La difficulté n'est pas moindre du côté de la norme : il n'est pas toujours immédiatement clair que tel cas doit être placé sous telle norme. Ce qu'on appelle qualification d'un acte litigieux résulte d'un travail d'interprétation appliqué à la norme elle-même. Des affaires récentes, telle celle du sang contaminé, nous ont appris combien reste soumise à controverse la décision en apparence simple de désigner dans le *corpus* juridique la norme qu'il convient d'appliquer dans tel cas particulier. L'application est ainsi au carrefour d'une double chaîne d'interprétation, du côté des faits et du côté de la règle ; le jugement en situation survient ainsi au point d'intersection de ces deux lignes d'interprétation. On peut dire qu'argumentation et interprétation sont inséparables, l'argumentation constituant la trame logique et l'interprétation la trame inventive du processus aboutissant à la prise de décision.

Qu'en est-il alors du rapport entre loi et conscience ? Ce serait une erreur de penser que l'idée de loi a disparu du jugement en situation. Ce dont il s'agit en effet, c'est de dire le droit dans une circonstance déterminée. A cet égard, la sentence échue n'aurait pas de signification juridique si elle n'était pas réputée équitable, au sens qu'Aristote donne à ce terme d'équité lorsque la norme revêt une singularité égale à celle du cas considéré. Quant à la conscience, elle n'est autre que l'intime conviction qui habite l'âme du juge ou du jury, prononçant le jugement en équité. A cet égard on peut dire que l'équité du jugement est la face objective dont l'intime conviction constitue le répondant subjectif. Le lien entre l'intime conviction et l'acte de parole consistant à dire le droit dans une circonstance particulière soustrait le jugement en situation au pur arbitraire.

Mais nous n'avons encore considéré qu'une catégorie de jugements moraux en situation, celle qu'on peut placer sous le

titre de l'application. Or il est bien d'autres occasions d'exercer le jugement moral en situation. L'application suppose l'existence d'un *corpus* de lois relativement homogène et non remis en question, du moins dans le temps du procès. Or il existe nombre de situations plus embarrassantes où c'est la référence même à la loi qui fait problème. Il faut d'abord considérer le cas où plusieurs normes s'affrontent, comme on voit dans la tragédie grecque où, par exemple, Électre et Créon servent l'un et l'autre des grandeurs spirituelles respectables, mais sous un angle étroit, qui les rend incompatibles, jusqu'à susciter la mort des antagonistes. Ce tragique de l'action fait appel à ce que Sophocle appelle *to phronein*, l'acte de « juger sagement » ; c'est la vertu qu'Aristote élèvera à un rang élevé sous le nom de *phronesis*, terme que les Latins ont traduit par *prudencia*, et que l'on peut traduire par sagesse pratique ou mieux encore par sagesse de jugement. La première partie de la présente étude nous a préparés à cette confrontation avec de telles modalités du tragique de l'action, dès lors que les évaluations fortes se rapportent à des biens hétérogènes et parfois concurrents. C'est ce tragique de l'action qui a été évacué dans la conception toute formelle de l'obligation morale, réduite à l'épreuve d'universalisation de la maxime. Il est également largement méconnu dans la conception rawlsienne de la justice, d'où la confrontation entre biens substantiels a été évacuée au bénéfice d'une règle toute formelle de procédure. Il ne l'est pas moins dans une éthique de la discussion, qui se place elle aussi dans une perspective où les convictions sont réduites à des conventions que les protagonistes du débat sont censés avoir dépassées en se plaçant dans une posture dite post-conventionnelle. C'est le propre de tout formalisme, en éliminant la référence à la vie bonne, d'exclure les situations de conflit liées à l'évaluation de biens situés sur le trajet du vœu de vivre bien.

Mais le tragique chassé par la porte revient par la fenêtre, dès lors qu'est prise en considération la diversité irréductible des biens sociaux de base, comme une théorie compréhensive

de la justice ne peut manquer de le faire ; on est alors confronté à ce que dans une théorie renouvelée de sa théorie de la justice, Rawls lui-même appelle des « désaccords raisonnables⁸ ». J'aime cette expression qui encadre bien la vertu de prudence. La fragmentation des idéaux politiques, celle des sphères de justice et, jusque dans le domaine juridique, la multiplication des sources de droit et le foisonnement des codes de juridiction nous invitent à prendre avec le plus grand sérieux cette idée de désaccord raisonnable.

Les choses deviennent plus graves encore, lorsque ce ne sont plus seulement des normes qui entrent en conflit, mais lorsque s'affrontent d'un côté le respect dû à la norme universelle, et de l'autre le respect dû aux personnes singulières. Il s'agit bien de tragique de l'action, dès lors que la norme reste reconnue comme partie au débat, dans le conflit qui l'oppose à la sollicitude en charge de la misère humaine. La sagesse de jugement consiste à élaborer des compromis fragiles où il s'agit de trancher moins entre le bien et le mal, entre le blanc et le noir, qu'entre le gris et le gris, ou, cas hautement tragique, entre le mal et le pire.

La conscience est-elle réduite pour autant à l'arbitraire, auquel consentent les morales situationnistes ? Non point. Comme tout à l'heure le juge chargé de dire le droit dans une situation singulière, le moraliste, face au tragique de l'action, dit le meilleur ou le moins mal, tel qu'il apparaît au terme d'un débat où les normes n'ont pas pesé moins lourd que les personnes. En ce sens, son intime conviction a pour vis-à-vis objectif le *meilleur apparent* dans la circonstance. En outre, si ce meilleur apparent est, pour garder le vocabulaire forgé à l'occasion du jugement juridique en situation, issu d'un jeu croisé entre argumentation et interprétation, la décision prise au terme

d'un débat entre soi-même et soi-même, au cœur de ce qu'on peut appeler le for intérieur, le forum privé, méritera d'autant mieux d'être appelée *sage* qu'elle sera issue d'une cellule de conseil, selon le modèle de notre conseil national consultatif d'éthique, ou sur le modèle du petit cercle rassemblant parents, médecins, psychologues, religieux au chevet d'un moribond. C'est toujours à plusieurs que devrait être pratiquée la sagesse du jugement et prononcé le jugement de sagesse. La conscience mérite alors vraiment le nom de *conviction*. Conviction, c'est le nom nouveau que reçoit l'*adhésion* forte de notre première analyse, après avoir traversé la *rigueur*, l'*intransigeance* et l'*impartialité* de la morale abstraite, et avoir affronté le tragique de l'action.

8. Cf. ci-dessus, p. 99 à 120, l'essai « Après *Théorie de la justice* de John Rawls ».

L'auteur et les Éditions Esprit remercient les revues et les éditeurs qui ont aimablement accordé l'autorisation de reproduire les textes qui composent ce recueil.

« Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique » : intervention prononcée dans le cadre de l'Institut des hautes études pour la justice (IHEJ) publiée dans *Esprit*, novembre 1994.

« Après *Théorie de la justice* de John Rawls » : F. Châtelet, O. Duhamel et E. Pisier (sous la dir. de), *Dictionnaire des œuvres politiques*, Paris, PUF, 1995.

« La pluralité des instances de justice » : intervention prononcée dans le cadre de l'Institut des hautes études pour la justice (IHEJ).

« Jugement esthétique et jugement politique selon Hannah Arendt » : publié dans la *Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire*, par le centre Droit et cultures, Paris, L'Harmattan, 1994.

« Interprétation et/ou argumentation » : texte récrit d'une intervention prononcée lors du colloque « Qu'est-ce que la justice ? », 6-10 décembre 1993, à l'université de Dresde.

« L'acte de juger » : intervention prononcée dans le cadre de l'Institut des hautes études pour la justice (IHEJ) publiée dans *Esprit*, juillet 1992.

« Sanction, réhabilitation, pardon » : intervention prononcée lors du colloque organisé le 30 avril 1994, par *la Croix, l'Événement*, publiée dans *Justice ou vengeance*, Paris, Éditions du Centurion, 1994.

« La conscience et la loi. Enjeux philosophiques » : intervention prononcée lors du colloque « La conscience dans la société contemporaine » organisé par l'ordre des avocats au barreau de Paris, à l'école Cathédrale, juin 1994.

Table des matières

Avant-propos	7
Qui est le sujet du droit ?	29
Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique	41
Une théorie purement procédurale de la justice est-elle possible ? A propos de <i>Théorie de la justice</i> de John Rawls	71
Après <i>Théorie de la justice</i> de John Rawls	99
La pluralité des instances de justice	121
Jugement esthétique et jugement politique selon Hannah Arendt	143
Interprétation et/ou argumentation	163
L'acte de juger	185
Sanction, réhabilitation, pardon	193
La conscience et la loi. Enjeux philosophiques	209