

Certains sont d'avis que c'est la réciprocité qui constitue sans plus la justice. Une critique des conceptions pythagoricienne et contractualiste de la justice

**Henri Torrione,
Professeur de droit et de philosophie du droit à l'Université de Fribourg
(Suisse)**

Le titre de cette contribution, extrait de l'*Ethique à Nicomaque*¹, est un passage dans lequel Aristote s'apprête à critiquer la conception pythagoricienne de la justice, entièrement articulée autour de la notion de réciprocité, précisément cette notion qui constitue le thème central de cet ensemble de conférences sur la justice. Suivant Aristote, la réciprocité a une place centrale dans l'amitié, dont elle est l'un des éléments constitutifs, mais pas dans la justice et le droit, où elle ne joue un rôle que prise analogiquement ; et les Pythagoriciens, selon Aristote, doivent être critiqués non seulement pour avoir soutenu que rendre la pareille (la réciprocité dans l'interaction humaine) « est absolument juste »², mais aussi parce qu'« ils ont défini absolument ce qu'est le juste »³. Michel Villey, dans son interprétation du Livre V de l'*Ethique à Nicomaque*, a bien compris la perspective à partir de laquelle Aristote adresse cette seconde critique aux Pythagoriciens : le juste et le droit sont, dit Michel Villey, ce que les juristes et les juges déterminent qu'ils sont dans les différentes situations où un litige doit être tranché, non pas l'idée que s'en font les systèmes philosophiques à la recherche du juste au sens absolu, du juste pris univoquement – des systèmes de pensée qui ignorent les enseignements de la pratique du droit et l'expérience concrète des juristes et des juges⁴.

Dans son livre sur *L'idée de justice* de 2009, Amartya Sen critique aussi bien le projet de comprendre la justice de façon absolue que celui de la comprendre à partir de la notion de réciprocité. A. Sen ne s'en prend toutefois pas à la

¹ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, ch. 8, 1132 b 21, trad. R. Bodéüs, coll. La Pléiades, Gallimard, Paris 2014, p. 111.

² *Ibid.*, 1132 b 21-22 (c'est nous qui traduisons « εἶναι ἀπλῶς δίκαιον »).

³ *Ibid.*, 1132 b 23 (c'est nous qui traduisons « ὀρίζοντο ... ἀπλῶς τὸ δίκαιον »).

⁴ Michel Villey, *Philosophie du droit, Définition et fins du droit, Les moyens de droit*, Dalloz, Paris 2001 (réédition en un seul tome de l'édition antérieure en deux tomes de 1980-1982). Alain Renaut considère que cette critique de M. Villey à l'égard des systèmes philosophiques est la marque de « beaucoup de dédain envers les philosophes » (Kant, *Métaphysique des mœurs*, vol. I, GF Flammarion, Paris 1994, Présentation, p. 37). Pour éviter ce reproche d'Alain Renaut, il faudrait semble-t-il aussi renoncer à rappeler, comme le fait sans cesse John Dewey, que « *philosophy has no private store of knowledge or methods for attaining the truth.... It has no Mosaic or Pauline authority of revelation entrusted to it* » (extrait de *Reason, Truth, and History*, Harvard University press, 1981, cité par Hilary Putnam, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and Other Essays*, Harvard University Press, 2004, p. 104).

conception des pythagoriciens comme le faisait Aristote, mais à celle de toute la tradition moderne et contemporaine du contrat social, une tradition qui articule l'idée de justice encore plus absolument que ne le faisaient les pythagoriciens autour de la notion de réciprocité. Selon Sen, cette tradition, qu'il stigmatise comme du « transcendantalisme institutionnel », « finit par fonctionner comme un obstacle à la raison pratique sur la justice »⁵. Pour Sen, la réciprocité est une belle notion, mais l'on ne peut sans dommage penser systématiquement la justice à partir d'elle ; de plus, pour lui, ce n'est pas nécessaire de posséder préalablement une idée du juste parfait pour que la raison pratique sur la justice puisse s'exercer dans les multiples situations de la vie sociale, au niveau national et au niveau international. Une idée du juste parfait, c'est même quelque chose d'assez inutile.

Dans l'optique d'Amartya Sen, le travail de la raison pratique en matière de justice dépend, en effet, du discernement des mérites respectifs des différentes solutions envisageables dans le litige en question, donc de ce qu'il appelle une approche comparative, et pas d'une dérivation transcendantale, totalement oiseuse. Dans les cas difficiles en matière de justice et de droit, tout est une question de « justice matérielle », comme l'indique d'ailleurs le Tribunal fédéral de la Suisse⁶. Ce que Bentham appelait une « *logic of the understanding* », et qu'il opposait à une « *logic of the will* » restée, disait-il avec raison, « *untouched by Aristotle* »⁷, y joue un rôle central, et conduit le tribunal à ne pas exclusivement se référer à la volonté du législateur ou du souverain populaire (« *logic of the will* »), mais à rechercher ce qui est « matériellement fondée »⁸, par exemple, lorsqu'il s'agit de trancher un cas d'espèce, « à rechercher la solution adéquate aux circonstances spéciales du cas particulier »⁹ (« *logic of the understanding* » au niveau de la résolution du cas d'espèce), et, lorsqu'il s'agit de procéder à un contrôle abstrait de normes, comme dans l'arrêt cité sous la note précédente, à déterminer ce qui est adéquat aux caractéristiques du domaine en cause, par exemple s'agissant de barèmes dégressifs en matière d'impôt sur le revenu (« *logic of the understanding* » au niveau général et abstrait).

Nous allons faire état des réserves d'Amartya Sen et des critiques d'Aristote à l'encontre des philosophies qui considèrent que c'est la réciprocité qui constitue sans plus la justice, et aussi à l'encontre de la thèse suivant laquelle ce serait indispensable de posséder une idée du juste parfait pour poser des jugements de justice dans les situations concrètes. En faisant état de ces réserves, on met inévitablement en discussion la tradition de pensée du contrat social et l'idée de justice comme réciprocité qu'elle implique, c'est-à-dire quelque chose de fondamental pour la pensée moderne et contemporaine¹⁰. Heureusement que la

⁵ Amartya Sen, *L'idée de justice*, trad. P. Chelma, Paris 2009 (ci-après : Sen, *L'idée de justice*), p. 486.

⁶ « *Sachgerechtigkeit* » (Arrêt du Tribunal fédéral du 17.09.1975, ATF 101 Ia 545, considérant 3.d ; voir aussi Arrêt du Tribunal fédéral du 1.06.2007, ATF 133 I 206, RDAF 2007 II 50, consid. 8.2).

⁷ Bentham veut précisément faire ce qu'Aristote n'a pas fait : approcher le droit entièrement du point de vue de la volonté (du législateur) : voir L. H. A. Hart, *Essays on Bentham*, Oxford 1982, p. 112.

⁸ « *Sachlich begründet* » (Arrêt du Tribunal fédéral du 1.06.2007, ATF 133 I 206, RDAF 2007 II 50, consid. 8.2).

⁹ Arrêt du Tribunal fédéral du 17.09.1975, ATF 101 Ia 545, consid. 2.d, p. 550.

¹⁰ Luc Ferry, l'un des partisans en France les plus convaincus du « transcendantalisme institutionnel » critiqué par Sen, indique dans un article publié dans *Le Figaro*, le jeudi 6 juillet 2017, que « ce qui manque à l'animal, c'est ce qui fonde toute morale, le partage et la réciprocité ». Cela montre bien le caractère fondamental attribué aujourd'hui à la réciprocité.

conférence précédente (*La réciprocité selon René Girard*) a souligné que pour René Girard la réciprocité était plus un risque qu'un avantage : c'est une bonne façon de préparer les auditeurs à ce que nous allons dire, avec Aristote et Sen, contre ce qui est au cœur du « transcendantalisme institutionnel » de philosophes comme celles de Hobbes, Rousseau, Kant, Rawls, Habermas, Renaut, Ferry.

La *première section* de notre contribution est consacrée à une petite étude du rôle secondaire de la réciprocité dans la justice selon la perspective aristotélicienne, et aussi à quelques remarques sur son rôle dans l'amitié (pour Aristote beaucoup plus important qu'en matière de justice). La *deuxième section* décrit de façon critique la place centrale donnée à la notion de réciprocité par la tradition de pensée du contrat social. Par rapport à l'approche de la réciprocité chez Aristote, il s'agit d'un tout autre monde, aussi éloigné de l'autre que possible, ignorant totalement l'autre. Cette section est consacrée à la déconstruction du rôle attribué par cette tradition de pensée à la réciprocité, qu'elle considère comme le critère du juste. La *troisième et dernière section* est consacrée à l'autre tradition dans la modernité, celle qui soutient comme Aristote que des jugements de justice sont possibles indépendamment de tout critère, en particulier sans recourir à l'idée de contrat social, à la réciprocité parfaite qu'il implique. Le plan est le suivant :

I. LA RÉCIPROCITÉ DANS LES INTERACTIONS HUMAINES SELON UNE PERSPECTIVE ARISTOTÉLICIENNE.....	434
A. Réciprocité et justice.....	434
B. Réciprocité et amitié.....	444
II. LA RÉCIPROCITÉ, PIERRE DE TOUCHE DE LA CONFORMITÉ AU DROIT SELON LES CONCEPTIONS CONTRACTUALISTES DE LA JUSTICE ET DU DROIT..	446
A. Une affirmation de Kant commentée par Rawls.....	447
B. La nécessité d'une pierre de touche de la conformité au droit selon Rawls.....	448
C. La façon dont l'idée de réciprocité est concrètement utilisée par Rawls : le constructivisme et les principes de justice auquel il conduit.....	458
D. La doctrine de base commune au transcendantalisme institutionnel et à l'utilitarisme : le volontarisme de Guillaume d'Occam.....	465
E. Les conséquences du volontarisme occamien.....	467
III. L'AUTRE TRADITION DANS LA MODERNITÉ QUE LE CONTRACTUALISME : LA POSSIBILITÉ D'UN JUGEMENT IMPARTIAL EN MATIÈRE DE JUSTICE INDÉPENDAMMENT DE TOUTE PIERRE DE TOUCHE.....	473
A. L'existence d'une troisième voie en matière de jugements de valeur (ni transcendantaliste, ni platonicienne).....	473
B. L'utilisation de cette troisième voie en sciences économiques.....	479
C. L'utilisation de cette troisième voie en matière de justice et de droit....	481
D. Le passage de Rawls du sens ordinaire de la justice à la justice comme réciprocité, et les objections de Sen à cet égard.....	483
E. L'autre tradition au sein des Lumières s'agissant de l'objectivité des jugements de justice et des appréciations sur les situations.....	489

Le fil conducteur entre les trois parties est la question des jugements de justice, de leur objectivité : l'analyse des conditions de possibilité et la dérivation à partir d'une dimension transcendante apportent-elles quelque chose en matière d'objectivité, ou tout ne tient-il pas plutôt à la qualité intrinsèque d'un

discernement, dès lors que le travail du juge consiste, dans les cas difficiles, en des « *Sachüberlegungen* »¹¹.

I - La réciprocité dans les interactions humaine selon une perspective aristotélicienne

A - Réciprocité et justice

1 - Le droit dans les situations de distribution (la justice distributive) ne laisse aucune place à l'idée de réciprocité

Dans une perspective aristotélicienne, il y a des domaines qui relèvent manifestement de la justice et du droit, tels qu'on peut les observer à l'œuvre dans les sociétés humaines, dans lesquels pourtant la réciprocité n'a pas du tout sa place, d'aucune manière : ces domaines ne relèvent en effet pas de situations d'interaction entre deux personnes, donc pas du tout de situations où la réciprocité peut avoir une place. On ne peut donc pas expliquer la justice à partir de la réciprocité.

C'est manifeste qu'il en est ainsi dans la totalité des situations qui relèvent d'une distribution. Aussi Aristote affirme-t-il que « rendre la pareille ne s'accorde pas avec le droit dans les distributions... »¹². On ne va pas aborder ici la question du droit dans les distributions¹³, mais simplement rappeler une division fondamentale faite par Aristote : « le droit au sens majeur du mot »¹⁴, c'est-à-dire la solution adéquate compte tenu des circonstances spéciales du cas particulier, ou des caractéristiques générales de la situation en cause s'il ne s'agit pas d'un cas particulier¹⁵, se présentent sous deux formes différentes, selon qu'on a affaire à une situation d'interaction ou à une situation de distribution¹⁶. Le droit se présente comme une égalité matérielle dans les deux cas, mais c'est

- une égalité de proportion dans les situations de distribution (à chacun selon son mérite, par exemple s'agissant de notes d'examen, à chacun selon ses capacités, par exemple en matière fiscale avec notamment la progressivité des taux d'impôt, à chacun selon ses besoins, par exemple en matière d'aide sociale – ce sont des exemples de situation où il s'agit de traiter les cas semblables de façon semblable et les cas différents de façon différente, selon le principe de l'égalité de proportion repris d'Aristote par les tribunaux actuels),

- une égalité de quantité au sens arithmétique du terme (égalité de deux quantités en valeur absolue) quand il s'agit d'une situation d'interaction (par

¹¹ Sur l'expression en allemand, voir la déclaration de l'ancien juge fédéral Hans Peter Walter (ZBJV 2007, 725, 728), qui renvoie à Eugen Bucher (*Recht*, 2006, 186, note 20, 197).

¹² Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, ch. 8, 1132 b 24-25, trad. J. Tricot, Vrin, Paris 2007, pp. 255-256 (traduction modifiée).

¹³ Voir à ce sujet Henri Torrione, *Justice distributive aristotélicienne en droit fiscal selon le TF. Une étude de philosophie du droit sur la notion de « Sachgerechtigkeit »*, Revue de droit suisse (RDS), 129 (2010), pp. 131 ss. (voir en particulier la section D.II intitulée « Les deux formes de droit », pp. 153-159).

¹⁴ Michel Villey, *Philosophie du droit, Définition et fins du droit, Les moyens de droit*, Dalloz, Paris 2001 (réédition en un seul tome de l'édition antérieure en deux tomes de 1980-1982), p. 53.

¹⁵ Arrêt du Tribunal fédéral du 17.09.1975, ATF 101 Ia 545, consid. 2.d, p. 550.

¹⁶ La distinction est faite par Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, ch. 5, 1130 b 30 – 1131 a 9, trad. J. Tricot, Vrin, Paris 2007, pp. 241-243. L'indication sur les formes différentes d'égalité dans les deux situations se trouve le plus clairement en 1131 b 27 – 1132 a 7, pp. 249-250.

exemple une situation dans laquelle il faut corriger l'absence d'équilibre entre la prestation et la contre prestation dans un contrat (lésion), ou entre le dommage causé et la réparation qui est offerte, ou entre l'enrichissement illégitime et ce que l'on propose de restituer, ou entre le propriétaire d'un terrain et son voisin pour des questions de voisinage).

2 - Le droit dans les situations d'interaction (justice commutative), quand il laisse une place à la réciprocité, laisse une place seulement à une réciprocité selon l'analogie

Ensuite, comme le note Aristote, même dans celles parmi les situations d'interaction qui laissent une place à la réciprocité (ce n'est pas le cas de toutes les situations d'interaction, comme on le verra), il ne s'agit pas de la réciprocité stricte qui existe quand il y a action réciproque entre agent et patient. Il ne s'agit en effet pas du tout, relève Aristote, de rendre la pareille. Notamment, la question de savoir si l'action initiale est intentionnelle ou pas fait une grande différence, et, de plus, même dans un contrat bilatéral entre deux personnes, c'est-à-dire lorsqu'on a manifestement affaire à une interaction volontaire, il ne s'agit pas de rendre la pareille au sens strict. C'est quelque chose de différent de la réciprocité entre agent et patient quand agents et patients sont dans une réciprocité parfaite l'un par rapport à l'autre : ce qui réunit les parties aux contrats qui existent dans la pratique et la vie de tous les jours, c'est ce qu'Aristote appelle « le fait de rendre la pareille selon l'analogie ($\tau\acute{o}\ \acute{\alpha}\nu\tau\iota\pi\epsilon\pi\omicron\nu\theta\acute{o}\varsigma\ \kappa\alpha\tau'\ \acute{\alpha}\nu\alpha\lambda\omicron\gamma\acute{\iota}\alpha\nu$), et pas le fait de rendre la pareille selon l'égalité »¹⁷. Il s'agit donc d'une réciprocité qui n'est pas du tout la réciprocité qu'envisageaient les Pythagoriciens quand ils identifiaient la justice et le droit à rendre la pareille.

Aristote va souligner l'importance de cette réciprocité non pythagoricienne, de cette réciprocité « selon l'analogie », en montrant que l'échange de biens et de services (qui met en œuvre cette réciprocité par analogie) est un moteur de la mise en relation des êtres humains, qui sont poussés vers l'échange par le besoin, tout au moins à l'origine. Aristote commence avec la phrase mise en exergue dans la présentation de notre conférence, sur cette idée d'une réciprocité selon l'analogie « qui fait subsister la cité »¹⁸ : « dans les relations d'échange, le juste sous sa forme de réciprocité est ce qui assure la cohésion des hommes entre eux,

¹⁷ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, ch. 8, 1132 b 33, trad. J. Tricot, Vrin, Paris 2007, p. 257. Dans la note 1 de cette page, le traducteur précise ainsi ce que signifie « et pas selon l'égalité » : il s'agit de « la réciprocité considérée non pas comme une simple réaction identique à l'action... ». Il montre ainsi qu'il ne faut pas du tout identifier la présente distinction avec celle qu'il a faite plus haut entre l'égalité dans les situations de distribution (une égalité entre des proportions, des rapports) et l'égalité dans les situations d'interaction (une égalité entre deux quantités en valeur absolue). C'est pour éviter cette confusion que nous suggérons de traduire par « réciprocité selon l'analogie » et pas par « réciprocité proportionnelle ». Il ne s'agit pas d'une vraie réciprocité, d'une réciprocité « selon l'égalité » (œil pour œil, dent pour dent, etc.).

¹⁸ C'est la traduction de Tricot, p. 257. Bodéüs traduit en disant qu'elle « se maintient » (p. 112). Le mot grec est bien reflété par ces deux traductions : il renvoie seulement, en effet, à un minimum, mais un minimum qui est une condition *sine qua non*. Dire que la réciprocité selon l'analogie est le « ciment » de la communauté nationale irait trop loin, si l'on entend par là que c'est ce qui unit les gens en communauté politique. Ce qui les unit en communauté politique, c'est la mise en commun d'une constitution, c'est-à-dire d'une certaine justice, pas la réciprocité selon l'analogie, qui existe dans les échanges, qui se font avant tout en fonction des *besoins*, y compris entre cités, au niveau international.

réciprocité toutefois selon l'analogie... »¹⁹. On n'expliquera pas ici les développements très riches d'Aristote sur l'échange de biens et de services, sur le besoin (qui en est l'origine), sur la monnaie, etc. Relevons simplement qu'Adam Smith explique bien ce qu'est cette réciprocité selon l'analogie d'Aristote lorsqu'il parle de cette « propension de la nature humaine à troquer, trafiquer, échanger *une chose pour une autre* »²⁰. L'élément important, c'est échanger une chose « pour une autre », expression qui exclut l'idée que ce qui viendrait en retour ce serait une chose égale (un œil pour un œil) ! On est donc loin de l'idée de rendre la pareille « selon l'égalité ». Relevons en outre qu'il s'agit d'une réciprocité dans un domaine où les êtres humains rentrent en contact en raison de l'utilité immédiate, donc « un concept de relations mutuelles qui ne nécessitent pas l'engagement amical » (il faut faire cette distinction, parce que, comme on le verra, il y a une réciprocité d'une autre sorte dans l'amitié)²¹. La réflexion sur le domaine des relations mutuelles dans l'échange de biens et de services sera approfondie par l'économie politique classique. Comme le note pertinemment Sandro Cattacin lorsqu'il caractérise ces développements de la pensée aristotélicienne par l'économie politique classique, « la théorie de l'échange d'Adam Smith, fondée sur ces présupposés anthropologiques, surmonte la distinction des contractualistes entre état de nature et état social »²². Relevons en outre qu'en posant la question de savoir comment un paysan et un cordonnier peuvent échanger leur production, Aristote introduit la nécessité de calculer la valeur de leurs activités respectives. La réciprocité selon l'analogie existe quand des choses différentes sont mises en rapport les unes avec les autres selon leurs valeurs, si l'échange trouve un accord entre les partenaires. Ricardo apportera en 1817 la « compréhension qui permet de définir la valeur d'échange des biens en partant du travail inhérent aux biens, mais aussi des investissements dans la production de ces biens et de leur rareté »²³. Marx va développer ses analyses en économie politique sur ces bases²⁴.

Avec la réciprocité selon l'analogie que l'on vient de décrire, on est donc loin d'une justice qui revient à la loi du talion : œil pour œil, dent pour dent. On est aussi loin de la réciprocité consistant à rendre la pareille quand il s'agit d'une chose positive : non pas un œil crevé pour un œil crevé, mais une invitation pour une invitation, un cadeau pour un cadeau, ou bien aussi la réciprocité caractérisant le contrat social selon Hobbes : « que ce soit la volonté de chacun, si c'est également celle de tous les autres..., d'abandonner ce droit sur toutes choses [y compris sur le corps des autres], et qu'il soit satisfait de disposer d'autant de

¹⁹ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, ch. 8, 1132 b 32-34, trad. J. Tricot, Vrin, Paris 2007, pp. 256-257.

²⁰ Adam Smith, *Wealth of Nations*, Oxford University Press, Oxford 1993, p. 21, cité en français par Sandro Cattacin, *Réciprocité et échange*, Revue internationale de l'économie sociale (79), janvier 2001, pp. 71-82, p. 72 (c'est nous qui mettons en évidence).

²¹ Sandro Cattacin, *Réciprocité et échange*, Revue internationale de l'économie sociale (79), janvier 2001, p. 72.

²² *Idem*.

²³ *Ibid.*, pp. 72-73.

²⁴ Voir les explications de Cattacin sur les analyses de Marx, et leur lien avec celle de Ricardo et d'Aristote, p. 73 et suivantes.

liberté à l'égard des autres que les autres en disposent à l'égard de lui-même »²⁵. Dans tous ces cas, il s'agit de rendre la pareille « selon l'égalité ».

C'est quelque chose qui pose problème pour Aristote, sauf dans l'amitié. Pour comprendre pourquoi, examinons donc cette « justice » qui consiste à rendre la pareille « selon l'égalité ». Il faut recourir au théâtre tragique pour saisir aujourd'hui en quoi cela consiste quand il s'agit de violences, volontaires ou non. C'est le mécanisme de rendre la pareille qu'explorent et que critique la trilogie d'Eschyle, l'*Orestie*. Tout se passe dans une famille composée de deux parents, Agamemnon et Clytemnestre, et de deux enfants, Oreste et Iphigénie. Le fils (Oreste) a tué sa mère (Clytemnestre), après que celle-ci ait tué son mari (Agamemnon), après que celui-ci ait tué sa fille (Iphigénie), en la sacrifiant sur un autel, alors qu'il est en route vers Troie à la tête de l'armée des Grecs. Comme on le voit, il s'agit d'une réciprocité qui suppose l'inversion de l'action, ou la quasi-inversion quand l'action est un meurtre et que la victime de la première action n'est plus elle-même là pour *faire subir ce qu'elle a subi*. Comme le dit le chœur dans *Les Choéphores*, la deuxième pièce de la trilogie d'Eschyle, « nos pères nous ont rapporté des temps anciens un très vieux proverbe : que celui qui a fait, subisse (δράσαντι παθεῖν) »²⁶ ! Au centre de la première pièce, il y a Agamemnon qui doit payer le meurtre de sa fille en mourant à son tour de la main de sa femme ; au centre de la deuxième, il y a Clytemnestre qui doit payer le meurtre de son mari en mourant à son tour, de la main de son fils.

C'est cela qu'Aristote rejette fermement en repoussant l'idée pythagoricienne que ce soit « le fait rendre la pareille selon l'égalité », dans la paix (invitation pour invitation, cadeau pour cadeau) comme dans la violence (meurtre pour meurtre, œil pour œil, dent pour dent, etc.), donc la réciprocité au sens strict du terme, qui définisse sans plus la justice. C'est pourtant cette approche pythagoricienne que reprend la tradition de pensée moderne du contrat social, en faisant tout dépendre de la notion d'un état de nature ou d'une position originelle hypothétique (Rawls reconnaît que « la position originelle d'égalité correspond à l'état de nature dans la théorie traditionnelle du contrat social »²⁷). Même Kant reprend le concept d'une réciprocité définissant l'absolument juste, dans la paix comme dans la guerre : selon Kant, les hommes, tant que « ce qui vaut pour l'un vaut aussi réciproquement pour l'autre »²⁸, « ne commettent *les uns envers les autres* aucune

²⁵ Thomas Hobbes, *Léviathan*, trad. par Gérard Mairet, Folio essais, Gallimard, Paris 2000, chapitre XIV, p. 232 (cité : *Léviathan*). Selon Rawls, la conception du contrat social de Hobbes « pose des problèmes particuliers » (John Rawls, *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Le Seuil, Paris 1987, p. 79). Visait-il chez Hobbes cette réciprocité stricte, consistant à rendre la pareille selon l'égalité, comme dans la loi du talion ? Visait-il plutôt le fait que chez Hobbes la théorie du contrat social tend à être « une théorie générale des obligations sociales et politiques », ce que Rawls estime être excessif (*Justice as Reciprocity* (1970), in : S. Freeman (édit.), *Collected Papers*, Harvard University Press 1999, pp. 190-224, p. 223). Voir la direction différente dans laquelle va l'interprétation de Luc Foisneau (*Que reste-t-il de l'état de nature de Hobbes derrière le voile d'ignorance de Rawls*, Les Etudes philosophiques 2006/4 (n. 79), pp. 439-460).

²⁶ Eschyle, *Les Choéphores*, ligne 313. Il n'y a pas de bonne traduction en français, et la moins mauvaise est celle de La porte du Theil dans sa traduction de 1795 : « un coup à celui qui frappe ». La traduction de Leconte de L'Isle est : « Qu'il subisse le crime, celui qui a commis le crime ! ».

²⁷ John Rawls, *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Le Seuil, Paris 1987, p. 38.

²⁸ Kant, *Métaphysique des mœurs*, vol. II, GF Flammarion, trad. A. Renaut, Paris 1994, section 42, p. 121.

injustice »²⁹, si violemment qu'ils se combattent et s'agressent mutuellement, chacun commettant à sa guise les actes qu'il estime nécessaires³⁰ ! « Tel est le droit [que chacun a] », dit Kant en latin³¹, « dans l'état de nature »³². Simplement, pour Kant, si l'on passe « dans un état juridique (*in einen rechtlichen Zustand*) »³³, c'est-à-dire dans un état qui permet « d'associer la contrainte générale réciproque à la liberté de chacun »³⁴, ce qui va dominer, « par opposition à la violence (*violentia*) »³⁵, c'est « la loi d'une contrainte réciproque s'accordant ... avec la liberté de chacun sous le principe de la liberté universelle »³⁶. On examinera attentivement cette conception plus loin.

Dans la dernière pièce de la trilogie, *Les Euménides*, qui est consacré à la situation d'Oreste, le dernier dans la chaîne des meurtriers (il n'a pas encore reçu la pareille selon l'égalité), la question se pose de savoir comment sortir du cercle infernal de la réciprocité. La pièce répond que c'est par le discernement d'un tribunal (l'Aréopage, le grand tribunal d'Athènes), par une appréciation sur ce qui s'est passé, par un jugement (de valeur) des juges sur la situation en cause et sur la culpabilité d'Oreste, par une décision judiciaire sur la peine qu'il mérite. Suivant les paroles qu'Eschyle met dans la bouche d'Athéna, il s'agit pour ce tribunal de « trancher cette affaire vraiment »³⁷. On passe donc à un tout un autre monde que celui dans lequel la justice est dominée par l'idée de réciprocité : on passe à un monde dans lequel le traitement de l'affaire se fait par le jugement de tiers non impliqués sur ce qui s'est passé, au terme d'une enquête complète, une décision qui exige donc préalablement, comme le dit le Tribunal fédéral en Suisse, d'« apprécier de façon objective tous les éléments pertinents [de l'affaire à trancher] et [de] rechercher la solution adéquate aux circonstances spéciales du cas particulier »³⁸.

Amartya Sen, qui plaide pour une « *logic of the understanding* » s'agissant du droit et de la justice, comme le font *Les Euménides* d'Eschyle selon ce qu'on vient d'expliquer, pose la question centrale pour les philosophies qui vont dans ce sens et considèrent que la justice ne se laisse pas définir sans reste par l'idée de réciprocité : « En quoi un diagnostic d'injustice, ou bien le repérage de ce qui la réduirait ou l'éliminerait, peut-il être objectif ? »³⁹. Sen fait expressément référence à une « *logic of the understanding* » en citant un mot un peu obscur de Wittgenstein : « Je travaille avec acharnement, j'aimerais être meilleur et plus

²⁹ *Idem*.

³⁰ Kant cite une expression latine qui signifie « que les parties en disposent comme elles jugent », *ibid.*, p. 122, traduite sous note 70, p. 384.

³¹ « *Ita jus est* », *ibid.*, p. 122 (notre traduction : nous pensons en effet que Kant comprenait le terme « *jus* » dans le sens de droit subjectif, de *right*, précisé par Hobbes dans le *Léviathan*, comme on va le voir plus loin).

³² *Ibid.*, p. 121.

³³ *Idem*.

³⁴ *Ibid.*, p. 19.

³⁵ *Ibid.*, p. 121.

³⁶ *Ibid.*, p. 20.

³⁷ Eschyle, *Les Euménides*, ligne 488 : « διαρεῖν τοῦτο πρᾶγμα ἐτητύως ». Herbert Weir Smyth traduit par « to decide this matter truly », ou même, dans une version antérieure, « to decide this issue in accordance with the truth » (voir les œuvres d'Eschyle publiées par Harvard University Press, vol. II, Londres 1926, p. 319).

³⁸ Arrêt du Tribunal fédéral du 17.09.1975, ATF 101 Ia 545, consid. 2.d, p. 550.

³⁹ Amartya Sen, *L'idée de justice*, trad. P. Chelma, Paris 2009, p. 13.

intelligent »⁴⁰. Sen se demande quel peut bien être le sens de cette remarque, et il examine plusieurs possibilités, ce qui lui permet d'arriver à la question suivante : « En quoi plus d'intelligence va-t-il dans le sens de rendre le monde meilleur ? »⁴¹. Sen indique que si c'est bien ce qu'entendait suggérer Wittgenstein, « il se situait, sur ce point important, au sein de la puissante tradition européenne des Lumières, qui voient la raison comme une grande alliée dans l'effort d'amélioration des sociétés. Le progrès social par l'argumentation systématique..., l'importance primordiale [donnée] au rôle du raisonnement dans les choix... »⁴². C'est là aussi la direction indiquée par la troisième pièce de la trilogie d'Eschyle. Certes, cela ne réussit pas toujours, mais les échecs au niveau de la « *logic of the understanding* » sont eux-mêmes significatifs, comme le montre la pièce d'Eschyle (aucune majorité ne s'est dégagée parmi les juges pour la culpabilité d'Oreste). Ce n'est donc pas un moyen infaillible, mais il n'y en a pas d'autre pour être aussi objectif que possible. Selon Sen, « ce qui pousse ... à recourir à la raison pour porter des jugements éthiques, c'est, je crois, l'exigence d'objectivité, dans la mesure où elle requiert une certaine discipline de raisonnement »⁴³. Sen précise que l'objectivité dont il parle – elle n'a rien à voir avec l'objectivité définie par le criticisme kantien, dont on parlera plus loin – ne tient pas non plus à des objets éthiques existant en soi au niveau ontologique, auxquels il faudrait que le jugement éthique se conforme. Pour montrer qu'imaginer une telle chose irait dans la mauvaise direction, il cite Hilary Putnam, qui soutient ce qui suit pour les mathématiques, et propose d'appliquer la même approche dans les domaines éthique et juridique : « la tentative de fournir une explication ontologique de l'objectivité des mathématiques m'apparaît, en fait, comme un effort pour donner des raisons qui ne font pas partie des mathématiques à la vérité des énoncés mathématiques »⁴⁴. On reviendra sur ces questions plus loin.

3 - Il y a des situations d'interaction qui ne laissent aucune place à la réciprocité

Certaines situations d'interaction ne laissent aucune place à la réciprocité. Il y a en effet des situations d'interaction dans lesquelles existent entre une partie et l'autre une *asymétrie complète* (quant au pouvoir, au savoir, à la situation dans le déroulement du temps ou à tout autre facteur). On peut penser à l'asymétrie dans l'interaction entre parents et enfants, entre passagers d'un bateau et capitaine, entre guide de montagne et les gens qui font partie de la cordée menée par ce guide, entre médecin et patient, entre autorités politiques et les gens qui habitent le pays en question, entre générations actuelles et générations futures.

Amartya Sen, après Aristote⁴⁵, a analysé le juste en cause dans ce type de situation. C'est quelque chose de fondamental en philosophie politique. C'est par exemple ce type de juste qu'a utilisé le mémoire contre Charles 1^{er} au 17^e siècle

⁴⁰ *Ibid.*, p. 57.

⁴¹ *Ibid.*, p. 60.

⁴² *Ibid.*, pp. 60-62.

⁴³ *Ibid.*, pp. 67-68.

⁴⁴ Hilary Putnam, *Ethics without Ontology*, Harvard University Press, Cambridge 2004, p. 3.

⁴⁵ Aristote l'a examiné en lien avec la question du pouvoir politique, après avoir indiqué qu'il faut établir « combien il y a de sortes de pouvoir concernant l'être humain et la communauté dans laquelle il vit » (*Les politiques*, Livre III, chap. 6, 1278 b 17, trad. P. Pellgrin, GF Flammarion, Paris 2015, p. 239), Aristote mentionne notamment « le pouvoir qu'on a sur ses enfants », celui du médecin sur ses malades, celui du maître de gymnastique sur ses élèves, celui du pilote sur les passagers (*ibid.*, p. 240).

en Angleterre, en affirmant que le roi était « *by his trust, oath and office, [...] obliged to use the power committed to him for the good and benefit of the people* », et il a été suivi par le tribunal, qui a condamné le roi à mort⁴⁶. C'est ce juste-là qui est aussi au centre du procès de Nuremberg contre les 24 principaux responsables du Troisième Reich, donc à la base aussi bien du Statut du Tribunal militaire international que de la condamnation finale, pour ceux qui ont été condamnés. C'est un juste qu'on découvre, comme toujours, en recherchant ce qui est « matériellement justifié (*sachgerecht*) » dans la situation en cause, compte tenu des caractéristiques objectives de cette situation.

Il faut bien comprendre l'importance dans ces interactions-là, plus encore que dans celles qui relèvent de la réciprocité selon l'analogie, du discernement effectué par un tiers non impliqué, impartial. Voyons les remarquables explications d'Amartya Sen sur « les obligations unilatérales induites par l'asymétrie du pouvoir »⁴⁷, par exemple dans la situation de la mère qui prend conscience « qu'elle peut accomplir des choses qui ont un impact sur la vie de l'enfant et que l'enfant lui-même ne peut faire »⁴⁸. Suivant Sen, « la raison qu'a la mère d'aider l'enfant, selon ce mode de pensée, n'est pas à rechercher dans les récompenses de la coopération, mais justement dans la conscience qu'a la mère de cette asymétrie : ses actes feront une différence énorme pour la vie de l'enfant et celui-ci ne peut les effectuer lui-même ». Sen précise que ce n'est pas parce qu'une personne « a le pouvoir d'effectuer un changement dont elle remarque qu'il réduira l'injustice dans le monde »⁴⁹, qu'il y a pour cette personne « injonction à agir »⁵⁰, comme s'il y avait un mécanisme ou une procédure mystérieuse à l'œuvre là derrière. Mais, dit Sen, cette situation particulière (une action pouvant être librement entreprise est accessible à une personne, peut-être à peu de frais, et l'action créera une situation plus juste pour d'autres) va « offrir au raisonnement impartial [sur la justice] un important fondement qui dépasse largement la motivation du bénéfice mutuel »⁵¹. Bien que Sen ne parle pas de « *Sachüberlegungen* »⁵² ni de ce qui est « *sachlich begründet* »⁵³, il est manifeste que toute son approche de la raison pratique et du raisonnable relève d'une recherche de la solution adéquate à une situation marquée par une asymétrie⁵⁴.

4 - De la philosophie politique à la philosophie du droit et inversement

Il y a des passages qu'on peut emprunter et qui conduisent de l'une à l'autre. On peut découvrir un tel passage par exemple chez Hobbes : ce qui l'a conduit de la philosophie politique à une certaine philosophie du droit est manifeste.

⁴⁶ Geoffrey Robertson, *The Tyrannicide Brief. The Story of the Man who sent Charles I to the Scaffold*, London 2005, p. 147. Comme on parlera plus loin du rejet par Hobbes de toute la conception juridique et philosophique qui a abouti à la condamnation du roi, mentionnons ici que Hobbes avait déjà quitté l'Angleterre pour la France au moment de la condamnation du roi. Il l'a fait parce que sa vie était en danger en Angleterre, du fait de la publication par Hobbes de doctrines qui justifiaient *sans conditions* de l'absolutisme du souverain, et condamnaient toute intervention de tribunaux.

⁴⁷ Amartya Sen, *L'idée de justice*, trad. P. Chelma, Paris 2009, p. 257.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 256.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 255.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 256.

⁵¹ *Ibid.*, p. 257.

⁵² Voir *supra*, note 11.

⁵³ Voir *supra*, note 8.

⁵⁴ Voir *supra*, note 9.

C'est en effet pour des raisons notamment de philosophie politique que Thomas Hobbes s'est violemment opposé à la conception du droit qui a conduit à la condamnation du roi (il s'y est opposé avant même cette condamnation : les idées sur la justice présentée dans le *The Tyrannicide Brief* dont on a parlé plus haut servaient depuis longtemps de base intellectuelle pour les attaques contre la royauté). L'absolutisme du pouvoir qu'Hobbes défendait, excluait en effet toute conception du droit qui pouvait conduire à faire jouer au discernement des tribunaux un rôle central dans le système politique⁵⁵. La conception du droit implicite dans la solution proposée par *Les Euménides* pour sortir du cercle infernal de la réciprocité lui était tout aussi insupportable : un discernement par un tribunal impartial suppose non seulement un système politique qui permet l'existence d'une institution telle qu'un tribunal indépendant, et la met en place résolument, mais aussi un système politique dans lequel une telle institution peut jouer un rôle décisif dans le fonctionnement du système politique. Rien de plus contraire à la philosophie politique de Hobbes ! Ce serait en effet mettre la justice à la place de cette « puissance illimitée du souverain », à la place de cet « *arbitrary power* [qu'il doit y avoir] in every state somewhere »⁵⁶.

La philosophie du droit à laquelle s'est opposé Hobbes, c'est la philosophie du droit pris au sens d'équité, de justice matérielle, celle qu'adopte le Tribunal fédéral de la Suisse quand il parle de la recherche de la solution adéquate aux circonstances spéciales du cas particulier ou aux caractéristiques de la situation générale en cause, une philosophie qu'Aristote développe dans les premiers chapitres du Livre V de l'*Ethique à Nicomaque* (les questions de réciprocité dont on a parlé plus haut sont traitées à partir du chapitre 8). Hobbes s'en débarrasse en fixant le sens des mots *droit*, *loi* et *liberté politique* dans le sens suivant (un sens contraire à celui retenu par la philosophie aristotélécienne et par le droit romain) : « bien que ceux qui écrivent sur ce sujet, dit-il, aient l'habitude de confondre *jus* et *lex* (droit (*right*) et loi), il est néanmoins nécessaire de les distinguer, parce que le droit (*right*) consiste en la liberté de faire ou de ne pas faire, alors que la loi détermine et contraint dans un sens ou dans un autre, en sorte que la loi et le droit diffèrent autant que l'obligation et la liberté, et se contredisent s'ils sont appliqués à un même objet »⁵⁷. Et Hobbes précise solennellement que « par liberté, conformément à la signification propre du mot, j'entends l'absence d'entraves extérieures (*the absence of externall Impediments*) [que pourraient représenter un pacte, une loi ou tout autre obligation] », et donc, à l'état de nature, « la liberté que chacun a d'user de sa propre puissance, comme il le veut lui-même », sans limite, arbitrairement⁵⁸. Hobbes a convaincu, puisque que cette

⁵⁵ Ce lien entre conception du droit et rôle des tribunaux est explicité par Aristote, qui identifie aller vers le droit (en ce sens) et aller vers le juge : selon *Ethique à Nicomaque*, Livre V, chap. 7, 1132 a 20, trad. Richard Bodéüs, coll. La Pléiade, Gallimard, Paris 2014, p. 110, « aller devant le juge, c'est se rendre à ce qui est juste (τὸ δ' ἐπὶ τὸν δικαστὴν ἵέναι ἰέναι ἐστὶν ἐπὶ τὸ δίκαιον) ».

⁵⁶ Cf. la description de l'opposition des Américains à la conception anglaise des choses, c'est-à-dire hobbesienne, in : Henri Torriente, Philosophie des droits de l'homme et républicanisme. Une autre perspective que le libéralisme sur les origines intellectuelles des déclarations de droit, in : Jean-Baptiste Zufferey / Jacques Dubey / Adriano Previtali (édit.), *L'homme et son droit, Mélanges en l'honneur de Marco Borghi*, Schulthess, Zurich 2011, pp. 561–590.

⁵⁷ Thomas Hobbes, *Léviathan*, chap. 14, pp. 230–231.

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 229–230. « Car là où la liberté cesse, là commence l'obligation (for where liberty ceaseth, there beginneth obligation) », dit Hobbes (*Les éléments du droit naturel et politique*, trad. L. Roux, édition L'Hermès, Lyon 1977, p. 208).

détermination anti-aristotélicienne de la justice et du droit s'est imposée à toute la tradition de pensée du contrat social, y compris chez Kant, Rawls et les autres partisans du transcendantalisme institutionnel, comme un point de départ non analysée. Par exemple, à la base de l'affirmation de Rawls selon laquelle « *liberty can be restricted only for the sake of liberty* »⁵⁹, il y a l'idée hobbesienne que la liberté est fondamentalement l'absence de toute interférence avec ce que l'on a la volonté de faire même arbitrairement, l'absence d'entraves extérieures, notamment l'absence de toute loi (toute loi est conçue, dans cette perspective, comme en soi contraire à la liberté).

On vient d'indiquer qu'Aristote développe dans l'*Ethique à Nicomaque* une philosophie du droit au sens de justice matérielle, et pas au sens de liberté de faire ou de ne pas faire. C'est ce concept de droit et de justice qu'il met au centre des constitutions politiques, passant ainsi de la philosophie du droit à la philosophie politique. Pour comprendre comment Aristote a abordé la conception du droit qui est à la base de sa philosophie politique, il faut d'abord noter qu'il n'a pas laissé, « contrairement à d'autres philosophes anciens, [...] d'ouvrages consacrés aux lois, des *Nomoi* ou un *De legibus* ». Cette constatation de Pierre Aubenque, au début de son article sur *La loi selon Aristote*⁶⁰, l'on n'en comprend toute la portée que si l'on précise simultanément qu'Aristote nous a en revanche laissé un traité consacré au droit compris comme équité, comme justice matérielle, ainsi qu'à la capacité qu'a l'esprit humain de le discerner dans un jugement d'appréciation porté sur le cas à trancher, au terme d'un débat contradictoire. Pour désigner ce type de droit, Aristote utilise le mot « τὸ ἴσον (le matériellement égal) », qu'il distingue de ce qu'il appelle « τὸ νόμιμον (le normatif) »⁶¹. Nous avons expliqué ailleurs les analyses d'Aristote à ce sujet⁶², et nous nous contentons de rappeler ici qu'André de Muralt décrit ce qu'Aristote entend par « τὸ ἴσον » de la façon suivante : il s'agit du « fait réel d'une relation juste entre les hommes agissant en société »⁶³, quelque chose qui est « reconnu inductivement comme tel par l'expérience contrôlée, rectifiée, affinée des hommes au fil de leur histoire »⁶⁴.

Cette conception du *droit* conduit Aristote à une conception modeste de la *loi* (y compris la constitution), très différente de celle qu'Hobbes développera : ce n'est que la formulation de la bonne solution selon le jugement d'appréciation auquel le législateur (y compris le constituant) s'est arrêté, au terme d'une

⁵⁹ Voir Philip Pettit, *Républicanisme : Une théorie de la liberté et du gouvernement*, traduit de l'anglais par Patrick Savidan et Jean-Fabien Spitz, Paris 2004, p. 74. L'auteur cite cette expression de John Rawls en relevant que Rawls adopte ainsi implicitement, comme tous les libéraux, une conception de la liberté et de la loi dans le prolongement de celle de Hobbes.

⁶⁰ Pierre Aubenque, *Problèmes aristotéliens, II. Philosophie pratique*, Vrin, Paris 2011, 79.

⁶¹ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, chap. 2, 1129 a35 – 1129 b 1, trad. par J. Tricot, Vrin, Paris 2007, p. 233.

⁶² Henri Torriente, *Républicanisme et philosophie aristotélicienne du droit vs. libéralisme et philosophie hobbesienne du droit*, in : La propriété et ses limites, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beihefte 154, Franz Steiner Verlag, Stuttgart 2017, pp. 173-223, en particulier pp. 202-206.

⁶³ André de Muralt, *L'Enjeu de la philosophie médiévale. Etudes thomistes, scotistes, occamiennes et grégoriennes*, Leiden – New York – Köln 1991 (cité : André de Muralt, *L'Enjeu de la philosophie médiévale*), p. 12. André de Muralt, par ces expressions, interprète non seulement Aristote, mais aussi Thomas d'Aquin, quand il dit que le mot « droit (jus) » signifie d'abord « *ipsam rem justam* (la chose juste elle-même) » (Somme théologique, II-II, question 57, article 1).

⁶⁴ André de Muralt, *L'unité de la philosophie politique. De Scot, Occam et Suarez au libéralisme contemporain*, Paris 2002 (cité : André de Muralt, *L'unité de la philosophie politique*), p. 87.

démarche analogue à celle du juge, à propos de la situation qu'il a considérée. « Par rapport à Platon, [...] on peut dire qu'Aristote désacralise le domaine de la loi », remarque Pierre Aubenque⁶⁵, et contribue ainsi, avec les sophistes, à ce qui constitue, à mon avis, un apport essentiel des lumières grecques : les lois (y compris les constitutions) sont « œuvres de la politique (τῆς πολιτικῆς ἔργοις) »⁶⁶. La loi (la constitution) n'est pas révélée⁶⁷ ni engendrée par un mécanisme comme le contrat social. Garante de l'ordre social, elle n'a point de garant dont elle puisse se réclamer, autre que la justesse de la solution à laquelle la délibération politique ou constitutionnelle a conduit l'auteur du texte⁶⁸. Tout dépend dans les matières juridiques traitées par le Code civil (mais aussi dans celles traitées par la constitution) de la qualité du discernement du législateur ou du constituant sur ce qui est matériellement juste dans la situation visée par la disposition en question. Aubenque souligne bien qu'« Aristote s'oppose à tout déplacement métaphorique de la notion politique de loi », notamment à toute « métaphore cosmo-politique », comme l'on en trouve dans certains textes platoniciens, et chez les stoïciens, qui « seront les premiers à parler d'une *lex naturae* »⁶⁹.

Après le *droit* et la *loi*, venons-en à la conception aristotélicienne de la *liberté politique*, le troisième terme défini par Hobbes dans le texte cité plus haut. Alors que pour Hobbes la liberté (notamment au niveau politique) est « l'absence d'entraves extérieures », pour le courant auquel Hobbes s'oppose, elle est l'absence non pas de toute interférences extérieures, mais seulement des interférences arbitraires. Il y a en effet deux conceptions de la liberté au niveau politique, comme l'a expliqué Philip Pettit dans son ouvrage sur le républicanisme⁷⁰ : l'une est défendue par le libéralisme, et l'autre par le républicanisme. Pour le républicanisme, c'est évident qu'il peut y avoir interférence sans qu'il y ait nécessairement dépendance et domination : seules posent problème, en effet, dit Pettit, les interférences arbitraires, celles qui ne sont pas « soumises à contrôle et destinées à servir le bien commun »⁷¹. De plus, pour ce courant, il peut y avoir dépendance et domination même en l'absence de toute interférence ou entrave : il suffit de penser à l'hypothèse d'un pouvoir absolu, qui n'interfère pas actuellement, mais peut le faire à tout moment.

Avant d'aborder la conception moderne et contemporaine du contrat social, qui reprend d'une nouvelle manière l'idée pythagoricienne que « c'est la réciprocité qui constitue sans plus la justice », voyons encore, chez Aristote, la place donnée à la réciprocité dans l'amitié.

⁶⁵ Pierre Aubenque, *Problèmes aristotéliens, II. Philosophie pratique*, Vrin, Paris 2011, p. 83.

⁶⁶ *Ibid.*, 81, où Pierre Aubenque cite l'*Ethique à Nicomaque*, X.10, 1181a23.

⁶⁷ *Ibid.*, 81, où Pierre Aubenque renvoie à Jacqueline de Romilly, qui relève la différence avec la loi juive.

⁶⁸ «[L]a loi ou même la législation en général ne possèdent pas en elles-mêmes leur propre justification, mais [...] il faut la chercher plus haut dans une délibération qui relève de la [...] politique » (*ibid.*, 81–82).

⁶⁹ Pierre Aubenque, *Problèmes aristotéliens, II. Philosophie pratique*, Vrin, Paris 2011, p. 82.

⁷⁰ Philip Pettit, *Républicanisme : Une théorie de la liberté et du gouvernement*, traduit de l'anglais par Patrick Savidan et Jean-Fabien Spitz, Paris 2004.

⁷¹ *Ibid.*, p. 11.

B - Réciprocité et amitié

1 - Introduction

Si la réciprocité au sens de rendre la pareille selon l'égalité n'a pas de place en matière de justice pour Aristote, elle joue en revanche un rôle constitutif en matière d'amitié, sauf qu'à ce niveau, dans l'amitié véritable, il n'y a plus de commensurabilité entre ce que fait l'un et ce que fait l'autre. Il ne s'agit pas à ce niveau de cette forme de commensurabilité stricte qui se réalise par l'inversion de l'action, par l'action à l'identique en sens inverse (une dent pour une dent, un œil pour un œil, une vie pour une vie, un repas pour un repas, un cadeau pour un cadeau, etc.), que les Pythagoriciens, Hobbes et Kant mettent au centre de la justice, au point de l'identifier à elle. Il ne s'agit pas non plus de la réciprocité selon l'analogie, qui existe dans les échanges entre un constructeur de maison et un fabricant de chaussure, par exemple, à travers l'échange de leurs produits et services, qui est une réciprocité qui suppose une commensurabilité entre une prestation et l'autre, entre un bien et l'autre, bien que ces prestations ou biens qui font l'objet de l'échange ou de la vente soient autres, différents (une maison, d'un côté, des chaussures, de l'autre).

Les êtres humains sont reliés non seulement par l'intérêt et les échanges de biens et de services, mais aussi par l'amitié. La thèse d'Aristote va très loin, s'agissant du caractère central dans la vie humaine de la relation d'amitié entre proches, qui se traduit par le désir de vivre ensemble, et la mise en œuvre de ce désir par les gens, dans leur vie concrète, selon les choix qu'ils font : même s'il n'y avait aucune utilité en jeu entre eux, soutient Aristote, c'est un fait avéré qu'ils choisiraient malgré tout de vivre ensemble⁷², et ce choix de vivre ensemble pour simplement être ensemble, sans plus, est, selon Aristote une caractéristique de l'amitié⁷³. Après avoir cité un vers d'Homère (« quand deux vont de compagnie... »), Aristote souligne que l'amitié rend notamment les personnes « plus capables de penser et d'agir »⁷⁴, c'est-à-dire plus capables d'exercer et de vivre dans leur plénitude ces activités immanentes.

2 - La structure de l'amitié avec ses trois éléments constitutifs

On va voir comment intervient la réciprocité dans le contexte de rapports entre personnes proches, au sein de la famille et aussi indépendamment de toute relation familiale. Le souci principal d'Aristote en traitant philosophiquement de l'amitié et, comme on le verra, en parlant de réciprocité véritable à ce niveau, est de découvrir la structure de l'amitié⁷⁵. C'est à partir de Livre VIII de l'*Ethique à Nicomaque* qu'il aborde le sujet, comme il l'indique au début de ce livre en disant qu'il va maintenant « passer à la discussion sur l'amitié ».

⁷² Aristote, *Les politiques*, Livre III, chap. 6, 1278 b 20, trad. P. Pellgrin, GF Flammarion, Paris 2015, p. 239.

⁷³ *Ibid.*, III.9, 1280 b 38-39, p. 250.

⁷⁴ Aristote, *Ethique à Nicomaque (Eth. Nic.)*, Livre VIII, chap. 1, 1155 a 16, trad. par J. Tricot, Vrin, Paris 2007, p. 410.

⁷⁵ Marie-Dominique Philippe, *Introduction à la philosophie d'Aristote*, Editions Universitaires, Fribourg 1991, p. 69.

En quoi consiste la structure de l'amitié ? Aristote va d'abord souligner le caractère désintéressé de l'amitié véritable. L'ami est aimé pour lui-même, et non parce qu'on peut en retirer quelque chose, parce qu'on a un intérêt, parce qu'on recherche un avantage. Pour lui-même, c'est-à-dire en raison de ce qu'il est, donc aimé de cette manière désintéressée qu'adoptent « ceux qui veulent du bien ... à leurs amis pour leurs amis eux-mêmes », ⁷⁶ « ceux qui souhaitent que leur ami existe et vive, pour l'amour de leur ami même (c'est précisément ce que ressentent les mères à l'égard de leurs enfants) ». ⁷⁷ Dans l'amitié véritable, il s'agit donc de ce qu'Aristote appelle un amour « de bienveillance ». C'est là caractériser cet amour par sa fin ou cause (« non pas telle ou telle qualité ..., mais l'homme lui-même comme bien »), une fin qui est manifestement d'un autre ordre que fin des activités transitives, qui est une production, une œuvre. C'est d'ailleurs ce qu'est cette fin, quand il s'agit d'amitié, qui explique la possibilité d'un amour désintéressé : on ne peut aimer d'une manière désintéressée qu'un certain bien absolu. Montaigne ne pouvait dire que d'un être humain ce qu'il disait de la Béotie (« parce que c'était lui... » ⁷⁸). Cet amour dont parle Montaigne, est, dit Marie-Dominique Philippe, « essentiellement le fruit de ce qu'il y a de plus spirituel dans l'homme ; il provient de son vouloir déterminé, d'un désir qui naît en lui grâce à la présence d'un bien spirituel : la bonté même d'une [autre] personne humaine » ⁷⁹. Selon Montaigne, qui parle maintenant de l'opération humaine elle-même de la personne qui aime, non plus de la cause de l'amitié (« parce que c'était lui... »), « notre liberté volontaire n'a point de production qui soit plus proprement sienne que l'affection et l'amitié » ⁸⁰.

Comme le dit Marie-Dominique Philippe, « si ce désintéressement dans l'amour est le premier caractère essentiel de l'amour d'amitié, il n'est pas cependant son caractère distinctif et spécifique ». Ce qui caractérise vraiment l'amour d'amitié, et fait qu'il est si rare, c'est la réciprocité dans l'amour de bienveillance. En effet, l'amitié c'est, dit Aristote, « une bienveillance dans la réciprocité » ⁸¹. Il s'agit cependant à la base plutôt d'une réciprocité dans une passivité que dans une activité : on pâtit sous l'effet de cette fin d'un autre ordre qu'est l'autre personne, et cela réciproquement. On voit le caractère exceptionnel de cette réciprocité.

Il y a un dernier élément dans la structure de l'amitié : comme le dit Aristote, « ne faut-il pas ajouter : [une bienveillance mutuelle] qui ne demeure pas

⁷⁶ *Eth. Nic.* IX.4, 1166 a 3-4, trad. Tricot, p. 443: « τὸν βουλόμενον ... τὰγαθὰ ... ἐκείνου ἔνεκα ».

⁷⁷ *Eth. Nic.* IX.4, 1166 a 4-5, trad. Tricot, p. 443: « τὸν βουλόμενον εἶναι καὶ ζῆν τὸν φίλον αὐτοῦ χάριν: ὅπερ αἱ μητέρες πρὸς τὰ τέκνα πεπόνθασι ».

⁷⁸ « Si on me presse de dire pourquoy je l'aymois, je sens que cela ne se peut exprimer, qu'en respondant : Par ce que c'estoit luy ; par ce que c'estoit moy. » (*Essais*, I, éd. P. Villey et V.-L. Saulnier, Gallimard, Paris 1962, p. 188).

⁷⁹ Marie-Dominique Philippe, *Introduction à la philosophie d'Aristote*, Editions Universitaires, Fribourg 1991, p. 70.

⁸⁰ *Essais*, I, éd. P. Villey et V.-L. Saulnier, Gallimard, Paris 1962, p. 185.

⁸¹ *Eth. Nic.* Livre IX, ch. 2, 1155 b 33-34, trad. Tricot, p. 415 (nous modifions la traduction : le grec dit « εὖνοιαν γὰρ ἐν ἀντιπεπονθόσι φιλίαν εἶναι », soit « car une bienveillance dans la réciprocité c'est l'amitié »).

cachée ? »⁸² ; ces deux amours de bienveillance ne se nouent en amitié, en effet, que par la lucidité et la conscience⁸³.

3 - Les différentes formes d'amitié

Aristote distingue différentes formes d'amitié, qui sont toutes caractérisées par la mutualité de la relation :

- une amitié lorsque chacun veut réellement pour l'autre une certaine part de l'avantage commun que permet, par exemple, une démarche ou une entreprise commune ; Aristote relève : « c'est d'ailleurs aussi du côté de ces amitiés-là qu'on place celle qui relève de l'hospitalité » (rendre une invitation pour une invitation, un service pour un service)⁸⁴ ;

- une amitié lorsque chacun veut réellement pour l'autre le plaisir partagé que représente, par exemple, la participation à une manifestation commune, telle une activité sportive ou une fête, par exemple une fête de famille, ou bien un repas ;

- une amitié lorsque chacun veut réellement pour l'autre, pour l'amour de l'autre exclusivement (« parce que c'était lui... », disait Montagne en parlant de la Béotie), qu'il existe et vive, qu'il exerce en plénitude les activités relevant de la fin de la vie humaine.

II - La réciprocité, pierre de touche de la conformité au droit selon les conceptions contractualistes de la justice et du droit

La tradition de pensée du contrat social et la philosophie transcendantale de Kant⁸⁵ rejettent l'approche aristotélicienne de la réciprocité que l'on vient d'expliquer. Comme les Pythagoriciens que critiquait Aristote, ces courants modernes et contemporains veulent en effet définir la justice par la réciprocité. Pourquoi l'idée de réciprocité a-t-elle une telle force en matière de justice et de droit pour les Modernes ? Pourquoi est-elle au cœur de la conception que se fait le « transcendantalisme institutionnel » (Hobbes, Kant, Rawls, Habermas, Renault, Ferry, etc.) de la justice et du droit, comme le montre bien John Rawls dans un article intitulé *Justice as Reciprocity* ?

⁸² *Ibid.*, 1155 b 34-35, p. 415.

⁸³ Marie-Dominique Philippe, *Introduction à la philosophie d'Aristote*, Editions Universitaires, Fribourg 1991, p. 71.

⁸⁴ *Ethique à Nicomaque*, Livre IX, chap. 3, 1156 a 31, trad. Richard Bodéüs, coll. La Pléiade, Gallimard, Paris 2014, p. 183.

⁸⁵ Bien que nous mentionnions ici séparément Kant et la tradition de pensée du contrat social, nous n'allons pas tenir compte de cette distinction ni de la distinction entre les deux formes du néo-contractualisme contemporain, celle qui vient de Hobbes et celle qui remonte à Kant. Selon le point de vue que l'on va défendre, les deux courants ont le tort de considérer que, suivant les mots d'Aristote contre les Pythagoriciens, « c'est la réciprocité qui constitue sans plus la justice », et c'est ce qui leur est commun quand on les envisage du point de vue de cette critique, qui va nous retenir. Une partie importante de la différence entre les deux formes de contractualisme provient d'ailleurs du fait que la forme kantienne d'approche ne s'intéresse pas seulement à ce que ce courant appelle les « rapports extérieurs des hommes entre eux », mais aussi à la dimension interne, à la moralité pure. Partant de la critique d'Aristote contre les Pythagoriciens sur la question du droit, nous nous placerons dans ce qui suit exclusivement sur le plan des rapports extérieurs entre les hommes.

A - Une affirmation de Kant commentée par Rawls

La force de l'idée de réciprocité pour les Modernes trouve peut-être une explication si l'on part de cette remarque de Kant : « c'est la pierre de touche de la conformité au droit (*das ist der Probirstein der Rechtmäßigkeit*) » pour toute restriction à la liberté – Kant dit « pour toute loi publique (*eines jeden öffentlichen Gesetzes*) »⁸⁶.

Kant affirme cela, certes, non pas de la réciprocité mais de cette « Idée de la raison » qu'est le contrat social, ce contrat, dit Kant, « qu'on appelle *contractus originarius* ou pactum sociale », à propos duquel il précise, corrigeant Hobbes, que « [il] n'a absolument pas à être nécessairement présupposé comme un *fait* ..., c'est une simple Idée de la raison qui possède néanmoins sa réalité pratique indubitable »⁸⁷. Comme le note cependant Rawls, par ces mots Kant ne se réfère à rien d'autre qu'à « ces aspects de la tradition de pensée du contrat social, qui conceptualisent la justice comme de la réciprocité »⁸⁸. Suivant Rawls, qui analyse parfaitement les choses, c'est en raison de l'importance de l'idée de réciprocité que la notion de contrat social, « bien qu'inexacte si on la voit comme vérité historique, et bien qu'excessive si on en fait une théorie générale des obligations politiques et sociales, [...] exprime effectivement, bien comprise, une part essentielle du concept de justice »⁸⁹.

Ailleurs Kant parle non pas de « pierre de touche », mais, et cela revient au même, de « critère universel auquel on peut reconnaître en général aussi bien le juste que l'injuste (*justum et injustum*) »⁹⁰, et il voit ce critère dans le concept pur de droit qu'on atteint avec l'idée de « limitation réciproque des libertés »⁹¹, avec l'idée que « tout droit consiste simplement à limiter la liberté d'autrui à la condition qu'elle puisse coexister avec la mienne d'après une loi universelle »⁹², c'est-à-dire lorsque l'on interroge « la *forme* de la relation entre les arbitres présents des deux côtés..., en tant qu'ils sont considérés simplement comme *libres*, et cela pour savoir si l'action de l'un des deux se laisse concilier avec la liberté de l'autre selon une loi universelle »⁹³. On le voit, le concept pur de droit, critère du juste et de l'injuste, tient à une certaine réciprocité dans la relation entre deux arbitres, s'agissant de l'action externe de l'un aussi bien que de celle de l'autre, plus précisément, s'agissant du rapport de l'action externe de l'un avec la

⁸⁶ *Théorie et pratique et autres textes*, trad. Fr. Proust, GF-Flammarion, Paris 1994, p. 73 (cité : Kant, *Théorie et pratique*).

⁸⁷ *Ibid.*, p. 73.

⁸⁸ John Rawls, *Justice as Reciprocity* (1970), in : S. Freeman (édit.) *Collected Papers*, Harvard University Press 1999, pp. 190-224, p. 192 (cite : John Rawls, *Justice as Reciprocity*).

⁸⁹ *Ibid.*, p. 223. Rawls cite Kant en note 27, précisant que « Kant a eu raison d'interpréter le contrat originaire comme un principe éthique applicable à la situation sociale, indépendamment de toute considération historique sur les origines ».

⁹⁰ Kant, *Métaphysique des mœurs*, vol. II, Introduction à la doctrine du droit § B, trad. A. Renaut, GF Flammarion, Paris 1994, p. 16 (cité : Kant, *Métaphysique des mœurs II*).

⁹¹ Expression utilisée par Alain Renaut dans sa présentation de *Métaphysique des mœurs*, vol. I, GF Flammarion, Paris 1994, p. 35 (cité : Kant, *Métaphysique des mœurs I*). A. Renaut explique que Kant « cherche la pierre de touche du droit, dans une notion méta-positive (en même temps que métahistorique) du juste » (p. 41), une notion qui, selon Renaut, est « le pur concept de droit » (p. 40).

⁹² Kant, *Théorie et pratique*, p. 67.

⁹³ Kant, *Métaphysique des mœurs II*, p. 17.

liberté de l'autre, et réciproquement : toute action est juste, qui peut faire coexister la liberté de l'arbitre de l'un avec la liberté de l'autre.

Kant fait aussi implicitement référence à l'idée de réciprocité comme critère de jugement quand il parle, s'agissant du législateur, de disposer « de l'Idée du contrat originaire comme d'une règle de mesure infaillible et, à vrai dire, *a priori* », et aussi, toujours s'agissant du contrat social (et donc de la réciprocité), de « principe rationnel permettant de juger toute constitution juridique publique en général »⁹⁴.

B - La nécessité d'une pierre de touche de la conformité au droit selon Rawls et Kant

En quoi consiste la recherche d'un critère ou d'une procédure qui puisse servir de « pierre de touche » pour les jugements de justice, dans une perspective comme celle de Kant ou de Rawls ? L'examen auquel on va procéder nous permettra de mieux apprécier la solidité de ce critère, et aussi sa pertinence. Pour découvrir en quoi consiste la recherche d'un tel critère, il faut à notre avis tenir compte du contexte philosophique dans lequel cette recherche de critère s'effectue.

1 - Une première approche du projet de Rawls

Le but de Rawls en recourant à la procédure du contrat social est de corriger l'approche exclusivement aggrégative des utilitaristes en matière de justice, une approche qui fait dépendre l'objectivité des jugements de justice de la seule constatation factuelle de la maximisation d'une quantité moyenne (le plus grand bonheur du plus grand nombre), sans égard, dit Rawls, « à la différence entre les personnes »⁹⁵. Rawls reproche à Hume (il se réfère à « *Of the original contract* ») de penser que « l'utilité seule fournit la base suffisante de toutes les obligations sociales, et que c'est en tout cas la base réelle des obligations contractuelles »⁹⁶.

Selon Rawls, « il n'en est pas ainsi ... à moins que la conception que l'on se fait de l'utilité incorpore en elle des restrictions dont la base ne peut être comprise que si l'on se réfère à ces aspects de la tradition de pensée du contrat social, qui conceptualisent la justice comme de la réciprocité »⁹⁷. Sur quoi s'appuie cette affirmation de Rawls ? Pourquoi l'idée du contrat social et la justice comme réciprocité s'impose-t-elle à Rawls avec autant de fermeté ? Catherine Audard décrit la démarche de Rawls ainsi : « en l'absence de critères d'évaluation indépendants, on peut faire appel à une *procédure*... Même si l'on ne peut pas parler de justice dans l'absolu, on peut tout de même parler de ce qui est juste pour nous... »⁹⁸. Audard rajoute qu'il faut bien sûr « que la procédure suivie soit

⁹⁴ Kant, *Théorie et Pratique*, pp. 75 et 79.

⁹⁵ John Rawls, *Théorie de la justice*, p. 219 (voir aussi p. 53 : « on traite toutes les personnes comme une seule », et « la pluralité des personnes n'est pas vraiment prise en compte par l'utilitarisme »). Sur l'actualité de cette question (tenir compte ou pas de la séparation des individus), voir Richard A. Posner, « Alan M. Dershowitz, The best offense », *New Republic*, sept. 2, 2002 : il s'agit des philosophes et intellectuels qui ont argumenté en faveur de la torture, sur la base d'une approche aggrégative utilitariste (« *torture is permissible if the stakes are high enough* »).

⁹⁶ John Rawls, *Justice as Reciprocity*, p. 192.

⁹⁷ *Idem*.

⁹⁸ Catherine Audard, *Qu'est-ce que le libéralisme ?*, Gallimard, Paris 2009, pp. 433-435.

elle-même équitable ». Elle précise que « l'exemple de justice procédurale qui vient à l'esprit naturellement est celui du *contrat social* ». Et elle conclut que « pour Rawls, le contrat va fonctionner comme une *théorie éthique* et non pas politique, qui permet de justifier les limites nécessaires à la liberté et à l'égalité au nom de *la justice...* ». Cette procédure permettra de déterminer des principes de justice de base (ils sont au nombre de deux, selon Rawls), qui pourront ensuite se traduire, par application, en institutions, et en jugements de justice objectifs à travers les institutions ainsi mises en place.

Les expressions utilisées par Audard dans le texte ci-dessus pourraient laisser croire qu'avec le recours à l'idée de contrat et à la réciprocité qu'il implique, on a affaire à quelque chose de purement circonstanciel (« on peut faire appel à une *procédure...* », « l'exemple de justice procédurale qui vient à l'esprit naturellement est celui du *contrat social* »). Il n'en est rien pour Rawls, qui va s'appuyer sur la philosophie de Kant pour montrer que le recours à une telle procédure (la procédure du contrat social dans la position originaire) repose sur des fondements solides (sur une mise en œuvre du principe d'universalité de Kant dans le domaine des rapports extérieurs des hommes entre eux). Mais pourquoi Catherine Audard s'exprime-t-elle ainsi si les fondements que Rawls trouve chez Kant sont solides ? On verra plus loin que si les philosophies qui relèvent du transcendantalisme institutionnel considèrent sans problème que la seule possibilité de trouver des fondements solides, pour elles, c'est le recours à des procédures et des principes dont le caractère est hypothétique et conjecturel, c'est parce qu'elles adoptent une structure de pensée relevant du volontarisme occamien. Rousseau, qui s'inscrit lucidement dans cette perspective de volontarisme occamien, a bien vu que les principes doivent avoir ce caractère hypothétique, et il l'affirme avec style : « Commençons donc par écarter tous les faits, car ils ne touchent point à la question. Il ne faut pas prendre les recherches, dans lesquelles on peut entrer sur ce sujet, comme des vérités historiques, mais seulement pour des raisonnements hypothétiques et conditionnels »⁹⁹. On croit souvent qu'il ne s'agit que d'écarter l'histoire, ce qui s'est réellement passé : en réalité, il s'agit d'écarter tous les éléments factuels (« empiriques », dira Kant) qui pourraient être au fondement de jugements de justice. Quoiqu'il en soit, il suffit ici de noter que dans son effort pour corriger l'utilitarisme contemporain et assurer aux jugements de justice tenant compte de la différence des personnes entre elles des fondements « objectifs »¹⁰⁰, Rawls va reprendre la façon transcendantale de Kant de dépasser l'empirisme de Hume et de Bentham. Qu'est-ce que cela signifie ? S'il ne faut pas partir des faits, d'où partir ?

2 - Ce que Rawls trouve chez Kant

Kant était parfaitement conscient de l'impasse dans laquelle le législateur et le constituant était conduit par l'empirisme moral de Hume, que Thomas Nagel explique ainsi : « puisque chaque motivation est nécessairement sous-tendue par une passion imperméable à l'évaluation rationnelle, il ne peut y avoir,

⁹⁹ Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, part. II, GF Flammarion, Paris 1971, p. 158.

¹⁰⁰ Nous mettons le terme entre guillemets parce qu'il s'agit d'une objectivité dans le cadre d'une « *logic of the will* » (la réciprocité de deux volontés). Elle n'exige pas le type de discernement envisagé dans la pièce d'Eschyle (*Les Euménides*) sur ce qu'Oreste a fait, donc sur la situation en cause dans cette affaire.

spécifiquement, de raison pratique, ni de raison morale non plus »¹⁰¹, pour le législateur comme pour chaque homme individuellement. Kant estimait en outre que le principe de bonheur ne permet pas au législateur de sortir de l'impasse : « le principe de bonheur ... ne peut jamais fournir [des maximes] telles qu'elles puissent servir de lois à la volonté, même si l'on prenait pour objet le bonheur *universel* »¹⁰². En effet, suivant Kant, tout objet concret de la volonté est tel que « s'il est le fondement de la détermination de cette dernière, la règle de la volonté est assujettie à une condition empirique (à la relation de la représentation déterminante au sentiment de plaisir ou de peine)... »¹⁰³. Kant pense en effet comme Hume qu'Hobbes a raison de considérer que « quel que soit l'objet de l'appétit ou du désir que l'on éprouve, c'est cet objet que l'on appelle bon ; et l'objet de notre haine et de notre aversion est ce qu'on appelle mauvais... En effet, l'usage du mot "bon", "mauvais", "méprisable" est toujours relatif à la personne qui les emploie ; et il n'y a rien qui soit simplement et absolument tel... »¹⁰⁴. Kant est donc d'accord avec ses adversaires empiristes sur ce point, et c'est dans le contexte de cette position de base commune qu'il faut comprendre son effort pour se distinguer d'eux (au moyen d'un critère de jugement pour les obligations morales et sociales qui soit sans rapport avec les objets concrets de la volonté humaine, transcendantal, et puisse servir, pour cette raison, dans le domaine des obligations sociales, de « pierre de touche de la conformité au droit (*Probirstein der Rechtmäßigkeit*) »).

Comment fait Kant pour découvrir un tel critère, une telle pierre de touche ? Il va procéder en deux étapes : d'abord, la découverte de la procédure d'universalisation avec l'impératif catégorique (elle permet de réaliser quelque chose d'analogue au « commençons donc par écarter tous les faits » de Rousseau) ; et ensuite, s'agissant des rapports extérieurs des hommes entre eux que l'on va malgré tout prendre en compte, dans un second temps, bien qu'ils relèvent incontestablement du monde des faits et de l'empirique, la découverte que l'idée de réciprocité (l'idée de contrat social) peut être utilisée pour conceptualiser ces rapports et est susceptible de représenter une mise en œuvre de la loi d'universalisation dans les rapports extérieurs des hommes entre eux. Elle donne naissance à ce que Kant appelle la « loi universelle de la liberté » dans les rapports extérieurs des hommes entre eux¹⁰⁵. C'est une loi qui va pouvoir être utilisée comme pierre de touche de la conformité au droit, qu'il s'agisse d'une restriction de liberté individuelle, de l'action quelconque d'un individu, d'une loi promulguée par le législateur, ou des principes de justice eux-mêmes à la base de la structure de la société.

¹⁰¹ Cité par Amartya Sen, *L'idée de justice*, trad. P. Chelma, Paris 2009, p. 78. Hume imagine en effet la raison comme étant entièrement au service des passions, purement instrumentale. Selon lui, « la raison est et ne doit qu'être l'esclave des passions ; elle ne peut jamais prétendre remplir un autre office que celui de les servir et de leur obéir » (*Traité de la nature humaine*, 2.3.3, trad. J.-P. Cléro, GF Flammarion, Paris 1991, p. 271), et, pour cette raison, « il n'est pas contraire à la raison de préférer la destruction du monde entier à une égratignure de mon doigt » (*ibid.*, p. 272).

¹⁰² *Critique de la raison pratique*, trad. J.-P. Fussler, GF Flammarion, Paris 2003, p. 134 (ci-après : Kant, *Critique de la raison pratique*). Kant précise : bien que « le désir de bonheur est universellement partagé », p. 122.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 121.

¹⁰⁴ Thomas Hobbes, *Léviathan*, p. 127.

¹⁰⁵ Kant, *Métaphysique des mœurs II*, 17.

Voilà donc ce que Rawls découvre chez Kant. Examinons maintenant ces deux étapes de plus près, et d'abord la première, celle qui aboutit à l'idée d'universalisation (une idée qui implique qu'on écarte tout l'empirique, une idée qui coïncide d'une certaine manière avec cette mise à l'écart). Comme on l'a dit, le fait que Kant considérait comme Hume qu'Hobbes avait raison – s'agissant des concepts de bon, mauvais, méprisable, juste ou injuste – va le conduire à penser qu'il est nécessaire, pour trouver un critère à opposer au principe d'utilité, de sortir complètement du domaine de l'empirique, où règne en maître de nos choix le sentiment de plaisir ou de peine, et donc l'intérêt. Et pour sortir de l'empirique, selon ce qu'a estimé Kant, il faut écarter « tous les principes pratiques qui présupposent un *objet* (matière) de la faculté de désirer comme fondement de la détermination de la volonté »¹⁰⁶. Il faut donc, dit-il, que cette détermination se fasse par « la simple forme d'une législation universelle »¹⁰⁷. Que reste-t-il en effet d'une loi, sinon cela, « dès lors qu'on y fait abstraction de la matière, c'est-à-dire de tout objet de la volonté (en tant que fondement de la détermination [de cette dernière]) » ? Voilà donc « l'unique principe de la moralité », affirme-t-il face à Hume : « l'indépendance de l'arbitre à l'égard de toute matière de la loi (c'est-à-dire à l'égard de tout objet désiré) et néanmoins, en même temps, sa détermination par la simple forme législatrice universelle qu'il faut qu'une maxime soit capable de prendre »¹⁰⁸. Cette « forme législatrice universelle qu'il faut qu'une maxime soit capable de prendre », c'est ce qu'il appelle la « loi fondamentale de la raison pratique pure », qui se formule ainsi (première forme de l'impératif catégorique) : « Agis de telle sorte que la maxime de ta volonté puisse valoir en même temps comme principe d'une législation universelle »¹⁰⁹. Cela vaut pour le législateur comme pour l'individu. Cela entraîne « la distinction, en notre connaissance, dit Kant, du sensible et du suprasensible »¹¹⁰.

On vient d'expliquer la forme que prend chez Kant l'idée que Rousseau exprimait en disant commençons par écarter tous les faits. Avant de passer à la seconde étape (l'idée de réciprocité, l'idée de contrat social), arrêtons-nous un instant sur cette conception kantienne d'une volonté qui n'a d'autre contenu déterminant de l'agir que la simple forme d'une législation universelle. Alain Renaut y voit une notion de l'objectivité pratique qui est nouvelle. C'est effectivement un concept d'objectivité pratique qui n'a plus rien à voir avec la « *logic of the understanding* » qu'envisageait la déesse Athéna dans la pièce d'Eschyle (*Les Euménides*) pour traiter le cas d'Oreste autrement que par une loi de réciprocité, comme on l'a dit. C'est une objectivité pratique liée à une conception entièrement nouvelle du « raisonnable », qui ne doit plus rien à l'appréciation des éléments pertinents de l'affaire à trancher, et à la recherche et la détermination de la solution ou décision adéquate, matériellement justifiée (« *sachgerecht* »), selon tous les arguments disponibles, après un débat aussi ouvert que possible. On n'évite le subjectivisme moral (toute fin ne vaudrait que pour celui qui la pose), dans cette philosophie, que par la conformité de la volonté à une loi « objectivement nécessaire » *en ce sens qu'elle est valable pour tous*, et pas du tout par un discernement relatif à la situation en question, un discernement

¹⁰⁶ Kant, *Critique de la raison pratique*, p. 112.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 121.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 130.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 126.

¹¹⁰ Kant, *Métaphysique des mœurs II*, Préface, p. 10.

qui s'effectuerait après qu'on se soit dit « commençons donc par *rassembler* tous les faits » ! Kant lui-même indique que telle est la signification de « objectivement nécessaire » : « la loi morale n'est pensée comme objectivement nécessaire que parce qu'elle doit valoir pour quiconque possédant raison et volonté »¹¹¹. Et Alain Renaut précise utilement en expliquant la pensée de Kant que « cet autre concept de l'objectivité ... consiste à mesurer l'objectivité d'une représentation (y compris celle d'une fin) ... à sa capacité à valoir, non seulement pour moi, mais pour tous – si l'on préfère : à sa validité intersubjective, c'est-à-dire à son universalisation ou sa communicabilité possibles »¹¹². Le raisonnable, l'objectivité pratique, c'est désormais l'intersubjectif, *quelque chose d'indépendamment de tout contenu matériel, de toute réalité externe*. C'est cela le transcendantal au niveau pratique.

Passons à la seconde étape, celle dans laquelle l'idée de réciprocité (l'idée de contrat social) est introduite comme mise en œuvre du principe d'universalisation quand on est dans le domaine des rapports extérieurs des hommes entre eux. Kant va constater que pour cette étape il lui faut, comme dit Alain Renaut, « prendre en compte l'empiricité » s'il veut, comme dit encore Renaut, « situer[r] le droit par rapport à la morale (pure) [par rapport à la procédure d'universalisation en soi] comme en étant l'incarnation »¹¹³. Il s'agit toutefois, dit toujours Renaut, de ne prendre en compte qu'« un minimum d'empiricité, une donnée sensible aussi abstraite que possible par rapport à l'empiricité..., donc aussi proche que possible du transcendantal... », soit « la représentation des choses et des personnes »¹¹⁴. En réalité, Kant va se pencher sur « les rapports extérieurs des hommes entre eux » dans leur ensemble¹¹⁵, ce qui est beaucoup plus que seulement « un minimum d'empiricité ». Il introduit donc beaucoup d'empiricité, mais il va l'épurer immédiatement après son introduction, de la façon suivante : il va analyser ces rapports extérieurs des hommes entre eux en partant du « rapport extérieur ... d'une personne à une autre », c'est-à-dire en prenant les personnes deux à deux¹¹⁶. Cela va grandement simplifier la situation réelle, et surtout ouvrir la voie à une formalisation de ces rapports par utilisation intensive de l'idée de réciprocité. En quoi consiste cette formalisation ? L'idée de Kant est que les limites mises à la liberté extérieure des deux personnes prise en considération, l'une par rapport à l'autre, « provient en totalité du concept de liberté dans les rapports extérieurs » des deux personnes en question¹¹⁷, en ce sens que la parfaite réciprocité entre eux¹¹⁸ fait que leurs deux libertés extérieures se limitent l'une l'autre, sans être limitée par rien d'autre. Or le concept d'une « limitation réciproque des libertés » dans ce rapport bilatéral parfait est manifestement de l'universalisable à ce niveau social, et Kant peut ainsi parler à ce propos de « loi universelle de la liberté »¹¹⁹ relative à la coexistence de l'arbitre de chacun avec

¹¹¹ Kant, *Critique de la raison pratique*, p. 135.

¹¹² Alain Renaut, *Kant et les kantismes*, in : *Questions d'éthiques contemporaines*, sous la direction de Ludvine Thiaw-Po-Une, Stock, Paris 2006 (cité : Alain Renaut, *Kant et les kantismes*), p. 131.

¹¹³ Alain Renaut, dans la présentation de Kant, *Métaphysique des mœurs I*, p. 35.

¹¹⁴ *Ibid.*, pp. 33 - 34.

¹¹⁵ Kant, *Théorie et pratique*, p. 64.

¹¹⁶ Kant, *Métaphysique des mœurs II*, Introduction à la doctrine du droit, § B, p. 16.

¹¹⁷ Kant, *Théorie et pratique*, p. 64.

¹¹⁸ Kant parle de « relation réciproque des arbitres » de ces deux personnes (Kant, *Métaphysique des mœurs II*, Introduction à la doctrine du droit, § B, p. 17).

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 17.

l'arbitre de toute autre personne, les personnes étant toujours prises deux à deux. Le rapport bilatéral parfait en question – selon Kant, « dans cette relation réciproque des arbitres, n'intervient pas ... la matière des arbitres, c'est-à-dire la fin que tout individu peut concevoir pour objet qu'il veut..., mais c'est seulement la forme de la relation entre les arbitres présents des deux côtés que l'on interroge » – avec cette « limitation réciproque des libertés » qui le caractérise « est de l'absolument juste (εἶναι ἀπλῶς δίκαιον) »¹²⁰. C'est le concept de droit extérieur pur, sans mélange. Suivant une formule la plus ramassée de Kant, avec ce concept de droit extérieur, avec donc cet « absolument juste » dans les rapports extérieurs des hommes entre eux, on a affaire « à la condition formelle de la liberté extérieure (à travers son accord avec elle-même quand sa maxime est érigée en loi universelle) »¹²¹.

Ce concept d'un rapport bilatéral parfait avec limitation réciproque des libertés, s'agissant de toutes les personnes prises deux à deux, va pouvoir donner au contenu du droit, tel qu'il existe déjà dans le monde empirique (le droit en matière d'héritage, de propriété, de responsabilité, de mariage, etc.) sa validité intersubjective, pour tout ce qui, en lui, est conforme au concept pur. C'est donc ce concept qui assure le rattachement de tout le droit, tel qu'il existe empiriquement par ailleurs, à de l'objectivement nécessaire (en ce sens qu'il est valable pour tous, qu'il s'impose intersubjectivement), à du raisonnable dans ce nouveau sens du terme « raisonnable ». Va ainsi être possible un passage de « ce qui relève du système esquissé *a priori* »¹²² aux « droits, qui se rapportent à des cas particuliers de l'expérience »¹²³. C'est tout cela que Rawls trouve chez Kant.

3 - Quelques remarques critiques

Nous ne revenons pas ici sur le fonds du problème, soulevé dans l'introduction : *considérer que c'est la réciprocité qui constitue sans plus la justice et le droit, c'est un obstacle à la raison pratique sur la justice*. On en reparlera dans la dernière section de cette contribution, consacrée à ce qu'Amartya Sen appelle l'« autre » tradition parmi les philosophes des Lumières¹²⁴, qui, en effet, « n'ont pas parlé d'une seule voix »¹²⁵ à ce propos. On verra en outre dans cette autre section que ce déni de toute vérité aux jugements de valeur (aux appréciations), à l'origine de la tradition du contrat social et de l'institutionnalisme transcendantal, n'est pas défendable : il ne l'est pas, en effet, même en matière scientifique, dans des sciences dures comme la physique, si l'on accepte toutefois de prendre en compte, comme point de référence en matière de science, la physique du XX^e siècle, et pas celle du temps de Hume et Kant. Nos contemporains qui sont partisans de l'institutionnalisme transcendantal semblent très attachés, dès qu'on parle de la différence entre jugements de fait et jugements de valeur, à la situation qui prévalait dans la physique du XVIII^e, et très peu disposés, un peu comme l'Eglise catholique face à Galilée, à envisager que la vision des choses change

¹²⁰ C'est ce que, selon Aristote, l'Ecole pythagoricienne disait de la réciprocité, comme on l'a dit plus haut, en citant *Ethique à Nicomaque*, Livre V, ch. 8, 1132 b 21-22).

¹²¹ Kant, *Métaphysique des mœurs II*, Introduction à la doctrine de la vertu, I, p. 219.

¹²² Kant, *Métaphysique des mœurs II*, Préface, p. 10.

¹²³ *Idem*.

¹²⁴ Amartya Sen, *L'idée de justice*, p. 33.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 20.

avec les progrès de la science (en l'occurrence ce qui a changé, c'est la position sur l'objectivité des jugements de valeur, s'agissant tout au moins de valeurs épistémiques comme la cohérence ou la simplicité).

Il semble en effet que la position d'Aristote, toute autre que celle de Hobbes, Hume et Kant – « nous désirons quelque chose, dit Aristote, parce que cela nous semble bon ; ce qui semble bon n'est pas tel parce que nous le désirons ; car ce qui est au point de départ, c'est la compréhension [que c'est bon] », donc une « logic of understanding » – attire de nouveau l'attention. On a compris que certains jugements de valeur peuvent être objectifs sans pour autant être liés à un en soi, à une ontologie¹²⁶.

Nous allons donc faire quelques remarques critiques sur certains aspects du transcendantalisme de Kant et de Rawls, tels qu'on vient de les résumer :

a - Kant voit un lien en cet « absolument juste » et l'idée de contrat social : il suffit qu'on ait affaire à une loi qui aurait « pu émaner de la volonté unie d'un peuple tout entier »¹²⁷, dit Kant, à une loi qui aurait pu être faite « à la suite d'un accord universel, donc d'un contrat »¹²⁸, « pour que ce soit un devoir de la considérer comme juste ». Kant pense, semble-t-il, que ce sont alors nécessairement des lois « qui procèdent par elles-mêmes des concepts du droit extérieur en général »¹²⁹, qui sont donc des lois « *a priori*, nécessaires ». On ne peut pas aborder ici ce sujet, notamment toute la discussion du lien avec les analyses de Rousseau sur la volonté générale. Remarquons toutefois qu'avec cette approche presque essentialiste de la loi chez Kant, on est aux antipodes de l'entreprise critique aristotélicienne, de désacraliser la loi et la constitution, et de n'en faire rien de plus qu'une « œuvre de la politique », plus ou moins bonne ou plus ou moins mauvaise, suivant les cas¹³⁰. En outre, observons que l'Idée de la raison qu'est le contrat social, qui « oblige chaque législateur à légiférer comme si les lois avaient pu émaner de la volonté unie d'un peuple entier », conduit à un résultat surprenant : pour le législateur, juger si « la nature de cette loi est telle qu'il est *impossible* à un peuple tout entier de donner son accord », ou, « inversement », s'il est « *possible* que le peuple donne son accord », et admettre dans cette dernière hypothèse « que ce soit un devoir de la considérer comme juste », peut se faire indépendamment de ce que le peuple déciderait si on lui demandait ! Comme dit Kant, cela peut être « un devoir de la considérer comme juste, à supposer même que le peuple soit actuellement dans une situation et un état d'esprit tels que, si on le lui demandait, il refuserait vraisemblablement de donner son consentement »¹³¹ !

On peut trouver cette doctrine du contrat social un peu inquiétante si l'on est soucieux du bon fonctionnement de la démocratie, avec l'exercice du raisonnement et de la délibération publique qu'elle suppose. Mais peu importe pour l'instant (on y revient dans la conclusion) cet aspect de philosophie politique

¹²⁶ Hilary Putnam, *Ethics without Ontology*, Harvard University Press, Cambridge 2005. La citation d'Aristote est tirée de *Métaphysique*, livre XII, chap. 7, 1072 a 29-30 (notre traduction).

¹²⁷ Kant, *Théorie et pratique*, p. 73.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 72.

¹²⁹ *Ibid.*, Doctrine universelle du droit, § 45, p. 128.

¹³⁰ Voir *supra*, notes 65 et 66.

¹³¹ Toutes les citations dans ce paragraphe viennent de Kant, *Théorie et pratique*, p. 73.

implicite dans la position que prend Kant : supposons que le peuple soit en proie au populisme, et admettons un instant qu'on pense, comme Kant, qu'on peut avoir de bonnes raisons de ne pas lui demander son avis, ou tout au moins de faire le contraire de ce qu'il déciderait si on lui demandait son avis. Il reste, de toute façon, nous semble-t-il, un problème au niveau de la philosophie du droit, quelles que soient les idées politiques que l'on a. En effet, ne réintroduit-on pas, avec une position comme celle de Kant, la notion de jugement sur la situation, d'appréciation, de discernement ? N'est-on pas retombé dans cette « *logic of the understanding* » qu'on voulait éviter avec toute cette construction transcendante ? Tout cela n'est pas très convainquant !

b - Le dépassement de l'empirique dans la philosophie de Kant ne se fait que dans le contexte d'une « *logic of the will* ». Kant revendique la primauté de la volonté dans son autonomie absolue : tout se ramène en effet à « la relation qu'une volonté entretient avec elle-même »¹³², une volonté qui « n'est donc pas purement et simplement soumise à la loi, mais [qui] lui est soumise de telle manière qu'il faut la considérer en même temps comme *législatrice* et au demeurant comme n'étant soumise à la loi (dont elle peut se tenir elle-même pour l'auteur) que précisément pour cette raison »¹³³. La raison n'est que le nom donné au fait que, par l'autonomie de la volonté, « tout ce qui, en effet, se rapporte à ce qui est empirique se supprime de lui-même »¹³⁴. Cela a pour conséquence que l'universel ou l'intersubjectif atteint par le dépassement de l'empirique est en quelque sorte « hors sol ». Il l'est tout au moins en comparaison de la façon non transcendante de dépasser l'empirique pur, une façon concrète, expérimentale, vérifiable au cas par cas. Le dépassement « transcendantal » de l'empirique ne dépend pas du tout, en effet, d'un discernement de l'intelligence *sur les mérites des diverses solutions envisageables dans une situation donnée*, d'un jugement (de valeur) *à ce propos*, d'une appréciation *sur la base des éléments pertinents de la situation* dans lesquels on est présent avec d'autres, chacun avec ses intérêts et ses désirs. Avec Kant on est loin d'une telle « *logic of the understanding* », qui permet, comme l'indique Putnam¹³⁵, de distinguer ce qui est désiré ou préféré, de ce qui est désirable ou préférable, c'est-à-dire de ce qui est tel dans un sens objectif parce que c'est un désiré ou un préféré qui a été « prédélibéré »¹³⁶, et donc d'un désir ou d'une préférence « raisonné ». Avec Kant, on est donc loin de cette idée que nous pourrions, comme le dit Aristote, « discernant à partir de la délibération, désirer conformément à notre délibération »¹³⁷. On voit qu'il y a là le concept d'une approche du raisonnable qui n'est pas transcendante.

¹³² Kant, *Métaphysique des mœurs I*, Fondation de la métaphysique des mœurs, p. 105.

¹³³ *Ibid.*, p. 111.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 106.

¹³⁵ Hilary Putnam, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and other Essays*, Harvard University Press, Cambridge 2002 (cité : Hilary Putnam, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy*), p. 103. Traduction française : *Fait/Valeur : la fin d'un dogme — et autres essais*, trad. Marjorie Caverivière et Jean-Pierre Comet, Éditions de l'Éclat, Paris 2004 (dans cette contribution, on va citer constamment l'ouvrage en anglais, avec le cas échéant des traductions en français des passages cités).

¹³⁶ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Livre III, chap. 5, 1112 a 15, trad. par J. Tricot, Vrin, Paris 2007, p. 141.

¹³⁷ *Ibid.*, Livre III, chap. 5, 1113 a 12, p. 147 (traduction modifiée).

c - Avec cette nouvelle notion de l'objectivité mise en avant par Kant, on n'évite le subjectivisme en matière de droit et de justice (toute fin, tout jugement de valeur, ne vaudrait que pour celui qui le pose) que par la conformité de la volonté à une loi morale qui serait « objectivement nécessaire », en ce sens qu'elle est valable pour tous. Comme le dit bien Kant, il s'agit avec cette approche « d'attendre tout de l'omnipotence de la loi et du respect qui lui est dû »¹³⁸. On n'évite donc pas le subjectivisme moral pour les appréciations et jugements de valeur en général, qui couvrent un champ beaucoup plus vaste que la loi et le normatif, puisque comme le dit Ruwen Ogien, ils s'appliquent bien aux actions humaines, comme la loi, mais aussi « aux croyances, aux émotions, au caractère, à certains objets ou événements naturels, bref à toutes sortes de choses dont il ne dépend pas de nous qu'elles soient ou pas »¹³⁹. Par exemple les jugements de valeur portés sur les fins auxquelles on se réfère quand on dit, comme le fait le Rapport sur le développement humain de 1990¹⁴⁰, que les communautés politiques doivent être jugées à l'aune de l'épanouissement humain, ou ceux qui portent sur la détermination de la solution adéquate dans telle ou telle situation, compte tenu des éléments pertinents en cause dans cette situation, n'ont pas pour seul objet des actions humaines, et si l'on donne de l'importance à ces jugements de valeur, on n'attend plus tout « de l'omnipotence de la loi et du respect qui lui est dû ». On est au contraire en train, peut-être, de donner de l'importance à « l'inclination de l'homme », dont Kant a dit qu'il ne faut, au contraire de la loi, « ne rien attendre »¹⁴¹. Cette différence a été mise en évidence par Habermas, à propos de qui Ruwen Ogien est ainsi amené à dire : « Jürgen Habermas défend une conception relativiste [subjectiviste] des [jugements de] valeurs et universaliste des normes [universaliste au sens qu'il y a selon lui des normes objectivement nécessaires, parce que valables pour tous] »¹⁴². Et cela a conduit Putnam, dans ses discussions avec Habermas, à préciser les choses ainsi : selon ce que vous expliquez, dit-il en substance à Habermas, « les jugements de valeurs – par opposition aux "normes" – sont [pour vous] aussi non-cognitivistes qu'ils le sont pour les positivistes »¹⁴³. En considérant qu'il n'y a de l'objectivement nécessaire qu'en matière de normes, les positions de type kantien (Rawls, Habermas, Renaut, etc.) s'inscrivent, en effet, dans la tradition de l'empirisme classique et du positivisme logique pour tout ce qui est « appréciations », « jugement de valeur » ; ces courants soutiennent en effet que « les jugements de valeur sont tous subjectifs », et qu'on ne peut pas passer du fait au droit et au devoir sans sophisme naturaliste (*naturalistic fallacy*). On comprend pourquoi Rawls souligne qu'il existe un lien entre la théorie morale de Kant et « Hume et l'utilitarisme en général », et précise que « le conflit entre les deux n'est pas celui qu'on croit, souvent »¹⁴⁴.

¹³⁸ Kant, *Métaphysique des mœurs I*, Fondation de la métaphysique des mœurs, p. 104.

¹³⁹ Ruwen Ogien, *Repenser les relations entre les faits, les normes et les valeurs*, *Les Sciences de l'éducation – Pour l'Ère nouvelle*, vol. 45, n.1-2, 2012, p. 24.

¹⁴⁰ C'est le rapport fondateur d'une organisation internationale faisant partie de la famille des Nations Unies, le PNUD (Programme des Nations Unies pour le développement).

¹⁴¹ Kant, *Métaphysique des mœurs I*, Fondation de la métaphysique des mœurs, p. 104.

¹⁴² Ruwen Ogien, *Repenser les relations entre les faits, les normes et les valeurs*, *Les Sciences de l'éducation – Pour l'Ère nouvelle*, vol. 45, n.1-2, 2012, p. 23.

¹⁴³ Hilary Putnam, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy*, p. 112 : « values – as opposed to "norms" – are as noncognitivist [for you] as they are to positivists ».

¹⁴⁴ John Rawls, *Justice as Reciprocity*, note 27, p. 223.

d - Dans une approche du droit et de la justice qui relève de la « *logic of the understanding* », les normes ne peuvent pas être indépendantes des jugements de valeur, des évaluations *portés sur les situations concrètes dans lesquelles se déroulent la vie des hommes*. La relation entre les normes (dans le cas où il y a des normes préexistant la décision concrète dans un cas d'espèce) et les jugements de valeur est alors une relation de justification. Il s'agit alors, comme le dit Georges Kalinovsky, « de distinguer entre les normes au sens propre et les estimations (jugements de valeur), car celles-ci en tant que fondement des normes – c'est parce que telle ou telles action est bonne qu'on doit la faire – peuvent être appelées "normes" par métonymie »¹⁴⁵. Selon cette perspective, il y a articulation de normes (par exemple de normes constitutionnelles matérielles s'agissant de minimum vital, ou de normes d'organisation en matière de séparation des pouvoirs) sur la fin qu'est la solution matériellement juste dans la situation en cause, sur la fin qu'est aussi l'existence et l'épanouissement humain pour la communauté politique en question. On peut alors affirmer, comme le Rapport sur le développement humain de 1990 du PNUD, que « les structures sociales doivent être jugées à l'aune de l'épanouissement humain », et que la base de l'évaluation n'est pas les ressentis subjectifs (plaisir et absence de douleur), mais des fonctionnements et les capacités y relatives, par exemple la capacité de vivre longtemps et en bonne santé, et la capacité de connaître et de savoir que donne l'instruction et l'accès à la culture. Il s'agit d'une perspective dans laquelle l'approche déontologique et l'approche téléologique se combinent harmonieusement l'une avec l'autre dans la pensée pratique humaine, par l'articulation de l'approche déontologique sur l'approche téléologique, par l'ordre entre norme et fin, l'ordre entre d'une part la loi, et d'autre part la justice matérielle, l'utilité commune, et ultimement un certain épanouissement humain. Ainsi, derrière les normes juridiques il y a une appréciation portée sur la justesse de telle ou telle répartition, de telle ou telle délimitation (ce n'est pas vrai pour les dispositions qui sont relatives à des actions neutres, comme rouler à gauche ou à droite dans tel ou tel pays).

Les lois contiennent des propositions normatives : ce sont des propositions qui expriment un jugement *normatif*, c'est-à-dire une norme au sens propre du terme – un jugement sur la relation existant entre un sujet d'action (agent) et une action qu'il *doit faire*, sa relation à une action qu'il *a le droit de faire*, sa relation à une action qu'il *a le droit de ne pas faire*, ou finalement sa relation à une action qu'il *peut faire ou non*). Suivant G. Kalinowski, une proposition normative est vraie ou fautive (elle est vraie lorsqu'elle désigne une relation normative réellement existante entre l'agent en cause et l'action envisagée du point de vue du jugement de valeur au fondement de la norme au sens propre). Sur cette question de vérité ou de fausseté, G. Kalinowski relève que « les non-cognitivistes parlent de validité ou d'invalidité des normes qu'il font dépendre non de l'existence ou de la non existence d'une relation normative, mais de la volonté du législateur ou de l'absence de celle-ci »¹⁴⁶.

La pensée kantienne va manifestement dans un tout autre sens que l'articulation de l'approche déontologique sur l'approche téléologique, et l'objectivité de certains jugements sur des fins (par exemple un jugement sur le niveau atteint par

¹⁴⁵ Georges Kalinowski, *La logique des normes*, PUF, Paris 1972, pp. 21-22.

¹⁴⁶ Georges Kalinowski, *La logique déductive – Essai de présentation aux juristes*, PUF, Paris 1996, p. 136.

l'épanouissement humain dans tel ou tel pays). Christine Kosgaard affirme que Kant n'accepte aucune vérité quand il s'agit de jugements de valeur. Kant ne pense pas que les objets de nos inclinations soient en eux-mêmes bons (par exemple l'inclination vers un certain développement, vers une certaine croissance, vers un certain épanouissement). On ne veut pas quelque chose parce qu'on perçoit que c'est bon ; l'attraction initiale qu'on a pour elle relève plutôt de l'impulsion du seul appétit, d'un phénomène de nature psychologique¹⁴⁷. Non seulement les objets qui exercent cette attraction initiale ne peuvent pas être considérés objectivement comme des valeurs, mais pas non plus la façon de les valoriser que nous avons quand nous adoptons dans notre action une maxime qui nous impose d'agir ou non en fonction d'eux. Selon la théorie de Kant, comme le dit Ch. Kosgaard, « nos valeurs sont créées non pas à partir de rien, mais à partir de tout un matériel psychologique, sur une base naturelle faite d'intérêts et de plaisirs. Ici comme ailleurs dans la conception de Kant, la raison intervient en imposant une forme à une matière préexistante »¹⁴⁸. En le faisant, elle n'est guidée par aucune fin substantielle, parce qu'il n'y a pas de jugements de valeur capables déterminer en quoi consistent objectivement de telles fins. Il n'y a en réalité qu'un principe de la raison pratique, celui suivant lequel nous devons choisir pour maxime de notre action ce qui est valable pour tous, ce qui est universel en ce sens (je laisse ici de côté l'idée d'humanité comme fin en soi, et donc la deuxième forme de l'impératif catégorique)¹⁴⁹.

C - La façon dont l'idée de réciprocité est concrètement utilisée par Rawls : le constructivisme et les principes de justice auquel il conduit

1 - L'utilisation de la réciprocité dans une procédure de construction des principes de justice

Comment Rawls utilise-t-il l'idée kantienne de réciprocité et de contrat social pour engendrer les fondements à la base de toutes les institutions et de tous les jugements de justice ? C'est nécessaire de le préciser si l'on veut comprendre ce que devient le transcendantalisme kantien chez Rawls, ce que Rawls appelle « le trait distinctif de la conception de la justice comme réciprocité »¹⁵⁰. L'approche générale de Rawls est la suivante : il faut partir de la justice comme équité, c'est-à-dire du sens usuel de la justice sur lequel Aristote et le droit romain ont réfléchi sans en rester là, mais en recherchant au contraire des *principes* (de justice), des principes *objectifs* (de justice), c'est-à-dire des principes dont on peut mesurer l'objectivité à leur capacité à valoir, non seulement pour moi, mais pour tous. Cela suppose, selon Rawls, de *construire la validité intersubjective de ces principes au moyen d'une procédure (de construction) dans laquelle l'instrument de base est l'idée de réciprocité dans les interactions humaines*, un peu comme en géométrie l'instrument de base pour la construction de cercles ou d'arcs de cercle est le compas. La réciprocité est donc comme le compas : il est l'instrument de

¹⁴⁷ Voir l'article de Christine Korsgaard, *Motivation, Metaphysics, and the Value of the Self : A reply to Ginsborg, Guyer and Schneewind*, in : *Ethics*, 109 (octobre 1998), pp. 49-66, p. 52.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 57.

¹⁴⁹ A ce propos, Christine Kosgaard défend la position suivante : « *I argue for the conclusion that human beings must see ourselves as value-conferring and must therefore value humanity as an end in itself* » (*ibid.*, pp. 60-61).

¹⁵⁰ John Rawls, *Justice as Reciprocity*, p. 192.

construction qui permet de passer de la *justice comme équité* aux *principes objectifs de justice*.

Rawls souligne qu'une procédure de construction utilisant la réciprocité s'impose, après avoir préalablement relevé qu'on pourrait sans doute essayer de dériver les deux principes de justice qu'il va retenir, en partant des principes *a priori* de la raison pure (comme le fait Kant, on vient de le voir), ou en prétendant qu'on en a l'intuition¹⁵¹. Mais cela ne serait pas convainquant, dit Rawls¹⁵², qui craint en effet de perdre le lien avec le sens usuel de la justice, avec la justice comme équité (on explique l'importance de ce lien pour Rawls lorsqu'on expose plus bas la critique de A. Sen sur ce point, dans la section intitulée « Le passage de Rawls de la justice comme équité à la justice comme réciprocité, et les objections de Sen à cet égard »); et, de toute façon, dit Rawls, « il semble plus simple de présenter une explication de type conjectural de la dérivation de ces principes, comme on va le faire dans ce qui suit. Imaginez une société de personnes parmi lesquelles, dit-il, il y a déjà un certain système de pratiques sociales bien établies »¹⁵³. « Supposez maintenant que ces personnes sont plus ou moins mutuellement indifférentes¹⁵⁴; leur attachement aux pratiques sociales établies est normalement basé sur la perspective de l'avantage qu'elles peuvent en retirer »¹⁵⁵. « Supposez en outre que ces personnes sont rationnelles...; et si elles frappent par un égoïsme déplaisant dans leurs relations avec les autres, elles sont au moins libres dans une certaine mesure de toute envie à l'égard d'autrui »¹⁵⁶. « Finalement, admettez que ces personnes ont en gros des besoins, des intérêts et des capacités semblables, et complémentaires jusqu'à un certain point, si bien qu'une coopération fructueuse est possible entre elles »¹⁵⁷.

Il s'agit là de la première partie de l'explication conjecturale¹⁵⁸. La seconde partie est constituée par la procédure hypothétiquement suivie par les personnes en question pour régler leurs différends. On va supposer, dit Rawls, qu'elles se rencontrent régulièrement pour discuter les unes avec les autres de la question de savoir si l'une ou l'autre d'entre elles a de bonnes raisons de se plaindre des institutions en place. « Cela est bien naturel dans toute société. Supposez maintenant qu'elles ont établi que cela se fera de la façon suivante. Elles tentent d'abord d'arriver aux principes selon lesquels les plaintes éventuelles, et donc les pratiques établies elles-mêmes, devront être jugées. Cela signifie qu'elles ne vont pas commencer par les plaintes, mais plutôt par l'établissement des critères servant à juger légitime une plainte. La procédure à ce propos est de laisser chaque personne proposer les principes selon lesquels ses plaintes seront examinées, étant

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 197.

¹⁵² *Ibid.*, p. 198.

¹⁵³ *Idem.* On va suivre ce que Rawls propose dans son article de 1971 (et pas dans *Théorie de la justice* qui a été publié la même année : les choses sont présentées plus simplement, et seul une illustration de la procédure proposée nous intéresse ici, pas les différentes conditions formelles qui sont imposées à cette procédure).

¹⁵⁴ Pour la traduction de « *mutually self-interested* », nous reprenons la traduction proposée par Jean-Fabien Spitz, comme indiqué par Luc Foisneau, *Que reste-t-il de l'état de nature de Hobbes derrière le voile d'ignorance de Rawls*, Les Etudes philosophiques 2006/4 (n. 79), p. 442, note 5.

¹⁵⁵ John Rawls, *Justice as Reciprocity*, p. 198.

¹⁵⁶ John Rawls, *Justice as Reciprocity*, p. 199.

¹⁵⁷ *Ibid.*, pp. 199-200.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 201.

entendu que si ces principes sont admis les plaintes des autres seront examinées sur la même base, et, de plus, qu'aucune plainte ne sera examinée avant que chaque personne ne soit en gros du même avis sur la façon d'examiner et de juger les plaintes. Ainsi, bien que chaque personne a la possibilité de proposer les principes et règles qu'elle souhaite, ces principes et règles doivent s'avérer acceptables pour les autres avant que sa plainte soit entendue. Toutes comprennent en outre que les principes proposés et reconnus à cette occasion les lient pour l'avenir... L'idée de base de cette procédure est qu'on exige de chacun l'engagement ferme à l'avance, de reconnaître certains principes comme s'appliquant à son propre cas, de telle sorte qu'on puisse raisonnablement s'attendre à ce que les autres les reconnaissent aussi ; et que personne n'ait la possibilité d'aménager selon ses besoins spéciaux les critères applicables pour déterminer quelle plainte est légitime, et ensuite de les rejeter une fois que ce n'est plus le cas... Ces principes exprimeront les conditions selon lesquelles chaque personne a le moins de réticence à voir ses intérêts limités par la pratique ainsi déterminée, compte tenu des intérêts concurrents des autres, sur la base de la supposition que les intérêts des autres seront limités de la même façon. Les restrictions ainsi mises en place peuvent être vues comme celles qu'une personne envisagerait si elle devait déterminer une pratique dans laquelle elle occuperait une place qui lui est attribuée par son ennemi »¹⁵⁹.

On voit ainsi sous quelle forme l'idée de réciprocité intervient : elle intervient comme la base d'une procédure consistant à rendre la pareille dans un certain domaine, celui des principes qui vont être appliqués à l'examen des plaintes respectives. Notons que la procédure exposée par Rawls n'exclut pas du tout que ces principes puissent faire aussi l'objet d'une discussion de fonds déterminant ce qu'il serait matériellement juste (justifié) d'adopter. Mais, bien que ne l'excluant pas, Rawls fait abstraction de cet aspect pour se concentrer sur les éléments de justice procédurale, des éléments liés à la réciprocité. Le résumé d'Audard qu'on a cité plus haut (en l'absence de critères d'évaluation indépendant, on peut faire appel à une procédure, et l'exemple qui vient naturellement à l'esprit est celui du *contra social*) est donc correct.

2 - Les deux principes de justice qui résultent de la construction et la notion de jugement bien pesé

Les principes qui font l'objet de cette reconnaissance mutuelle sont, suivant Rawls, fondamentalement les deux principes suivants (selon l'une des premières versions des deux principes qu'il ait proposée) : premier principe : chaque personne doit avoir un droit égal au système total le plus étendu de libertés de base égales pour tous, compatible avec un même système pour tous ; second principe : les inégalités économiques et sociales doivent être telles qu'elles soient : (a) au plus grand bénéfice des plus désavantagés et (b) attachées à des fonctions et des positions ouvertes à tous, conformément au principe de la juste égalité des chances¹⁶⁰.

¹⁵⁹ *Ibid.*, pp. 200-2001.

¹⁶⁰ John Rawls, *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Le Seuil, Paris 1987, p. 91 et p. 287 (pour notre propos, il n'y a pas de raison de prendre en considération de la *revised edition* de 1999).

Ces deux principes, qui font l'objet de ce que Rawls appelle dans la *Théorie de la justice* « l'accord originel », sont les principes « valables pour la structure de base de la société »¹⁶¹, et pour tous les jugements de justice et les mesures qui seront adoptés par les diverses institutions mises en place selon cette structure. L'accord dans la position originelle permet de déterminer les principes de justice, comme on l'a vu, à partir du choix rationnel qu'effectueraient des personnes libres placées dans une position d'égalité, à un moment où chacune d'elles ignore la place qu'elle occupera dans ces pratiques qu'il s'agira de juger au moyen des principes adoptés, c'est-à-dire que la décision sur les principes doit se prendre sous un voile d'ignorance. Comme la *Théorie de la justice* le précise, chaque personne dans la position originelle ignore en particulier « sa place dans la société, sa position de classe ou son statut social », ainsi que « le sort qui lui est réservé dans la répartition des capacités et des dons naturels, par exemple l'intelligence, la force, etc. »¹⁶². Chacune se pose la question suivante : quels sont les principes d'organisation sociale qui, une fois que le voile sera soulevé et que j'aurais pris ma position dans la vie réelle, à la fois me protégeront le mieux et me procureront le plus de bien-être possible. C'est ce que Rawls appelle un raisonnement en termes de « *maximin* » : rechercher à la fois un minimum de garanties de la société pour le cas où je ne reçois du sort rien de bon en matière de dons naturels et de place dans la société, et un maximum de possibilités d'activités pour le cas où ce que je reçois serait excellent. Un tel raisonnement, suivant Rawls, aboutit, dans la position originelle, à une conception déterminée de la justice, précisément celle qui est formulée par les deux principes de justice.

Avec le premier principe, Rawls reprend le concept de liberté compatible avec la limitation réciproque des libertés proposé par Kant dans la *Métaphysique des mœurs*. Ce premier des deux principes de justice possède, selon Rawls, une priorité dite « lexicale » sur le second, c'est-à-dire que la garantie de la *liberté* est prioritaire sur toute autre considération de justice : selon Rawls, « la priorité de la liberté signifie que la liberté ne peut être limitée qu'au nom de la liberté elle-même », et pas au nom « des avantages sociaux et économiques plus grands » dont pourraient bénéficier les plus démunis¹⁶³. Il n'y a pas de place, semble-t-il, pour une limitation au nom du bien commun, si elle va au-delà de la limitation réciproque des libertés.

Rawls souligne que le premier principe est « sans aucun doute celui qui est le plus susceptible d'un argument *a priori* »¹⁶⁴. Pour ce principe, s'il n'y avait pas le second principe, Rawls n'aurait peut-être pas eu besoin de mettre au point toute cette procédure de construction, avec la position originelle, le voile d'ignorance et la procédure de négociation hypothétiquement suivie par des personnes sous un

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 11.

¹⁶² John Rawls, *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Le Seuil, Paris 1987, p. 38. Pour la question du voile d'ignorance, voir tout le § 24.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 280 pour le premier passage et p. 92 pour le second. Le premier passage correspond en anglais au cri de ralliement libéral suivant : « liberty can be restricted only for the sake of liberty » (John Rawls, *A Theory of Justice*, Belknap Press - Harvard University Press, revised edition, 1999, p. 250, p. 302), ou, suivant la formule semblable de l'art. 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : il n'y a pas d'autres « bornes [à la liberté] que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits ».

¹⁶⁴ John Rawls, *Justice as reciprocity*, pp. 197-198.

voile d'ignorance. En quoi aurait constitué cet argument *a priori* ? Rawls ne le dit pas. Ce serait probablement l'argument de Kant pour dériver à *partir de la liberté* le concept pur qu'est la limitation réciproque des libertés, la loi universelle de la liberté (on en a parlé plus haut). Mais Rawls suggère que même dans le cas où il n'y avait que le premier principe à établir, et que l'argument *a priori* fasse l'affaire, il serait malgré tout utile de recourir à la position originelle avec la procédure de négociation entre les personnes sous un voile d'ignorance. Rawls donne la raison suivante, et on comprend ainsi ce qu'il rajoute à Kant : « ce que nous voulons savoir, c'est en quoi ces principes de justice complètent le sens de la justice, et pourquoi ils sont associés avec précisément cette notion morale, et pas avec une autre »¹⁶⁵. A défaut de la procédure de construction dans la situation originelle, donc avec seulement l'argument *a priori*, on ne comprend pas « la base des principes de justice, en tout cas pas leur base en tant qu'ils sont des principes de justice... [qui] complètent le sens de la justice »¹⁶⁶. On verra que c'est sur l'articulation des *principes de justice* sur le *sens de la justice* qu'Amarty Sen va attaquer Rawls.

3 - Quelques considérations critiques

On voit à quel point une approche selon laquelle il y a une pierre de touche de la conformité au droit (c'est « la procédure par laquelle les principes sont proposés et reconnus », dit Rawls¹⁶⁷), s'agissant des deux principes de justice de Rawls, et, plus largement, de tous les jugements de justice, est différente d'une approche dans laquelle les jugements bien pesés sont avant tout ceux qui sont « matériellement justifiés (*sachgerecht*) », c'est-à-dire ceux dont le contenu a été élaboré après que les éléments pertinents de l'affaire en cause aient été soigneusement analysés dans la perspective de la recherche d'une solution adéquate aux circonstances spéciales du cas particulier, ou aux caractéristiques générales de la situation.

Que la procédure soit toujours importante en matière de jugements de justice, notamment pour s'assurer que tous les arguments ont été examinés, que tous les éléments de l'affaire ont été analysés, que le tribunal est proprement composé, que les parties ont été entendues, etc., c'est certain. Mais il s'agit là d'une justice procédurale imparfaite, c'est-à-dire qui ne garantit pas le bon résultat, alors que le projet du transcendantalisme institutionnel est de découvrir une justice procédurale parfaite, celle qui suppose qu'on a trouvé la procédure équitable qui « transmet son caractère au résultat », en quelque sorte mécaniquement¹⁶⁸. C'est quelque chose comme l'idée d'un gâteau que deux enfants se partageraient après s'être engagés *réciroquement* à accepter que celui qui coupe se serve en second. L'idée que c'est une procédure imprégnée de réciprocité qui constitue sans plus la justice, si toutefois on envisage cette idée à partir du modèle que constitue la procédure de partage du gâteau entre deux enfants, ne serait-elle en fait rien de plus que la généralisation d'un mécanisme pour départager des enfants ? Ce

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 198.

¹⁶⁶ *Idem.*

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 201.

¹⁶⁸ Sur la distinction entre la justice procédurale pure, la justice procédurale parfaite et la justice procédurale imparfaite, voir John Rawls, *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Le Seuil, Paris 1987, pp. 115-125.

mécanisme n'est-il pas qu'un simple expédient pratique qui ne fonctionne que tant qu'il n'y a que deux enfants, et l'investissement conceptuel immense de l'institutionnalisme transcendantal pour faire d'un tel mécanisme la solution procédurale de toutes les questions de justice n'est-il pas disproportionné ?

De plus, cette construction du résultat que représente cette procédure, ne repose-t-elle pas sur le fait qu'on part de jugements *déjà posés* sur des situations réelles, qu'on a sélectionnés compte tenu de la justesse de leur contenu, de la qualité de discernement dont ils témoignent, et dont on propose simplement une genèse alternative, transcendantale, constructiviste, après coup ? Comme le relève Carla Bagnoli, reprenant une critique de Joseph Raz, « le souci est que, si l'on va au fond des choses, le constructivisme ne sert à rien parce que "la procédure ou le critère qu'il propose ne produit un résultat qu'en présupposant des jugements de valeur qui ne peuvent être établis qu'indépendamment de lui" »¹⁶⁹ !

On doit admettre, dira-t-on, qu'une telle procédure se présente comme un test complémentaire, et à ce titre peut se voir reconnaître une certaine utilité. Dans le sens d'une complémentarité, peut-être, Rawls indique que l'idée d'un jugement bien pesé (s'agissant des deux principes de justice) « est *en partie* dérivée » du mécanisme de réciprocité à l'œuvre dans la position originelle¹⁷⁰. Il est significatif qu'il ne dise pas « est en totalité dérivée de... ». Mais il laisse dans l'obscurité, en revanche, de quoi exactement dépend « l'autre partie ». On peut penser que c'est de « *Sachüberlegungen* »¹⁷¹, et qu'une « *logic of the understanding* » est à l'œuvre pour cette autre partie.

On ne le sait pas, mais il y a de toute façon un problème avec cette idée de complémentarité, malheureusement : si l'on a découvert la procédure équitable qui « transmet son caractère au résultat » (c'est la procédure du contrat social, avec l'idée de réciprocité au centre), c'est une fort bonne chose, mais elle lui transmet cependant aussi son caractère bilatéral, et c'est précisément là le problème qui amène Amartya Sen à dire que la tradition du contrat social « finit par fonctionner comme un obstacle à la raison pratique sur la justice »¹⁷². On ne peut donc pas considérer que cette procédure peut « simplement » jouer un rôle complémentaire. Elle modifie le fonds ! L'approche transcendantale aboutit à une situation dans laquelle ce qui fait difficulté est le contenu lui-même des principes auxquels aboutit nécessairement la procédure dont la réciprocité constitue l'épine dorsale. La réciprocité qui caractérise la procédure se retrouve dans le produit final, dans le contenu des principes. Catherine Audard le reconnaît d'ailleurs lorsqu'elle affirme que la justice construite par Rawls « rend son dû à chacun sur la base de la réciprocité... » (voir citation complète *infra* pp. 485-486, note 306). Que le premier principe de justice de Rawls, celui qui a une priorité absolue, soit précisément la limitation réciproque de la liberté de chacun, c'est-à-dire la réciprocité kantienne elle-même, le montre bien. L'exemple en matière de droits de l'homme, lorsqu'on aboutit à un concept à leur propos entièrement imprégné de l'idée de réciprocité, est parlant : on arrive au résultat que l'être humain est

¹⁶⁹ Carla Bagnoli, Constructivism in Metaethics, p. 20, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, p. 20: « The worry is that, in the final analysis, constructivism is vacuous because "its test yields results only by presupposing moral views which can only be established independently of it" » (l'auteur cité est J. Raz, Numbers, With and Without Contractualism, *Ratio*, 16/4, pp. 346-367, p. 358).

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 201, note 7 (c'est nous qui soulignons) ; « is in part derived » signifie, dit Rawls, que cela provient « from the concept of a person so placed that he has no incentive to make these manoeuvres ».

¹⁷¹ *Supra*, note 11.

¹⁷² Amartya Sen, *L'idée de justice*, p. 486.

simultanément détenteurs de droits et débiteurs des obligations y relatives, de telle sorte que les droits de l'homme reflètent « des droits [et obligations] systématiques et égalitaires de tous envers tous, à tel point que tous les sujets de droits de l'homme ont les mêmes droits [et obligations] envers tous, et ces droits [et obligations] constituent un statut moral égal »¹⁷³.

Pourquoi est-ce un problème ? Gilbert Hottois, nous semble-t-il, l'a bien montré, même si pour lui c'était là quelque chose de positif : la conséquence de la réciprocité au niveau du contenu des principes de justice, est qu'on est seulement lié à l'égard des autres parties au contrat, et pas, par exemple, des générations futures, des gens qui n'existent pas encore et n'existeront peut-être jamais. Gilbert Hottois a en effet utilisé le fait que les seules bornes (les seules obligations) qu'on rencontre dans cette approche affectent non pas la liberté et la volonté elles-mêmes, mais leur exercice dans un contexte social, c'est-à-dire vis-à-vis des autres membres de la société, pour déduire que nous sommes totalement libre face aux générations futures¹⁷⁴.

Donc le principe sous-jacent est (quand on adopte une procédure imprégnée de l'idée de réciprocité, qui se transmet aux résultats de la procédure) : là où il n'y a pas de réciprocité possible, il n'y a pas d'obligation ! Hans Jonas a abordé sa réflexion sur les droits et les obligations dans le domaine des biotechnologies pouvant affecter la vie des générations futures, en notant l'insuffisance et le caractère biaisé de l'idée de droits et d'obligations à laquelle on se réfère habituellement, selon la thèse contractualiste : toute obligation est l'image inversée du droit de quelqu'un d'autre, c'est-à-dire d'un autre membre de la société, et, en conséquence, il n'y a obligation pour quelqu'un que s'il y a droit correspondant de quelqu'un d'autre lui faisant face, dans un rapport de réciprocité actuel à son égard¹⁷⁵.

Il faut en conséquence, selon Jonas, pour parler d'obligation ou de responsabilité vis-à-vis des générations futures, en matière d'environnement ou de climat, par exemple, c'est-à-dire d'obligations face à qui personne ne s'est engagé dans un contrat social, accepter de concevoir une obligation (l'obligation de responsabilité vis-à-vis des générations futures) qui n'est pas l'image inversée du droit de quelqu'un d'autre¹⁷⁶. Signalons d'ailleurs que ce n'est pas un problème qui peut être corrigé en rajoutant des clauses au contrat social, compte tenu de la contrainte de la réciprocité (quoique que ce soit là quelque chose qu'il est plus facile de faire avec le contractualisme de Rawls qu'avec celui de Hobbes) : l'idée même de réciprocité n'a aucun sens entre les générations actuelles et les générations qui existeront dans deux cent ans ! La tentative de Rawls, de parler de « [citoyens] libres et égaux dans un système de coopération sociale couvrant

¹⁷³ Samantha Besson, *The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights : Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to*, Leiden Journal of International Law, vol. 25., n° 4, 2012, pp. 857-884, p. 860 (notre traduction).

¹⁷⁴ Gilbert Hottois, *Essais de philosophie bioéthique et biopolitique*, Vrin, Paris 1999.

¹⁷⁵ Hans Jonas, *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, trad., Champs Flammarion, Paris 1998, p. 86 : « L'idée traditionnelle des droits et des obligations ... échoue face au but que nous nous sommes fixé. Car n'a de revendications que ... ce qui tout d'abord existe. Ce qui n'existe pas n'élève pas de revendications, c'est pourquoi ses droits ne peuvent pas non plus être lésés... ».

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 89 : « Il s'agirait ... ici d'une obligation qui n'est pas l'image inversée du droit de quelqu'un d'autre... ».

plusieurs générations »¹⁷⁷ n'est pas consistante avec l'idée de réciprocité, sauf si par « plusieurs générations » on se limite aux deux ou trois générations actuelles.

On touche ici du doigt la limite absolue de l'idée pythagoricienne de réciprocité, ce qui fait qu'elle ne peut pas constituer sans plus la justice : les relations mathématiques ne connaissent ni futur ni passé, contrairement au droit des hommes. L'homme vit dans le temps. Son droit ne peut pas être construit sur l'hypothèse d'une réciprocité opérant dans une simultanéité parfaite entre tous les agents humains, qu'on imagine hors du temps, comme si c'était des anges.

Avec la tradition du contrat social, on a sans doute quitté le droit de Dieu, dit-on souvent, mais on l'a quitté pour une sorte de droit des anges, le droit d'êtres qui vivraient hors de toute dimension temporelle. Il faut faire encore un effort pour arriver à l'homme et à son droit, semble-t-il.

D - La doctrine de base commune au transcendantalisme institutionnel et à l'empirisme classique (y compris l'utilitarisme) : le volontarisme de Guillaume d'Occam

On a parlé plus haut du conflit entre empirisme classique (Hume) et transcendantalisme (Kant) pour situer le rôle de « pierre de touche de la conformité au droit » que le transcendantalisme et la tradition du contrat social font jouer au concept de réciprocité. Selon Rawls si l'on pense (comme Hume) que l'utilité fournit une base suffisante pour comprendre la justice, on approche la justice sans égard à la différence entre les personnes (on adopte une approche agrégative : le bon traitement dont bénéficie une personne compense le mauvais traitement que doit subir une autre dans le calcul d'utilité déterminant ce qui est juste). Les restrictions qu'il faut apporter au calcul d'utilité pour éviter cette conséquence ne peuvent être justifiées, selon Rawls, « que si l'on se réfère à ces aspects de la tradition de pensée du contrat social, qui conceptualisent la justice comme de la réciprocité ». Le recours à la réciprocité est donc pour Rawls la seule façon d'assurer un fondement objectif à des jugements de justice tenant compte de la différence des personnes entre elles.

On a vu aussi que pour comprendre ce conflit entre empirisme et transcendantalisme il faut tenir compte de ce qu'ils ont en commun (comme on l'a dit, Rawls a reconnu qu'il y avait entre eux un élément commun) : le primat absolu de la subjectivité, mis en évidence par Guillaume d'Occam. Ce conflit est donc une dispute au sein de la famille occamienne. Michel Villey avait déjà vu l'influence d'Occam dans ce qu'il comprenait comme la reconstruction conceptuelle du droit par les Modernes sur des bases subjectives, mais il n'a pas suffisamment saisi la radicalité de la position d'Occam, laissant croire à ses disciples et à ses adversaires que tout avait été compromis par la mise en question, par Occam, des genres et des espèces. En effet, disait-il, « point d'universels, point de structures, [et donc] point de droit naturel »¹⁷⁸.

¹⁷⁷ John Rawls, *Justice as reciprocity*, p. 578.

¹⁷⁸ Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne. Cours d'histoire de la philosophie du droit*, Sirey, Paris 1975, p. 208. Voir p. 199 et suivantes, tout le chapitre sur Guillaume d'Occam, en particulier pp. 204-208 où Villey attribue l'abandon du droit naturel aristotélicien au fait que « la métaphysique d'Occam transporte dans le monde du langage et de la pensée, dans l'univers conceptuel, ce qui appartenait, pour les thomistes, au monde de « l'être » : les genres, les « formes communes », et les relations » (p. 207). A s'exprimer ainsi, Villey risque de rendre la pensée du droit naturel

Occam en réalité se caractérise par quelque chose de beaucoup plus extrême, quelque chose qui va bien au-delà d'une réaction contre la doctrine de Scot de la distinction *ex natura rei*¹⁷⁹ : il s'agit, comme le dit André de Muralt, de « l'idée nouvelle d'une opération humaine absolue de toute relation à son objet, qu'il s'agisse de la connaissance ou de l'opération pratique de la volonté »¹⁸⁰. C'est précisément cette façon de penser que Kant reflète dans son propos, de façon étonnamment transparente, quand il affirme, s'agissant de ce qu'il appelle « la loi de la causalité par la liberté », « que nous avons affaire maintenant à une volonté et que nous avons à considérer la raison, non pas dans son rapport à des objets, mais à cette volonté et à sa causalité [inconditionnée] », et qu'il indique « que les propositions fondamentales de cette causalité inconditionnée empiriquement constituent le point de départ de... »¹⁸¹.

En conséquence de cette conception, on a chez Occam et ses héritiers, selon de Muralt, « une connaissance et une volonté humaine dont les actes, indépendamment absolument de la causalité propre de leur objet, [peuvent être] dits ... vrais et bons par soi », c'est-à-dire sur une autre base que leur objet¹⁸². André de Muralt ajoute : « comme le dit Duns Scot de la volition, la puissance du sujet est désormais cause totale de ses opérations, et son objet en vient à ne plus jouer, au mieux, que le rôle d'une condition *sine qua non* ou d'une occasion »¹⁸³. « L'argumentation ... a été ... portée à l'extrême par Occam dans le domaine pratique »¹⁸⁴. C'est cette position extrême qui a été « la plupart du temps compris[e] sous le terme de volontarisme »¹⁸⁵.

Il résulte de l'idée d'une opération humaine « absolue de toute relation à son objet » que l'opération humaine n'est en elle-même rien d'autre que la liberté en acte : la liberté de la volonté, une liberté entendue en un sens qui sera précisé par Hobbes comme étant l'absence d'entraves extérieures (*the absence of externall Impediments*) à la volonté¹⁸⁶. La doctrine d'Occam présente clairement dès le 13^e siècle ce que de Muralt appelle « les deux traits essentiels de la conception occamienne-moderne, c'est-à-dire de la conception libérale de la liberté »¹⁸⁷ : la liberté comme le pouvoir d'utiliser sa puissance comme on l'entend, aussi arbitrairement qu'on veut, et l'idée d'une limitation de la liberté de la volonté, mais une limitation constituée par autre chose que « son rapport à des objets ».

Pour Occam, la limitation de cette liberté est nécessairement extrinsèque : c'est la loi divine. Mais pas n'importe quelle loi divine ! On a là l'élément le plus significatif du subjectivisme radical d'Occam, décisif pour toute la pensée moderne : pour Occam, Dieu, dans sa toute-puissance absolue, « aurait pu

aristotélicien tributaire de la doctrine de Duns Scot, avec son idée qu'à toute notion distincte *in esse objectivo* correspond nécessairement une formalité réellement existante dans la chose, une pensée qui va tant influencer Descartes et tous ceux qui parlent des idées de l'entendement comme les vrais objets connues (André de Muralt, *L'enjeu de la philosophie médiévale*, pp. 68 et 73).

¹⁷⁹ André de Muralt, *L'enjeu de la philosophie médiévale*, pp. 64-70. Cet auteur précise que cette distinction « vise à assurer la correspondance parfaite, et quasi terme à terme des formes conceptuellement considérées par l'intellect et des formes existantes dans la réalité » (p. 65).

¹⁸⁰ *Ibid.*, pp. 34-35.

¹⁸¹ Kant, *Critique de la raison pratique*, Introduction, p. 105.

¹⁸² André de Muralt, *L'unité de la philosophie politique*, p. 27.

¹⁸³ André de Muralt, *L'enjeu de la philosophie médiévale*, p. 35.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 79.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 35.

¹⁸⁶ Voir *supra*, notes 57-58.

¹⁸⁷ André de Muralt, *L'enjeu de la philosophie médiévale*, 1991, p. 81.

prescrire à la volonté humaine la haine de l'ami ou la haine de Dieu, comme également bonnes, c'est-à-dire légales, salvifiques, et méritoires du salut éternel »¹⁸⁸. Occam a découvert ainsi que la limite à la liberté absolue de la volonté humaine dans l'individu ne peut se faire, si elle se fait, que par une extériorité totale. Pour Occam, il y a donc une limite totalement extrinsèque (maintenant que « la relation intentionnelle de la puissance vivante du vouloir à ce qui lui est bon, aimer son ami... [centrale dans l'éthique aristotélicienne,] est rompue »¹⁸⁹), et cette limitation extrinsèque se fait « par l'imposition *a priori* de la loi. Il se trouve que, *de potentia ordinata dei*, cette loi est la loi de l'amour évangélique (un franciscain serait malvenu d'enseigner autre chose), il n'en reste pas moins qu'une loi de haine et de guerre aurait été tout aussi concevable absolument »¹⁹⁰.

Le passage à la modernité, au niveau conceptuel, dans le cadre de la structure de pensée occamienne, ne consiste pas dans le fait qu'on passe de la loi de Dieu à la loi des hommes, comme on le dit sans cesse, mais dans le fait qu'on a décidé d'exploiter sans crainte toutes les possibilités de limitation de la liberté de l'individu par une extériorité, qu'offrait la pensée de structure occamienne dans laquelle on s'inscrivait, notamment la limitation par autre chose qu'une loi. On a compris que la limitation de la liberté individuelle par une extériorité peut très bien tenir au fait que cette liberté individuelle, comme elle est prise dans les rapports extérieurs des hommes entre eux (l'homme n'étant pas seul), « s'aliène elle-même » en prenant en compte ces rapports avec autrui, ou « est aliéné par » ces rapports avec autrui, qui s'imposent à elle comme une extériorité, dans un cas comme dans l'autre. On peut en effet concevoir la réciprocité des rapports interindividuels positivement ou négativement, dans la violence ou dans la paix, à l'état de nature (si on le conçoit comme Hobbes et Kant) ou non. L'idée d'une liberté individuelle « aliénée par les autres à proprement parler »¹⁹¹ est clairement exprimée par les derniers mots de la pièce *Huit Clos* de Sartre, qui sont clairs : « Pas besoin d'un gril : l'enfer c'est les autres ». Il y a aussi la position particulière de la philosophie pratique de Kant : elle s'inscrit parmi les philosophies modernes qui considèrent que la réciprocité des rapports interindividuels peut, et même *doit* être envisagée positivement, que la liberté individuelle, en quelque sorte, « s'aliène elle-même pour les autres », ou pour elle-même, en chaque individu (ou peut aussi s'aliéner ainsi), mais elle le fait en revenant à « l'idée de loi comme seul principe formel de l'agir moral », comme c'était le cas chez Occam, mais c'est une loi qui s'identifie à la limitation réciproque des libertés dans les rapports extérieurs des hommes entre eux, les uns par les autres, selon une loi universelle. C'est une loi qui n'impose donc que ce qui est nécessaire pour qu'il existe une réciprocité positive parfaite dans les interactions entre tous les êtres raisonnables.

Il n'est pas sûr que parmi les différentes options en matière de limite à cette liberté (en soi illimitée, parce que « essentiellement libre de droit à l'égard de toute détermination finale »¹⁹²), il y en ait une qui soit plus justifiée ou justifiable que l'autre, selon les éléments qu'offre la pensée de structure occamienne elle-même. Parmi les options proposées, on a mentionné celle d'Occam, celle de Sartre, celle de Kant, et il aurait fallu mentionner aussi celle de Hobbes, celle de Rousseau et celle de beaucoup d'autres pensées.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 79.

¹⁸⁹ *Idem.*

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 80.

¹⁹¹ André de Muralt, *L'enjeu de la philosophie médiévale*, 1991, p. 81.

¹⁹² *Ibid.*, p. 80.

E - Les conséquences du volontarisme occamien en droit

Pour l'occamisme, en matière de limites à la liberté individuelle et de régimes juridiques tout tient à quelque chose d'extrinsèque, à la loi de Dieu selon Occam, celle qu'il prescrit dans sa toute-puissance absolue, ou à celle d'un souverain arbitraire selon Hobbes, ou à quelque autre limite extrinsèque (par rapport à la liberté, identifiée à l'opération humaine dans sa spontanéité). En droit, le naturalisme sous toutes ses formes doit donc être rejetée. Mais sur quoi peuvent bien reposer des principes méta-individuels, dans une telle perspective ?

On verra que la situation est assez chaotique, et les idées à ce propos en définitives peu convaincantes par rapport à l'autre tradition qui existe dans la modernité, et qu'on va aborder dans la section suivante, soit : la possibilité d'un jugement impartial en matière de justice, indépendamment de toute pierre de touche, de tout critère préalable, quand il s'agit de jugement sur des situations problématiques concrètes, et que l'on compare les différentes solutions possibles du problème !

1) Contre le naturalisme en droit

Dans la perspective de l'occamisme, on dira facilement que « tout rapport [aux autres, à soi-même et] aux choses est d'abord et surtout un rapport au sens et aux valeurs [pour Occam, un rapport au sens et aux valeurs qui sont fixés dans la loi de Dieu, pour Hobbes, à ceux qui sont fixés dans la loi du souverain, etc.], et [que] tout sens ou valeur relève exclusivement de la subjectivité individuelle ou collective [et est donc le résultat d'une construction, d'une fabrication, d'une invention]. Tout régime juridique est le résultat d'une projection culturelle de sens et de valeur, une « constitution imaginaire » comme le dit Cornelius Castoriadis, ou, dans le vocabulaire de Pierre Bourdieu, une lutte de classement, ou le produit d'une construction artificieuse, plutôt que le résultat nécessaire d'une destination naturelle... Il faut se persuader que tout rapport [de l'homme à l'homme, de l'homme à soi-même et] de l'homme aux choses est le fruit d'une affectation, d'une finalisation, extrêmement variable d'après les époques et les cultures. Les réalités qui, dans l'histoire du droit, ont été réputées naturelles ou sacrées sont évidemment les choses les plus investies politiquement et culturellement. Il en résulte que toute étude et toute pratique ne peut qu'être relativistes et contextuelle : il n'y a pas de modèle « en soi », pas de catégorie éternelle, naturelle, ou sacrée »¹⁹³.

2) Les variantes post-nietzschéennes du volontarisme occamien

Nous avons rajouté dans l'extrait qui précède, entre crochet, l'idée que selon la logique de la pensée occamienne il faut rejeter le naturalisme aussi dans les rapports de l'homme avec l'homme et de l'homme avec lui-même, pas seulement dans son rapport aux choses. On peut s'en étonner. Mais les variantes post-nietzschéennes du volontarisme occamien vont en effet jusque-là, tellement est forte leur adhésion à la vérité d'un constructivisme radical, dont ils parcourent la logique interne avec beaucoup plus de rigueur que les autres courants occamiens, qui se limitent souvent à une sorte d'esthétisme un peu sombre.

¹⁹³ François Ost, *Propriété et biens communs*, in : Winiger Bénédicte / Mahlmann Matthias / Clément Sophie / Kühler Anne, *La propriété et ses limites*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beihefte 154, Franz Steiner Verlag, Stuttgart 2017, pp. 131-171, en particulier p. 133.

Voyons l'exemple d'une rigueur qui va jusqu'au refus du naturalisme dans le rapport à soi, dans le rapport de la personne avec elle-même, dans la conscience de soi. Comme l'affirme Olivier Cayla et Yan Thomas, du point de vue nominaliste, indépendamment du contrat social et de la construction qu'il représente, c'est-à-dire à l'état de nature, « il n'y a jamais de "personne humaine" ... : la nature est *vide de toute identité personnelle* »¹⁹⁴. Ce que, ajoutent les auteurs, « Rousseau exprime parfaitement dans sa description de l'état de nature comme étant celui où l'homme est réduit à la condition d'un "animal abruti" ». Aussi, « l'identité de l'individu, permettant de rapporter ses propres actions à la même d'un point d'imputation fixe et immuable, ... ne peut guère procéder que d'une *invention* qui la fait advenir : c'est précisément l'objet du *contrat social*... »¹⁹⁵. « C'est par l'*artifice du contrat social*, fondateur de la personne fictive par excellence qu'est la personne étatique, qu'advient la fiction de l'identité individuelle... ». C'est en définitive « par la soumission – *consentie*, lors de la passation du contrat social – de l'individu à la loi civile du souverain nominal étatique, que cet individu est assigné à l'*obligation de se reconnaître l'auteur* des actes qui lui sont imputés. Accédant alors à la conscience de soi, par l'effet de son assujettissement volontaire au commandement de la loi positive du souverain, l'individu *entre enfin dans l'ordre de l'humanité*... Ce processus d'humanisation par la loi... »¹⁹⁶. C'est à cela que peut conduire l'idée occamienne d'une opération humaine « absolue de toute relation à son objet » : une opération humaine conçue comme celle d'un animal abruti, libre sans doute en droit de toute interférence externe, mais qui ne sort de son abrutissement et de son animalité et n'entre dans l'ordre de l'humanité que « par l'effet de son assujettissement volontaire au commandement de la loi positive du souverain » !

3) L'empirisme classique

Cette position va apparemment au-delà de l'empirisme classique de Hume et de Bentham, qui se placent aussi dans une structure de pensée de type occamien, c'est-à-dire qui partent d'une façon ou d'une autre de la conviction que l'opération humaine est libre à l'état de nature, au sens de l'absence de toute entrave extérieure (*the absence of external Impediments*) par rapport à l'exercice de la puissance dont on dispose, de l'absence de toute loi, de tout pacte et de tout autre obligation¹⁹⁷. Mais l'empirisme classique insiste sur le versant de la nécessité, qui est mise en évidence par Hobbes en ces termes : « La liberté et la nécessité sont compatibles, comme dans le cas de l'eau qui n'a pas seulement la liberté, mais qui se trouve aussi dans la nécessité de s'écouler en pente... Il en est de même pour les actions que les hommes font volontairement, qui, parce qu'elles procèdent de leur volonté, procèdent de la liberté ; et cependant, parce que chaque acte de la volonté de l'homme et chaque désir et chaque inclination procèdent de quelque cause, et cette cause d'une autre cause dans une chaîne continue ..., ces actions procèdent de la nécessité. »¹⁹⁸. Pour Hume, comme on l'a vu, il n'y a ni raison pratique, ni raison morale non plus : chaque motivation est nécessairement sous-tendue par une passion imperméable à l'évaluation par la raison et

¹⁹⁴ Cayla Olivier / Thomas Yan, *Du droit de ne pas naître. A propos de l'arrêt Perruche*, Gallimard, Paris 2002, p. 82.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 83.

¹⁹⁶ *Ibid.*, pp. 83-84.

¹⁹⁷ Voir *supra*, notes 57-58.

¹⁹⁸ Thomas Hobbes, *Leviathan*, chap. XXI, p. 338. Voltaire a bien résumé la pensée de Hobbes : « En quoi consiste donc votre liberté, si ce n'est dans le pouvoir que votre individu a exercé de faire ce que votre volonté exigeait d'une nécessité absolue » (Voltaire, *Dictionnaire philosophique*, sous « liberté »).

l'intelligence¹⁹⁹, ainsi qu'à toutes sortes d'autres forces, tout aussi impénétrables. Pour Bentham, la dimension psychologique et subjective que représente le plaisir et la peine sont « les deux maîtres souverains » sous lesquels la nature à placer l'humanité : « ils nous gouvernent dans tout ce que nous faisons, dans tout ce que nous disons, dans tout ce que nous pensons, et tout effort que nous pouvons faire pour secouer le joug ne servira jamais qu'à le démontrer et à le confirmer »²⁰⁰.

4) La demande issue du devenir de nos sociétés démocratiques

Renaut note cependant, et c'est là mettre en avant une perspective qui est très éloignée des variantes post-nietzschéennes du subjectivisme occamien, et aussi de la variante propre à l'empirisme classique dont on vient de parler, que l'expérience au niveau politique nous conduit vers quelque chose d'assez différent de ce qu'expliquent les nietzschéens, Hume ou Bentham. Renaut souligne en effet que c'est à juste titre que J. Habermas pose la question suivante : existe-t-il et en quel sens des vérités d'ordre pratiques²⁰¹? Comme le dit Renaut, c'est une « formulation qui correspond à la demande issue du devenir de nos sociétés démocratiques : une demande de ... principes méta-individuels irréductibles à celui qui les pose et capables de figurer une dimension de vérité pratique ou, selon une terminologie plus kantienne, d'« objectivité pratique »²⁰².

Il s'agit d'une demande compréhensible, mais difficile à satisfaire pour des philosophies qui se placent dans le contexte du volontarisme occamien, dominé, comme on l'a vu, par l'idée que l'opération humaine, « absolue de toute relation à son objet », n'est en elle-même rien d'autre que la liberté au sens de l'absence d'entraves extérieures à ce qu'on a la volonté de faire d'une nécessité absolue (sous réserve de normes tombées du ciel ou d'ailleurs).

5) Le constructivisme

Le volontarisme occamien est un contexte dans lequel le seul moyen d'atteindre une éventuelle objectivité en matière de principes de justice *ne peut être que le recours à des normes*. Et c'est dans ce contexte, en lien avec la mise sur pied de ces normes, que le terme de « constructivisme » a été mis au premier plan par un article de Rawls de 1980, *Kantian Constructivism in Moral Theory*²⁰³. Selon Rawls, « le constructivisme kantien soutient que l'objectivité dans le domaine moral doit être comprise comme un point de vue social adéquatement construit, que tous peuvent accepter »²⁰⁴. On a vu plus haut qu'il s'agit de construire la validité intersubjective des principes de justice au moyen d'une procédure (de construction) dans laquelle l'instrument de base est l'idée de réciprocité dans les interactions humaines, un peu comme en géométrie l'instrument de base pour la construction de cercles ou d'arcs de cercle est le compas. Comment en effet éviter de recourir à la construction de quelque chose d'artificieux, compte tenu du fait qu'on part de l'idée d'une opération humaine « absolue de toute relation à son

¹⁹⁹ Voir Amartya Sen, *L'idée de justice*, p. 78, qui cite Thomas Nagel.

²⁰⁰ *Introduction aux principes de la morale et de la législation* (1789), in : Catherine Audard (édit.), *Anthologie historique et critique de l'utilitarisme*, PUF, Paris 1999, p. 201.

²⁰¹ *Morale et Communication* (1983), trad. C. Bouchindhomme, ed. du Cerf, Paris 1986, dans le texte « Note programmatique pour fonder une éthique de la discussion », pp. 63-130.

²⁰² Alain Renaut, *Kant et les kantismes*, p. 127.

²⁰³ John Rawls, *Kantian constructivism in Moral Theory*, 1980, in : Samuel Freeman (édit.), *Collected Papers*, Harvard University Press, Cambridge 1999, pp. 303-358.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 307 (c'est nous qui traduisons).

objet », d'une opération dont « la puissance du sujet est désormais cause totale... », et qui pour cette raison jouit d'une liberté sans limite ?

Le caractère « adéquatement construit » du point de vue en question suppose, dit Rawls, « une *conception précise de la personne* », et « une procédure *raisonnable* de construction dont le produit détermine le contenu des deux principes premiers de justice »²⁰⁵. S'agissant de la « conception du raisonnable (le raisonnable, comme opposé au rationnel, au sens instrumental du terme) »²⁰⁶, Rawls, bien qu'il propose différentes versions dans ses différents livres²⁰⁷, part toujours d'une position kantienne. Il propose en effet toujours d'éviter le subjectivisme moral par la conformité de la volonté à une loi morale qui serait objectivement nécessaire, en ce sens qu'elle serait nécessairement valable pour tous, intersubjective. Comme le dit Carla Bagnoli, « Kant pense en effet qu'il n'y a qu'une manière de produire des raisons [de faire telle ou telle action, ou d'adopter des principes comme les deux principes de justice dont Rawls parle] ; Kant l'appelle Impératif Catégorique »²⁰⁸. C'est cette conception kantienne du raisonnable qui est sous-jacente derrière l'idée de Rawls, d'« une reconnaissance mutuelle des principes par des personnes libres et égales sans autorité les unes sur les autres »²⁰⁹. Comme on l'a vu, le raisonnable, ou l'universalisable, ou l'intersubjectif s'agissant des rapports extérieurs des hommes entre eux, dépend de la seule idée de réciprocité, qui pour cette raison constitue sans plus la justice et la raisonabilité dans les rapports extérieurs des hommes entre eux.

S'agissant de la conception que l'on se fait des personnes actives dans la construction, c'est selon Rawls l'usage même de l'idée de réciprocité dans cette construction qui implique que « les personnes doivent être conçues comme possédant une liberté originelle et égale »²¹⁰. Chez Rawls, sur ce point, si important pour lui afin d'écarter l'approche agrégative de l'utilitarisme, aucun naturalisme, aucune idée d'un être humain qui serait par nature un être raisonnable. Comme on l'a dit plus haut, il faut supposer que ces personnes sont mutuellement indifférentes, et qu'elles sont rationnelles (c'est-à-dire d'un calcul d'utilité). S'agissant de cette dernière exigence, il faut noter que Rawls n'attribue pas la raisonabilité aux acteurs du processus de construction, mais seulement la rationalité. Le caractère raisonnable du produit de la construction (des principes de justice) provient exclusivement du caractère raisonnable de la procédure de construction.

6) *Tout est-il construit, même le raisonnable, c'est-à-dire ce qui sert à construire ?*

Mais sur quoi tout l'édifice repose-t-il donc ? Rawls est catégorique : « La première question, dans le constructivisme moral, c'est qu'est-ce qui est construit ? La réponse est : le contenu même de la doctrine [c'est-à-dire les deux

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 304.

²⁰⁶ Onnora O'Neill, *Constructivism in Rawls and Kant*, in : Samuel Freeman (édit.), *The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge University Press année? (cite : *Constructivism in Rawls and Kant*), pp. 347-367, p. 351: « reasonable (as opposed to the merely instrumentally rational) ». Le rationnel est limité au calcul des moyens en vue d'un but que l'on s'est donné, librement ou pas, peu importe. C'est ce à quoi est limitée la raison comme la conçoit David Hume (voir *supra*, note 101)

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 351.

²⁰⁸ Carla Bagnoli, *Constructivism in Metaethics*, p. 20, Stanford Encyclopedia of Philosophy, p. 4.

²⁰⁹ John Rawls, *Justice as Reciprocity*, p. 209.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 192.

principes de justice]... Une seconde question est celle-ci : La procédure prescrite par l'impératif catégorique est-elle elle-même construite ? Non, elle ne l'est pas : Elle est simplement posée... L'idée ici c'est que tout ne peut pas être construit, et toute construction à un fondement, un certain matériau, d'où la construction part »²¹¹.

La question de Rawls, c'est la grande question de la philosophie transcendantale. Pourquoi en effet adopter cette conception du raisonnable pour aborder les questions de justice, et pas plutôt celle qui identifie le raisonnable à la solution adéquate dans la situation concrète en cause, au *sachgerecht* (au matériellement juste), disponible dans l'héritage aristotélicien, et que les partisans de Kant semble ne pas connaître, qu'ils ne discutent en tous cas pas ? Ainsi, Renaut part sans aucune discussion de ce « concept de l'objectivité qui, disponible dans l'héritage de l'idéalisme critique » n'aurait pour seul concurrent, à le suivre, que l'approche qui « consiste à mesurer l'objectivité d'une représentation (y compris celle d'une fin) ... à sa conformité à un en soi », autrement dit l'héritage platonicien²¹². Mais comment s'engager sans discussion dans la conception kantienne de l'objectivité (ce qui a la « capacité à valoir, non seulement pour moi, mais pour tous... »), alors qu'on n'est pas certain que le principe de l'impératif catégorique, sur qui tout repose, repose lui-même sur des bases solides ?

Le moins qu'on puisse dire, c'est que les avis divergent fortement sur ce point central ! On vient d'indiquer la réponse de Rawls (c'est quelque chose qu'il faut supposer, une hypothèse) Renaut résume ainsi la situation dans la pensée allemande : « Comme on sait, c'est précisément à propos d'une telle "fondation ultime" que se met en place le débat qui oppose aujourd'hui ... Habermas et Apel : je ne peux ici que rappeler le nerf de ce débat : Appel s'engage dans un processus de fondation transcendantale du principe d'universalisation, laquelle constitue précisément la troisième dimension "kantienne" de sa version de l'éthique de la discussion ; au contraire Habermas conteste à la fois l'efficacité et la nécessité d'une telle démarche en objectant que le principe d'une éthique de la discussion pourrait être justifié sans être fondé au sens d'une fondation transcendantale. »²¹³ La justification pour Habermas se fait « par une théorie de la société montrant par quelles procédures les normes valides se constituent et sont reconnues comme telles dans le fonctionnement démocratique des sociétés modernes »²¹⁴. Selon Renaut, « K. O. Apel objecte bien sûr à Habermas que nulle théorie de la société, de caractère « descriptif » ou, si l'on veut, phénoménologique, ne saurait permettre de faire l'économie d'une réflexion de type transcendantal mettant en évidence la nécessité *a priori* de se conformer, pour le sujet de l'argumentation en matière pratique, aux principes de la discussion rationnelle »²¹⁵.

Onnora O'Neill va dans le sens d'Apel, plutôt que dans celui de Rawls et d'Habermas, et plaide pour une construction de la raison par elle-même. Selon elle, seule la raison peut présenter et vérifier la base sur laquelle reposent ses propres prétentions²¹⁶. Pour Kant, dit-elle, « c'est parce que l'autorité de la raison

²¹¹ John Rawls, *Themes in Kant's Moral Philosophy*, S. Freeman (édit.), *Collected Papers*, pp. 497-528.

²¹² Alain Renaut, *Kant et les kantismes*, p. 131.

²¹³ Kant, *Métaphysique des mœurs I*, p. 25 de la présentation de A. Renaut.

²¹⁴ *Idem.*

²¹⁵ *Idem.*

²¹⁶ Onnora O'Neill, *Constructivism in Rawls and Kant*, voir toute la section, pp. 357-361.

n'est pas donnée qu'elle doit être instituée ou constituée – construite – par l'agent humain »²¹⁷.

Renaut va aussi dans le sens d'Apel, et s'agissant de ce que O'Neill appelle la « construction de la raison par elle-même », il découvre dans Fichte un étrange renversement : ce serait le principe d'universalisation (l'impératif catégorique) qui serait dérivé de la réciprocité dans les rapports extérieurs des hommes entre eux, et non pas la réciprocité qui serait une mise en œuvre d'un principe d'universalisation préalablement mis à jour, comme on l'a supposé jusqu'à maintenant. Cela s'établirait à travers une « déduction de l'intersubjectivité » à partir de la réciprocité. Le droit comme réciprocité, comme limitation réciproque des libertés, loin d'être une « incarnation » de l'universalisation (de la morale)²¹⁸, deviendrait le « concept originaire de la raison pure », selon l'expression de Fichte, si bien, dit Renaut, que « la philosophie du droit ne serait plus une simple partie de la philosophie, mais ce qui en établit la condition de possibilité »²¹⁹. Ce récit (c'est la déesse « réciprocité » qui fait rentrer cet animal abruti qu'est l'homme à l'état de nature dans l'ordre de l'humanité) est incontestablement plus beau que celui qui attribue le passage à « la soumission – *consentie*, lors de la passation du contrat social – de l'individu à la loi civile du souverain nominal étatique ». Ce sont des variantes plus ou moins belle de la tradition de pensée du contrat social.

IV - L'autre tradition dans la modernité : la possibilité d'un jugement impartial en matière de justice indépendamment de toute pierre de touche

A - L'existence d'une troisième voie en matière d'appréciations et de jugements de valeur (une voie ni transcendantaliste, ni platonicienne)

Ces incertitudes devraient conduire, nous semble-t-il, à explorer une troisième voie. Y a-t-il une objectivité possible en matière de jugement de justice, indépendamment de la procédure qui pourrait être utilisée, selon l'institutionnalisme transcendantal, comme pierre de touche de la conformité au droit, indépendamment aussi de tout recours à la conformité à un en soi ? Ou bien tout dans ce domaine, sans cela, se ramène-t-il au « sens *subjectif* de la justice », « aux valeurs *subjectives* du juge », à un *sentiment* de justice²²⁰.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 358 (nous traduisons).

²¹⁸ Voir *supra*, note 113, le passage de Renaut qui utilise ce terme.

²¹⁹ Alain Renaut, *Le système du droit. Philosophie du droit dans la pensée de Fichte*, PUF, Paris 1986, p. 173. Voir aussi Alain Renaut, *Kant aujourd'hui*, Champs Flammarion, 1997, pp. 120-121.

²²⁰ Voir pour ces expressions, par exemple Paul-Henri Steinauer (*Le Titre préliminaire du Code civil, in Traité de droit privé suisse*, T. II/1, Bâle 2009, pp. 114-115), qui se pose cette question en relation avec l'article 4 du Code civil suisse, qui a pour résultat que le juge, chaque fois que la loi le renvoie d'une façon ou d'une autre à son *pouvoir d'appréciation*, doit « apprécier de façon objective tous les éléments pertinents [de l'affaire à trancher] et rechercher la solution adéquate aux circonstances spéciales du cas particulier », comme l'a dit l'arrêt du Tribunal fédéral du 17.09.1975 (ATF 101 Ia 545, consid. 2.d, p. 550). P.-H. Steinauer conclut qu'il « ne faut [...] pas opposer droit et équité, mais plutôt voir l'équité comme étant l'expression du droit dans les hypothèses de l'art. 4 » (p. 148). Voir Henri Torrione, *Les articles 1, 2 al. 2 et 4 du Titre préliminaire du Code civil, et la philosophie du droit*, in : Alexandra Rumo-Jungo, Pascal Pichonnaz, Bettina Hürlimann-Kaup et Christiana Fountoulakis (édit.), *Une empreinte sur le Code civil. Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer*, Editions Stämpfli, Berne 2013, pp. 65-80.

Avant de présenter la position de l'autre tradition dans la modernité, différente aussi bien de l'institutionnalisme transcendantal de Kant, de l'empirisme de Hume que du recours à un en soi chez Platon ou Grotius, examinons la réponse que donne Renaut à cette question, et essayons de mettre en évidence, à partir d'elle, les deux préjugés sur lesquelles elle repose – deux préjugés qui constituent ensemble la forme principale selon laquelle le volontarisme occamien se répand aujourd'hui. Ce sont les préjugés suivants : a) l'idée très répandue que les appréciations et les jugements de valeur sont subjectifs, alors que « les propositions de fait (*statements of fact*) peuvent être objectivement vraies et, aussi, objectivement infirmées ou confirmées » (vérificabilité); b) l'idée qu'entre jugements de fait et jugements de valeur, il n'y a pas seulement une différence, mais un fossé infranchissable, et en particulier que de ce qui est, on ne peut pas dériver ce qui doit être.

Nous partons de la prise de position suivante de Renaut (une prise de position ferme, bien qu'exprimée sous forme de question) : « pourquoi ne pas reprendre ... l'établissement de l'objectivité à partir de cet autre concept de l'objectivité qui, disponible dans l'héritage critique, consiste à mesurer l'objectivité d'une représentation (y compris d'une fin) moins à sa conformité à un en soi qu'à sa capacité à valoir ... pour tous... »²²¹.

C'est une réponse qui fait comme si la seule alternative au transcendantalisme était de recourir « à la conformité à un en soi », donc à « des fondations ontologiques ou cosmologiques de l'objectivité pratique... »²²². Lorsque Renaut soutient que le transcendantalisme institutionnel, essentiellement la *Doctrine du droit* de Kant²²³, avec son idée de limitation réciproque des libertés comme pierre de touche de la conformité au droit, est seul capable de répondre à ce qu'il appelle « la demande ... de principes méta-individuels irréductibles à celui qui les pose... »²²⁴, il fait comme si toute autre solution supposait la « référence à l'idée d'un Bien ou d'un Juste en soi auquel devrait correspondre une fin pour être bonne ou juste »²²⁵. Il n'y aurait donc rien, pour Renaut, entre la définition de l'objectivité par le transcendantalisme kantien, et une « définition de l'objectivité pratique comme adéquation ou conformité à un Bien ou Juste en soi », qui, dit à juste titre Renaut, « mobilise des investissements métaphysiques si lourds qu'il peut être coûteux d'y consentir aujourd'hui »²²⁶.

Renaut n'envisage pas du tout dans sa réponse la possibilité d'une troisième voie, ne serait-ce que pour l'écarter immédiatement : celle qui consiste à admettre qu'il y a des jugements de valeur, des appréciations, « qui sont en pratique regardés comme vrais ou faux et qui *doivent* être regardés ainsi »²²⁷, une voie très bien décrite dans l'ouvrage d'Hilary Putnam de 2002, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy*, traduit en 2004 sous le titre *Fait/Valeur : la fin d'un dogme*²²⁸. Hilary Putnam pense à des jugements comme « un monde dans lequel il y a une diversité de conceptions de l'épanouissement humain est meilleur qu'un monde dans lequel tout le monde est d'accord avec une seule conception »²²⁹.

²²¹ Alain Renaut, *Kant et les kantismes*, p. 131.

²²² *Idem*.

²²³ Kant, *Métaphysique des mœurs II*, Principes métaphysiques de la doctrine du droit.

²²⁴ *Ibid.*, p. 127.

²²⁵ *Ibid.*, p. 131.

²²⁶ *Idem*.

²²⁷ Hilary Putnam, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy*, p. 113.

²²⁸ Voir *supra*, note 135.

²²⁹ Hilary Putnam, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy*, pp. 112-113.

Selon lui, « le jugement que tel ou tel acte est cruel, ou est de la gentillesse, ou le jugement que cette personne est impertinente, qu'elle est spontanée, le jugement que c'est un enfant qui a des problèmes, ou que cette jeune personne est en train de découvrir son identité – il y a une infinité d'exemples, et une infinité de sortes d'exemples – sont tous des jugements de *valeur* au sens où on l'entend dans cette discussion »²³⁰. Pour Putnam, le tort d'une approche comme celle de Kant ou comme celle de Hume c'est de nier (tous les deux le nient, malgré leurs différences) que de tels discours « constituent l'expression de *jugements*, de réflexions qui peuvent être décrits comme vrais ou faux, comme confirmés ou non indépendamment d'une réserve telle que "pour telle société", ou "relativement aux désirs ou attitudes propres à tel individu" »²³¹.

Dans le chapitre de son livre consacré à la question de savoir si les valeurs sont fabriquées ou découvertes (chapitre 6), après avoir précisé la réponse de Hobbes et de tout ce que Sen appellera « institutionnalisme transcendantal » (les valeurs sont fabriquées mais « deviennent inter-subjectivement valides quand elles sont déclarées être telles [être la loi] par le "souverain" » ou par une sorte de raison publique), Putnam explique de la façon suivante ce qui se passe notamment en matière de jugements de justice : « nous produisons les différentes solutions envisageables pour faire face aux situations problématiques, et nous découvrons lesquelles d'entre elles sont meilleures et lesquelles sont moins bonnes »²³².

Ces deux opérations relèvent d'une enquête. Putnam note que pour Dewey, « une "enquête" au sens le plus large du terme, c'est-à-dire le traitement par l'homme de situations problématiques, implique de reconsidérer sans cesse aussi bien les moyens que les fins »²³³, et que le passage, dans le contexte d'une telle enquête, de ce qui est désiré ou préféré à ce qui est désirable ou préférable tient à un mot : « l'esprit critique (*criticism*) ». Putnam précise que « l'objectivité des jugements de valeur ne résulte pas d'un "organe de perception", mais de *l'esprit critique à l'égard de nos évaluations*. Nous ne cessons d'évaluer, cela est inséparable de toutes nos activités, y compris de nos activités "scientifiques", mais c'est par une réflexion intelligente [sur nos évaluations], le type de réflexion que Dewey désigne comme "*criticism*", que nous concluons que certaines d'entre elles sont confirmées alors que d'autres ne le sont pas »²³⁴.

Avec Dewey, Putnam « ne pense pas qu'une telle enquête a besoin de "critères", au sens d'algorithmes ou de procédures de décision, que ce soit en science ou dans la vie de tous les jours ; il pense [en revanche] qu'il y a des choses qu'on a apprises, s'agissant d'une telle enquête, au moyen de la conduite des enquêtes elles-mêmes qu'on a menées »²³⁵. En effet, il y a des choses « qu'on a apprises en observant et en expérimentant différentes façons de conduire l'enquête : l'échec de méthodes ... comme le recours à l'autorité, comme l'appel à des raisons soi-

²³⁰ *Ibid.*, p. 113.

²³¹ *Ibid.*, p. 131.

²³² *Ibid.*, p. 97: « we make ways of dealing with problematic situations and we discover which one are better and which are worse ».

²³³ *Idem*: « "inquiry" in the widest sense, that is human dealing with problematical situations, involves incessant reconsideration of both means and ends ».

²³⁴ Hilary Putnam, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy*, p. 103. « Objective value arises, not from a special "sense organ", but from the *criticism of our valuations*. Valuations are incessant and inseparable from all our activities, including our "scientific" ones, but it is by intelligent reflection on our valuations, intelligent reflection of the kind Dewey calls "*criticism*", that we conclude that some of these are warranted while others are unwarranted ».

²³⁵ *Ibid.* p. 104.

disant *a priori* »²³⁶. Et selon lui, « ce qui est vrai d'une enquête en général est aussi vrai d'une enquête sur des situations qui appellent des jugements de valeur »²³⁷. Il revient à plusieurs reprises sur le principe selon lequel « ce qui s'applique aux enquêtes en général s'applique aussi à celles en matière d'éthique »²³⁸. Ce principe « exige que nous soyons faillibilistes [en matière de jugements de valeur, en éthique], étant donné que le faillibilisme [ou principe de réfutabilité] est devenu inséparable de la méthodologie d'enquête rationnelle en général »²³⁹.

Il semble que Renaut donne une indication sur la raison qui le conduit à ne pas même mentionner l'alternative non platonicienne et non kantienne que l'on vient d'esquisser à l'aide des explications d'Hilary Putnam. Il la donne quand il affirme que « sur ce qui est, sur le factuel, nous savons ... que la revendication d'une vérité du discours a un sens – l'énoncé objectif sur les faits se laissant même désigner comme l'énoncé scientifique, en revanche, sur ce qui doit être, sur les fins, autrement dit : sur les questions d'ordre pratique, existe-t-il le moindre énoncé qui puisse prétendre à la vérité au sens de l'objectivité ? Les énoncés éthiques ne sont-ils pas l'expression de choix irréductiblement subjectifs... »²⁴⁰. Il formule en effet ici l'idée très répandue que les appréciations et les jugements de valeur sont subjectifs, alors que les propositions de fait (*statements of fact*) peuvent être objectivement vraies et, aussi, objectivement vérifiées²⁴¹. Certains vont même jusqu'à soutenir que les jugements de valeur « sont complètement étrangers à la sphère de la raison », qu'il n'y a pas de discussion raisonnable possible à leur sujet, que c'est comme les goûts et les couleurs, une question de préférences individuelles. Putnam cite un long extrait de Rudolph Carnap, l'un des plus célèbres représentants du positivisme logique, qui exprime cette conviction intime sur les jugements de valeur et les appréciations dans leur ensemble avec toute la clarté et le tranchant souhaitable²⁴².

En faisant comme si tout ce qu'on dit sur les jugements de valeur et les jugements de fait allait de soi, comme si cela n'avait pas du tout besoin d'être discuté de façon critique, on court le risque de ne pas faire attention au fait que la valeur de cette dichotomie ou de ce dualisme entre jugements de fait et jugements de valeur a été détruite, depuis une cinquantaine d'années, dans le domaine où elle prétendait pourtant être justifiée de façon absolument indiscutable : la connaissance scientifique, en particulier la physique. Faire comme si tout cela allait de soi, c'est se reposer avec confiance sur une science physique relative à la notion de "fait" qui était celle de la science à l'époque de Hobbes, de Hume ou de Kant, en ignorant, dit Hilary Putnam, que les choses ont radicalement changées avec la physique contemporaine²⁴³, avec la science révolutionnaire apparue dans

²³⁶ *Ibid.* p. 105.

²³⁷ *Ibid.* p. 104: « what holds good from inquiry in general holds for value inquiry in particular ».

²³⁸ *Ibid.* p. 133: « what applies to inquiry in general applies to ethical inquiry in particular ».

²³⁹ *Ibid.* p. 133.

²⁴⁰ Alain Renaut, *Kant et les kantismes*, pp. 127-128.

²⁴¹ Hilary Putnam, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy*, p. 1.

²⁴² *Ibid.*, p. 18. Carnap était membre du Cercle de Vienne, où figurait les représentants du positivisme logique (ou empirisme logique), qui promouvaient « une conception scientifique du monde ». Comme le dit Carnap dans cet extrait, toutes les propositions qui appartiennent à la métaphysique, à l'éthique normative, à l'épistémologie (métaphysique) sont en fait invérifiables, et pour cette raison, non scientifiques. Dans le Cercle de Vienne, on est habitué à les décrire comme des non-sens (suivant Wittgenstein) », et pas seulement comme des expressions vides de sens (pas seulement *sinnlos*, mais *unsinnig*).

²⁴³ Hilary Putnam, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy*, p. 21.

de la première moitié du vingtième siècle²⁴⁴. « L'idée qu'un "fait" est simplement une "impression" sensible [vérifiable comme telle] ne semble plus défendable »²⁴⁵.

Ces changements ont mis en évidence que ce n'est pas la science, mais « la métaphysique de Hume à propos de "ce qui relève du fait" ("*matter of fact*") qui constitue la seule base du dualisme en question »²⁴⁶. Il ne s'agit pas du tout de s'en prendre à la *distinction* entre jugements de fait et jugements de valeur, mais à ce qui est vraiment une thèse métaphysique discutable, soit que les jugements de valeur et les valeurs en éthique sont totalement séparés des questions de fait parce que les jugements de valeur sont d'une essence différente : ils sont nécessairement tous subjectifs, selon cette thèse métaphysique. Rappelons que les deux types de jugement (jugements de fait et jugements de valeur) sont des jugements synthétiques et pas analytiques, mais que selon cette approche seuls les liens synthétiques établis dans les propositions de fait (*statements of fact*) peuvent être objectivement infirmés ou confirmés, vérifiés par l'observation. La possibilité effective de vérifier un énoncé est centrale pour qu'on ait affaire à un "fait". La thèse est que l'éthique ne porte pas sur des "faits"²⁴⁷. Le positivisme logique, ce rejeton de l'empirisme classique, a défendu ainsi « la dichotomie entre des jugements dépourvus de tout sens du point de vue cognitif [les jugements synthétiques qui ne sont pas des jugements de fait], une catégorie qui incluait les jugements de valeur mais allait au-delà, et les jugements qui font sens d'un point de vue cognitif [les jugements de fait et les jugements analytiques] »²⁴⁸.

C'est comme on l'a dit la conception de Hume à propos de ce qui est "factuel" qui assure la dichotomie entre ces deux types de jugement dans cette métaphysique, mais selon Putnam la science a radicalement changé depuis Hume, et avec elle la conception du factuel, et les positivistes logiques eux-mêmes se sont vus contraints de plus en plus d'abandonner l'ancienne notion de ce qu'est un fait, celle qu'avait Hume²⁴⁹. Ce sont les critiques de W. O. Quine et d'autres au XX^e siècle sur le caractère intenable dans le discours scientifique de la séparation entre jugements analytiques et synthétiques qui a signé l'acte de décès de l'ancienne conception de ce qu'est un "fait" : cette conception s'est effondrée, et avec elle, la théorie qui soutenait le caractère objectif des jugements de fait et le caractère subjectif de tous les jugements de valeur²⁵⁰. La critique de Quine portait sur les concepts utilisés par la science²⁵¹, mais c'est précisément ce modèle (le discours scientifique) qui joue le rôle de point de repère quand Renaut parle de « l'énoncé scientifique ». Et donc l'effondrement des choses au niveau du modèle va entraîner des conséquences dans les autres domaines aussi, par exemple en économie et en droit. Les démonstrations de Quine conduisent à mettre en évidence que la science actuelle « présuppose des jugements de valeur – elle présuppose de tels jugements s'agissant de valeurs épistémiques... Un jugement relatif à la cohérence de quelque chose, un jugement relatif à la

²⁴⁴ *Idem*.

²⁴⁵ *Idem*: « The idea that a "fact" is just a sensible "impression" would hardly seem to be tenable any longer ».

²⁴⁶ *Ibid.*, pp. 14-15.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 19.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 61.

²⁴⁹ *Ibid.*, pp. 19-24.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 61.

²⁵¹ W. O. Quine a notamment attaqué la distinction entre les jugements analytiques et synthétiques, centrale pour le positivisme logique, qui la conçoit autrement que Kant (*ibid.*, p. 10-13).

plausibilité de quelque chose, un jugement relatif au caractère raisonnable de quelque chose, un jugement relatif à la simplicité de quelque chose sont tous des jugements normatifs au sens où l'entend Charles Pierce, c'est-à-dire des jugements sur « ce qui doit être » en matière de raisonnement [scientifique] »²⁵². Si l'énoncé objectif sur les faits, le discours scientifique, implique des jugements de valeurs, dépend de jugements de valeur, sans que cela ne nuise à son objectivité, on voit bien les conséquences qui peuvent s'ensuivre dans les autres domaines du savoir humain.

Cela conduit à tout le moins à mettre en question le second préjugé mentionné ci-dessus : celui qui consiste à croire que de ce qui est, on ne peut pas dériver ce qui doit être, ce que Hume avait formulé en disant que dans tous les systèmes de moralité qu'il a rencontrés, l'auteur commence « *in the ordinary way of reasoning* » en passant de « *is or is not to ought and ought not* »²⁵³. L'institutionnalisme transcendantal en déduit qu'il ne peut y avoir d'obligation que sur la base d'un contrat ou d'un impératif de la raison pratique, ou bien par « référence à l'idée d'un Bien ou d'un Juste en soi », comme le dit Alain Renaut. Mais Hilary Putnam a montré que « la métaphysique de Hume à propos de la "question de fait" constitue la base unique de la soi-disant non dérivabilité entre être et devoir-être »²⁵⁴. En révisant la notion de fait qu'avait Hume, en abandonnant l'idée qu'un "fait" est simplement ce qui se traduit en une "impression" sensible, le positivisme logique a détruit le point d'appui de la thèse de la non dérivabilité²⁵⁵.

Tout cela va conduire Putnam aux conclusions suivantes : 1) les jugements de valeur interviennent dans la preuve d'affirmations relatives à des faits ; 2) les jugements de fait interviennent dans la preuve des jugements de valeur ; 3) la description et l'évaluation sont interdépendantes ; 4) la preuve d'un jugement, peu importe qu'il s'agisse d'un jugement de fait ou d'un jugement de valeur, se fait à travers une enquête, et, comme le dit Putnam, « ce qui est vrai d'une enquête en général, est aussi vrai d'une enquête sur des situations qui appellent des jugements de valeur »²⁵⁶.

Sur le dernier point, il est frappant de voir que la position prise par Putnam à partir de l'exemple du discours de la science contemporaine, rejoint la position de la rhétorique des Anciens. Dans un article de 2004, j'avais relevé que cette position est encore adoptée par les praticiens actuels du droit. En quoi consiste-t-elle ? On peut la décrire de la façon suivante : 1) le rôle que jouent les arguments lorsqu'on se dispute sur le contenu du droit applicable n'est pas moins important que celui qu'ils jouent lorsqu'est en jeu la vérité de faits qui ne peuvent pas être établis directement²⁵⁷ ; 2) on constate tout d'abord que sur les

²⁵² Hilary Putnam, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy*, pp. 30-31: « ... presupposes values – it presupposes epistemic value... Judgment of "coherence", "plausibility", "reasonableness", "simplicity" are all normative judgments in Charles Pierce's sense, judgments of "what ought to be" in case of reasoning ».

²⁵³ On trouve les détails sur la position de Hume dans Putnam, *ibid.*, note 14, p. 149.

²⁵⁴ Hilary Putnam, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy*, pp. 14-15: « Hume's metaphysics of "matter of fact" constitutes the whole ground of the alleged underivability of "ought" from "ises" ».

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 21: « And in revising their notion of fact, I shall argue, they destroyed the very basis on which they erected the fact/value dichotomy ».

²⁵⁶ *Ibid.*, pp. 104 et 133.

²⁵⁷ Henri Torriente, Le poids des arguments : Discursivité non déductive dans la pensée juridique, et utilisation des ressources de la rhétorique et de la dialectique, in : Tercier Pierre / Amstutz Marc / Koller

deux types de questions (l'établissement du droit, et celui des faits) les juges délibèrent et tranchent selon leur intime conviction après un examen critique des diverses positions, et du poids respectif des arguments avancés, ou qui pourraient être avancés, pour soutenir ou réfuter chacune d'elles ; 3) aujourd'hui encore les méthodes d'argumentation sont semblables dans les deux situations ; 4) c'est d'ailleurs la conclusion surprenante à laquelle étaient arrivées les écoles de rhétorique et de dialectique des Anciens, sur la base d'une accumulation d'observations et de réflexions de plusieurs siècles, essentiellement sur la pratique juridique de l'argumentation ; 5) Chaïm Perelman formule cela de la façon suivante : « [notre recherche] nous a conduits après deux ans d'efforts, à la conclusion inattendue qu'il n'y avait pas de logique spécifique des jugements de valeurs, mais que, dans le domaine examiné, comme dans tous ceux où il s'agit d'opinions controversées, quand on discute et on délibère, on recourt à des techniques d'argumentation. Celles-ci avaient été analysées, depuis l'Antiquité par tous ceux qui s'intéressaient au discours visant à persuader et à convaincre, et qui avaient publié des ouvrages intitulés *Rhétorique*, *Dialectique* et *Topiques* »²⁵⁸.

B - L'utilisation de cette troisième voie en sciences économiques

Putnam souligne que l'économie du bien-être s'est trouvée contrainte de reconnaître que sa préoccupation pour le bien-être (et pour son contraire, le dénuement économique) ne peut pas être mise en œuvre de façon conséquente tant qu'on ne prend pas les jugements de valeur et les appréciations au sérieux²⁵⁹.

Le *Rapport mondial sur le développement humain* de 1990 du PNUD joue un rôle central en matière d'économie du bien-être. Selon le Rapport, la prise en compte du développement humain implique que « les structures sociales doivent être jugées à l'aune de l'épanouissement humain », c'est-à-dire en fonction de leurs conséquences à cet égard. Le Rapport relève que « [c]ette façon de voir le développement humain n'est pas véritablement nouvelle ». En effet, déjà « Aristote estimait que le succès et les échecs rencontrés pour donner aux individus la possibilité de mener une "vie prospère" font la différence entre un bon et un mauvais système politique ». Suivant cette approche, non seulement « le revenu et la richesse sont recherchés non pas pour eux-mêmes mais comme des moyens d'atteindre d'autres objectifs », en fonction donc de l'être humain comme fin ultime, mais aussi les structures sociales elles-mêmes et les institutions, dans leur ensemble²⁶⁰.

Or, pour évaluer adéquatement ces conséquences selon le Rapport il faut prendre comme base d'évaluation non pas une mesure unique comme les ressentis subjectifs (plaisir et absence de douleur), mais les divers fonctionnements humains, qui sont constitutifs de l'existence de la personne malgré leur diversité et leur incommensurabilité entre eux. A. Sen rajoute qu'étroitement liée à la notion de fonctionnements, il y a l'idée de capacités de fonctionner, à prendre aussi en considération, notamment en lien avec la liberté qu'elles rendent concrète, positive (la liberté que donne la capacité de faire différentes choses, et de choisir entre elles). La capacité représente « notre aptitude à réaliser diverses combinaisons de fonctionnements que nous pouvons comparer et juger les uns par

Alfred / Schmid Jörg / Stöckli Hubert (édit.), *Gauchs Welt : Recht, Vertragsrecht und Baurecht : Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag*, Schulthess, Zurich 2004, pp. 275-299.

²⁵⁸ Chaïm Perelman, *Logique juridique – Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Paris 1976, p. 101.

²⁵⁹ Hilary Putnam, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy*, p. 57.

²⁶⁰ PNUD, *Rapport sur le développement humain 1990*, en particulier p. 9.

rapport aux autres au regard de ce que nous avons des raisons de valoriser »²⁶¹. L'évaluation de l'épanouissement humain doit nécessairement prendre la forme d'un jugement sur ces éléments.

Cette approche de Sen est la même que celle du *Rapport* du PNUD, qui souligne que « [l]e développement humain est un processus qui conduit à l'élargissement de la gamme des possibilités qui s'offrent à chacun ». En principe cette gamme est large, et peut évoluer dans le temps. Les possibilités de base, celles qui devraient s'offrir à chacun en raison de ce qu'elles rendent possible, tiennent à trois choses. Les deux premières sont des capacités internes à acquérir et à entretenir : (1) la capacité de vivre longtemps et en bonne santé, et (2) la capacité de connaître et de savoir que donne l'instruction et l'accès à la culture. La troisième est un moyen externe : l'accès aux ressources nécessaires à un niveau de vie convenable.

Il y a donc quelque chose de plus fondamental que le plaisir ou l'absence de douleur (l'utilitarisme les traite pourtant comme fins ultimes). Ce sont les fonctionnements. En effet, le Rapport précise qu'il y a une distinction à faire entre « les deux aspects du développement : la formation des capacités humaines, la santé ou le savoir d'une part, et la manière dont les individus les mettent à profit dans leur travail et leurs loisirs d'autre part ». Les fonctionnements consistent dans « la manière dont les individus les [capacités] mettent à profit dans leur travail et leurs loisirs. Et ces fonctionnements peuvent faire l'objet d'une évaluation, notamment dans le contexte d'une comparaison des résultats différents atteints dans les divers pays. On voit à quel point cette approche présente une façon de dépasser l'empirisme classique de Hume et l'utilitarisme de Bentham, un dépassement qui est tout différent de celui que propose Kant avec sa philosophie transcendante.

Hilary Putnam souligne que ce genre d'approche met en évidence ce qu'on vise quand on dit que l'évaluation et la description « sont interdépendantes », ou, en d'autres termes, que « la description des faits et l'évaluation peuvent et doivent être enchevêtrées »²⁶². Putnam précise de la façon suivante la relation qu'il voit entre l'écroulement de la dichotomie entre jugements de fait et jugements de valeur dans le discours scientifique contemporain (*The Collapse of the Fact/Value Dichotomy*, selon le titre de son livre) et l'approche en matière de développement humain : « l'approche des capacités exige d'utiliser le vocabulaire que l'on va inévitablement utiliser, que l'on *doit* utiliser, et qui consiste à parler de capacités dans le sens de "capacités pour des fonctionnements importants", et ce vocabulaire consiste presque entièrement de concepts "enchevêtrés", des concepts qui ne permettent pas de séparer ce qui provient en eux d'un jugement de fait sur la réalité, et ce qui en eux provient d'un jugement de valeur... La position que Sen nous montre comme celle qui doit être adoptée si l'on veut faire des évaluations sérieuses en économie du bien-être et du développement humain, c'est une position qui reconnaît qu'évaluer (jugement de valeur), et constater un fait (jugement de fait), sont des activités interdépendantes »²⁶³.

²⁶¹ Amartya Sen, *L'idée de justice*, p. 286.

²⁶² Hilary Putnam, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy*, p. 62 (« "valuation" and "description" are interdependent ») et p. 26 (« factual description and valuation can and must be entangled »).

²⁶³ *Ibid.*, p. 63. Si l'on veut aller au-delà de réflexions relevant de l'économie du bien-être, vers une philosophie pratique de type aristotélicien, on relèvera que cette évaluation qui conduit à discerner, parmi les différentes activités et opérations humaines, celles qui constituent des "fonctionnements importants" (vivre longtemps et en bonne santé, savoir et connaître, etc.), est la première étape d'une

Hans Jonas avait déjà bien mis en évidence qu'une notion comme celle de fonction établit un lien entre ce qui est et ce qui doit être ; et même plus : elle fait rentrer ce qui doit être dans la catégorie de ce qui peut être décrit au même titre que ce qui est, de sorte que, comme le dit justement Ruwen Ogien, « la dichotomie du fait et de la valeur (ou du fait et des normes) n'est pas un dogme inattaquable »²⁶⁴. Ainsi une enquête comme celle du *Rapport sur le développement humain* peut relever de ce que H. Jonas appelle une « théorie descriptive »²⁶⁵. Suivant Jonas, quand on étudie des objets observables, par exemple un système digestif, un œil, une fourmilière ou un système politique, on décrit nécessairement aussi la fin atteinte ou rendue possible par le fonctionnement de ces systèmes, et dans ma description « l'affirmation de ces fins n'implique pas de jugement de valeur de ma part », ni des « décisions de valeurs ou des choix d'objectifs de ma part ». De plus, les appréciations (jugements de valeur) que je pourrais porter lorsque j'évalue l'aptitude plus ou moins bonne du système à réaliser ce qu'il réalise ou rend possible (la digestion par exemple, pour le système digestif, les relations interpersonnelles entre les gens, pour une communauté politique), « sont ... fondés sur la compréhension que nous ... avons [de l'être des objets eux-mêmes] et non sur nos sentiments vis-à-vis d'eux »²⁶⁶.

C - L'utilisation de cette troisième voie en matière de justice et de droit

Dans un ouvrage de 2009, *L'idée de justice*, l'économiste et philosophe Amartya Sen soutient qu'il y a une objectivité possible dans le domaine de la justice et du droit, indépendamment de l'institutionnalisme transcendantal et de l'utilitarisme²⁶⁷. Selon lui, sont possibles sans identification préalable des exigences de la justice parfaite, sans donc ce « jeu unique de principes de justice » au centre des préoccupations des positivistes, des contractualistes, des kantien, des partisans de la loi naturelle et aussi de ceux qui pensent que tout tient à la mise en œuvre de l'ensemble des droits individuels²⁶⁸, non seulement « des diagnostics d'injustice »²⁶⁹, « l'identification d'une injustice réparable »²⁷⁰, des « jugements de justice »²⁷¹, mais aussi « l'évaluation des réalisations sociales »²⁷² et « des comparaisons entre des degrés de justice et d'injustice relatives »²⁷³.

Il affirme bien plus : « En ce qui concerne le postulat tenant cet exercice comparatif pour impossible tant que n'ont pas été préalablement identifiées les exigences de la justice parfaite, on peut démontrer qu'il est erroné de façon

démarche inductive qui permettra, quand elle atteint son terme, « de fonder en raison les principes de l'agir humain, c'est-à-dire le bien, le droit et la loi » (André de Muralt, *L'unité de la philosophie politique. De Scot, Occam et Suarez au libéralisme contemporain*, Paris 2002, p. 87). En effet, après cette première étape, en partant des actes constituant ces fonctionnements importants, ou de certains d'entre eux, chacun va pouvoir « découvrir dans l'exercice spontané de ses actes, au gré du jugement pratique de son libre arbitre, le bien réel qui parmi les différentes choses désirables peut convenir aux exigences naturelles de sa puissance vitale... » (*ibid.*, p. 29).

²⁶⁴ Ruwen Ogien, *Repenser les relations entre les faits, les normes et les valeurs*, Les Sciences de l'éducation – Pour l'Ere nouvelle, vol. 45, n.1-2, 2012, p. 23.

²⁶⁵ Hans Jonas, *Essais philosophiques. Du credo ancien à l'homme technologique*, Paris 2013, p. 128.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 125.

²⁶⁷ Amartya Sen, *L'idée de justice*, pp. 12-13.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 132.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 12.

²⁷⁰ *Idem.*

²⁷¹ *Ibid.*, p. 13.

²⁷² *Ibid.*, p. 484.

²⁷³ *Ibid.*, p. 30.

générale »²⁷⁴. D'ailleurs, dit-il, « on voit mal comment le diagnostic de perfection dans les cadres de pensée de Hobbes... ou Rousseau pourraient nous conduire à des conclusions concluantes entre des options imparfaites »²⁷⁵.

Sen se réfère en particulier à la discipline analytique qu'est la « théorie du choix social », inaugurée au XVIII^e siècle par Condorcet et d'autres mathématiciens français. Selon Sen, « l'apport le plus important de l'approche du choix social à la théorie de la justice est peut-être son souci des évaluations comparatives », le fait qu'elle met en place un cadre qui « se concentre sur la raison pratique, se soucie des choix à faire et des décisions à prendre »²⁷⁶ en fonction des situations et des circonstances. Sen explique que « puisque la littérature de la théorie des choix social est en général tout à fait technique et largement mathématique, et puisque de nombreux résultats dans ce domaine ne peuvent être établis que par des raisonnements mathématiques assez longs, son orientation fondamentale a relativement peu retenu l'attention, notamment chez les philosophes [et les juristes]. Pourtant, cette conception et la logique qui la sous-tend sont très voisines de la façon dont le sens commun appréhende la nature des décisions sociales convenables »²⁷⁷. Relevons que Sen a contribué de façon très significative au développement des axiomes et théorèmes dans cette discipline, après que Kenneth Arrow ait donné à cette théorie sa forme actuelle, au milieu du XX^e siècle. Aux côtés de Condorcet et d'Arrow, Sen figure comme l'un des trois ou quatre scientifiques qui ont fait avancer le savoir dans ce domaine.

En matière de justice tout tient, selon Sen, à « une appréciation raisonnée »²⁷⁸, à « l'impartialité dans le débat public ouvert »²⁷⁹, au travail de « la raison pratique sur la justice », au « débat argumenté »²⁸⁰. Dans cette perspective, dit-il, « raisonner et examiner la question impartialement est essentiel »²⁸¹.

Selon Sen, « il y a des arguments forts pour abandonner » toutes les approches de la justice qui la tiennent pour un simple sentiment subjectif quand on y a recours indépendamment d'un *corpus* de normes préalablement données ou posées²⁸². Sen critique en particulier la forme principale qu'a prise cette approche de la justice : la tradition contractualiste de la justice, dans des philosophies comme celle de Hobbes, Rousseau, Kant ou Rawls. Suivant lui, comme on l'a dit, « la tradition du contrat social ... finit par fonctionner en partie comme un obstacle à la raison pratique sur la justice »²⁸³.

On comprend vraiment la signification de l'attaque de Sen que si l'on saisit bien la logique qu'il critique chez ses adversaires. Comme on l'a vu plus haut avec cette recherche effrénée d'une pierre de touche de la conformité au droit, le préjugé fondamental dans toute l'approche des adversaires de Sen, qui les conduit au transcendantalisme, c'est la croyance qu'il n'y a pas de jugement possible si des critères formels ne sont pas préalablement donnés. C'est la position de

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 14.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 132.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 142.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 43.

²⁷⁸ Amartya Sen, *L'idée de justice*, p. 22.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 485.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 14.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 15.

²⁸² *Ibid.*, p. 485.

²⁸³ *Ibid.*, p. 486.

Kant²⁸⁴. Elle est partagée par des positivistes comme Kelsen et comme tous ceux qui pensent que le contenu du droit « reflète simplement, si l'on va au fond des choses, l'état volitionnel du [législateur ou du juge] »²⁸⁵ ; elle est aussi partagée par des jusnaturalistes comme Grotius, qui voient le critère du droit dans sa conformité à un en soi, souvent une idée claire et distincte.²⁸⁶

Sen va dans une toute autre direction avec sa conception du travail de la raison pratique et des jugements en matière de justice. Son approche l'amène à tout centrer sur la prise en compte de la réalité des situations. On s'en aperçoit si l'on examine ses explications sur « les obligations unilatérales induites par l'asymétrie du pouvoir » dans une situation d'interaction²⁸⁷, ce que l'on a fait dans la partie consacrée à la conception aristotélicienne des rapports entre justice et réciprocité, quand on a parlé des situations d'interaction qui ne laissent aucune place à la réciprocité (*supra*, section II.A.3).

D - Le passage de Rawls du sens ordinaire de la justice à la justice comme réciprocité, aux principes de justice, et les objections de Sen à cet égard

Pour mieux comprendre la position de Sen, voyons ce qu'il reproche et ce qu'il approuve dans l'approche de Rawls. Dans son article de 1971 intitulé *Justice as Reciprocity*, dont on a beaucoup parlé ci-dessus, Rawls indique qu'il part du « sens usuel de la justice, selon lequel on vise essentiellement l'élimination des distinctions arbitraires, et l'établissement au sein de la structure [sociale] d'une pratique permettant un équilibre adéquat entre prétentions opposées en concurrence les unes avec les autres »²⁸⁸. Partir de la justice entendue dans ce sens, c'est là selon Sen l'idée fondatrice de Rawls, et c'est en raison de cette idée que Sen a continué à considérer Rawls comme son maître, au moment même où Sen affirmait pourtant que « certaines poutres maîtresses de la théorie rawlsienne [lui] paraissent ... gravement défectueuses »²⁸⁹. Selon Sen, le mérite de Rawls, avec cette approche basée sur le sens usuel de la justice, « c'est d'avoir trouvé un ancrage solide pour toute la question de la justice »²⁹⁰. L'article de Rawls de 1958 dans lequel est développé ce sens ordinaire de la justice (*Justice as Fairness*) a représenté pour le jeune étudiant qu'était Sen, « une illumination soudaine, dit-il, que j'aurais du mal à décrire aujourd'hui avec exactitude »²⁹¹.

Selon Sen, « la notion la plus essentielle pour bien comprendre la justice est probablement l'idée fondatrice de Rawls : il faut concevoir la justice en termes de

²⁸⁴ Pour Kant, la justice distributive aristotélicienne n'est pas du droit « proprement dit (strict) », et un juge ne peut pas se prononcer car ce serait décider « selon des conditions indéterminées ». Voir : Kant, *Métaphysique des mœurs II, Appendice à l'introduction à la doctrine du droit*, I, p. 22.

²⁸⁵ Hilary Putnam, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy*, p. 17.

²⁸⁶ Ce préjugé est en effet commun au volontarisme occamien, et à la doctrine scotiste (Duns Scot a été une source d'inspiration pour Guillaume Occam) de « l'objet comme *esse representatum* », une doctrine reprise dans « la notions cartésienne, spinoziste, leibnizienne..., de l'idée de l'entendement humain » : « [ce] dont le sujet prend connaissance de la manière naturellement la plus immédiate », c'est « ce qui est, dans l'âme, représenté en tant que tel », l'*esse objectivum* de la chose (André de Muralt, *L'Enjeu de la philosophie médiévale*, pp. 29-31)

²⁸⁷ Amartya Sen, *L'idée de justice*, p. 257.

²⁸⁸ John Rawls, *Justice as reciprocity*, p. 191.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 82.

²⁹⁰ *Idem.*

²⁹¹ *Idem.*

fairness, d'exigences d'équité »²⁹². Selon Sen, dans la vision des choses de Rawls, « la notion d'équité sert vraiment de base, et [Rawls] la tient, en quelque sorte, pour « antérieure » au développement des principes de justice »²⁹³. Sen va montrer qu'il faut suivre Rawls quand ce dernier affirme que la recherche de la justice doit être liée à l'idée d'équité – et, en un sens, dérivée de cette idée. Sen rajoute : « ce point crucial ne vaut pas seulement pour sa théorie, il est aussi de première importance pour la plupart des analyses de la justice, dont celle que j'essaie d'exposer dans ce livre »²⁹⁴. Selon Sen, l'idée de mettre « l'équité au cœur de la justice ... est une affirmation de portée majeure, qui nous mène bien au-delà de la compréhension à laquelle avait abouti la littérature antérieure sur la question de la justice »²⁹⁵. Sen mentionne Bentham pour faire comprendre en quoi consiste ce qu'il écarte comme de la « littérature antérieure » : on peut aussi mentionner Hobbes, Hume, Rousseau, Kant et ses nombreux disciples, etc.

Qu'est-ce que la justice comme équité (selon nous, cela signifie la justice comme « *Sachgerechtigkeit* ») ? Selon Sen, « cette idée fondatrice peut revêtir différentes formes, mais en son cœur, on trouvera nécessairement une exigence : évitons d'être partiaux dans nos évaluations, tenons compte des intérêts et préoccupations des autres ; et, notamment, ne nous laissons pas influencer par nos propres intérêts ni par nos priorités, excentricités et préjugés personnels. On peut, à gros trait, concevoir l'équité comme un impératif d'impartialité »²⁹⁶.

Sen précise que ce qui ne le convainc pas chez Rawls, c'est « l'impartialité saisie dans le dispositif de réflexion qu'est la position originelle (sur laquelle Rawls compte beaucoup) » et la construction correspondante des principes de justice²⁹⁷. Rawls, comme il l'explique lui-même dans *Justice as Reciprocity*, ne veut en effet pas en rester à *Justice as Fairness*, mais veut, selon son projet, « présenter une construction analytique du concept de justice »²⁹⁸, et, en conséquence, dit-il de façon très précise, « je me référerai à cette analyse comme l'analyse de la justice comme réciprocité »²⁹⁹. Par cette construction analytique du concept de justice, par la référence à l'idée de réciprocité qu'elle implique, en s'avancant donc sur ce terrain d'une construction analytique du concept où Sen refuse de le suivre, Rawls veut mettre en place en matière de justice une « argumentation [qui] vise, en définitive, à être strictement déductive » : grâce à

²⁹² Amartya Sen, *L'idée de justice*, p. 83.

²⁹³ *Idem.*

²⁹⁴ *Idem.*

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 93.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 84. Sen ne mentionne pas le traitement par Aristote de cette question dans l'*Ethique à Nicomaque* bien qu'il indique souvent s'inspirer de l'approche aristotélicienne, par exemple en matière de capacités et de fonctionnements. Pourtant c'est précisément cette question qu'Aristote traite dans le Livre V de l'*Ethique à Nicomaque*, dans les chapitres 1 à 7 : il analyse ce qu'est le droit au sens de « matériellement égal (τὸ ἴσον) » (voir *supra*, note 61), avant de passer, au chapitre 8, à l'examen du droit au sens de réciprocité ; Sen s'est peut-être laissé distraire par le fait qu'Aristote traite expressément de l'équité (au sens limité visé quand on distingue le droit de l'équité) au chapitre 14, et il est possible que Sen n'ait pas vu qu'Aristote vise par ce terme au chapitre 14 uniquement le matériellement égal qui est « correctif de la justice légale » (*Ethique à Nicomaque*, trad. Tricot, p. 286, 1137b13). Sen a-t-il compris que les 13 premiers chapitres du Livre V forment un traité consacré au droit compris comme ce qui est matériellement égal dans la situation en cause (τὸ ἴσον), donc comme l'équitable au sens large.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 93 : il parle aussi du « scepticisme que m'inspire la thèse rawlsienne du choix unanime d'un contrat social dans la position originelle » (*ibid.*, p. 87, seconde note de bas de page).

²⁹⁸ John Rawls, *Justice as reciprocity*, p. 190 : « I shall present an analytic construction of the concept of justice from this point of view... ».

²⁹⁹ John Rawls, *idem.*

cette construction analytique, « nous devrions tendre, dit-il, vers une sorte de géométrie morale, avec toute la rigueur connotée par cette expression »³⁰⁰.

Rawls pense même qu'il est indispensable de s'avancer sur le terrain d'une construction analytique du concept, parce qu'on doit reconnaître, selon lui, qu'on « ne fournit pas une version complète de la justice » en mettant simplement l'équité au cœur de la justice³⁰¹ ; « pour cela », dit-il, c'est-à-dire pour une version complète de la justice, « des principes associés [à la justice comme équité] sont nécessaires »³⁰². Rawls pense à ce qu'il appelle « les principes de la justice », qui apparaissent dans la position originelle du fait de la procédure de construction du concept. On en a vu le contenu ci-dessus. Pourquoi est-ce indispensable ? Il semble que Rawls réponde à cette question quand il affirme que « les principes de la justice servent à spécifier l'application de concepts comme "arbitraire" et "adéquat" »³⁰³, des termes qu'on utilise quand on dit par exemple que « le sens usuel de la justice, c'est essentiellement l'élimination des distinctions *arbitraires*, et l'établissement au sein de la structure [sociale] d'une pratique permettant un équilibre *adéquat* entre prétentions opposées en concurrence les unes avec les autres »³⁰⁴. Il semble donc bien que la position de Rawls soit que sans ces principes de justice qui apparaissent du fait de la construction analytique du concept, on n'a pas de critères de jugement quand il s'agit de l'application de concepts comme "arbitraire" ou "adéquat".

Rawls ne veut pas pour autant abandonner l'idée que l'équité est au cœur de la justice, et sa préoccupation principale est en conséquence de montrer le lien entre ces principes et l'équité. Il affirme à ce propos que « le plus grand problème avec cette analyse du concept de justice c'est comment les principes qu'on obtient sont connectés avec le concept moral [avec la justice comme équité], et quel est leur base logique »³⁰⁵. Comme on l'a vu, cette base logique est le concept kantien de limitation réciproque des libertés individuelles, selon une loi universelle. S'agissant de la connexion avec la justice comme équité, les analyses qui précèdent ont montré, me semble-t-il, qu'il y a une difficulté. C'est cette difficulté qui est à la base de l'opposition de Sen.

La difficulté est la suivante : comme on l'a souligné plus haut (pp. 463-464), l'usage de la pierre de touche que constitue ce concept de limitation réciproque des libertés, c'est-à-dire l'outil essentiel de la construction analytique, entraîne des conséquences sur le contenu matériel des principes de justice qu'on va obtenir. La réciprocité devient un élément du contenu du droit matériel : on va en conséquence devenir aveugle aux domaines de la justice dans lesquels la réciprocité ne joue pas de rôle (comme on l'a dit pp. 434-435 et pp. 439-440, d'une part, le droit dans les distributions, et, d'autre part, le droit dans les interactions constituées par des relations asymétriques). Catherine Audard, la traductrice de Rawls en français, reconnaît cela, sans le voir toutefois comme un problème : « Tel est le sens d'un libéralisme procédural, dit-elle. Mais la théorie de la justice est également substantielle au sens où elle défend une conception "forte" de la justice comme équité, c'est-à-dire qui rend son dû à chacun *sur la*

³⁰⁰ John Rawls, *Théorie de la justice*, p. 154.

³⁰¹ John Rawls, *Justice as reciprocity*, p. 191.

³⁰² *Idem.*

³⁰³ *Ibid.*, p. 191.

³⁰⁴ *Idem.*

³⁰⁵ *Idem.*

*base de la réciprocité... »*³⁰⁶. C'est là le biais présent chez Rawls au cœur de son approche de la justice matérielle, s'agissant donc de « rendre à chacun son dû » : on ne le fait désormais, compte tenu de la théorie de la justice de Rawls, que sur la base de la réciprocité. C'est un changement considérable. Il est explicable par un biais induit par la procédure de construction. Ce biais ne repose donc que sur la volonté de faire dépendre la justice d'une procédure de construction, c'est-à-dire de l'idée qu'on a besoin d'un critère pour les jugements de justice, qu'on a besoin d'une idée de la justice parfaite (parce que sinon, on en est réduit à des jugements de valeur, qui, croit-on, sont nécessairement tous subjectifs : sans la construction analytique et le recours au concept de réciprocité, pense-t-on, on en reste à un simple sentiment subjectif). A la base de ce biais, il y a donc, ultimement, le volontarisme occamien et son idée d'une opération humaine (de connaissance) absolue de toute relation à son objet³⁰⁷.

A. Sen va donc considérer que l'approche de Rawls dans sa phase analytique repose sur une illusion, et conduit à une distorsion du concept de justice. Il constate que cette « perspective, qu'on peut baptiser institutionnalisme transcendantal », qui « concentre son attention sur ce qui lui paraît être la justice parfaite et non sur des comparaisons entre degrés de justice et d'injustice relatives »³⁰⁸, cette perspective qui « commence par choisir des principes de justice, en déduit une structure institutionnelle unique et rigide ..., puis nous raconte par le menu la mise en place de la justice »³⁰⁹, domine « l'essentiel de la philosophie politique courante d'aujourd'hui quand elle explore la théorie de la justice. L'exposé le plus puissant de cette conception de la justice se trouve dans l'œuvre du plus grand philosophe politique de notre époque, John Rawls »³¹⁰. Il s'agit d'une approche « inaugurée par l'œuvre de Thomas Hobbes au XVII^e siècle, puis approfondie par ... Jean-Jacques Rousseau et Emmanuel Kant »³¹¹.

Sen souligne que « la distance entre ces deux approches – *l'institutionnalisme transcendantal*, d'un côté, *la comparaison des situations réelles*, de l'autre – est capital »³¹². Il soutient que des jugements impartiaux sont possibles sans que l'idée de justice parfaite soit préalablement définie. Alors que « l'approche justement célèbre de John Rawls ... aboutit à un jeu unique de "principes de justice" qui porte exclusivement sur la création d'"institutions justes" »³¹³, Sen souligne que nous faisons des comparaisons en termes de progrès de la justice « lorsque nous décidons de combattre une oppression (comme l'esclavage ou l'assujettissement des femmes), de protester contre une négligence médicale systématique (due à l'absence d'équipements médicaux dans certaines régions d'Afrique ou d'Asie, ou d'absence d'assurance-maladie universelle dans la plupart des pays au monde, y compris les États-Unis), de dénoncer la torture ..., ou encore de refuser que la disette chronique continue à être tolérée (par exemple en Inde, malgré l'élimination des grandes famines) »³¹⁴.

³⁰⁶ Catherine Audard, *Qu'est-ce que le libéralisme ?*, Paris 2009, p. 436 (c'est nous qui soulignons).

³⁰⁷ Voir *supra*, note 180.

³⁰⁸ Amartya Sen, *L'idée de justice*, p. 30.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 73.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 32.

³¹¹ *Ibid.*, p. 30. John Locke n'appartient pas à ce courant à mon avis (*cf.* mon article *supra* note 56), et j'ai supprimé son nom dans la liste de Sen.

³¹² *Ibid.*, p. 32.,

³¹³ *Ibid.*, p. 15.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 16.

Contre l'idée de justice parfaite, il soutient que « nous pouvons assez souvent convenir que certains changements envisagés (comme l'abolition de l'apartheid, pour donner un exemple d'un autre type) réduirons l'injustice mais, même si tous les changements consensuels de ce genre sont mis en œuvre avec succès, nous n'obtiendrons rien qui puisse être qualifié de justice parfaite »³¹⁵.

On pourrait penser que la nouvelle approche de Rawls à partir de *Political Liberalism*, publié en 1993, a changé les choses sur les points qui font l'objet de la critique de Sen, soit le passage de la justice comme équité à des principes de justice qui reposent sur une idée de justice parfaite (la justice comme réciprocité). Il n'en est rien selon A. Sen, semble-t-il. Lorsque ce dernier mentionne cette nouvelle orientation de Rawls, il reste aussi critique face à Rawls, parlant même, à propos de cette nouvelle doctrine, de « la camisole de force institutionnelle de la théorie de la justice rawlsienne »³¹⁶.

Avec *Political Liberalism* Rawls a tenté de concilier les principes de justice de sa théorie de la justice avec le fait du pluralisme (chez les citoyens, il y a différentes doctrines compréhensives – religieuses, morales ou philosophiques – entre lesquelles les oppositions sont irréconciliables). Rawls veut montrer qu'une théorie de la justice peut se défendre comme conceptuellement indépendante de toute doctrine compréhensive. Cela amène Rawls à développer l'idée d'un « *politiquement raisonnable (politically reasonable)* »³¹⁷ *conceptuellement indépendant de toute doctrine compréhensive*, seul trait d'union (il parle d'« amitié civique »³¹⁸) entre des citoyens séparés par des conceptions du monde opposées entre elles.

Le développement de l'idée du « *politiquement raisonnable* » se fait de la façon suivante : les questions qui touchent à l'essentiel au niveau constitutionnel, ou à des aspects fondamentaux de la justice, surtout quand les législations à ce propos ont un caractère coercitif, ne peuvent être résolues *légitimement* que si la décision officielle est prise pour des raisons indépendantes de ce qui est vrai ou faux selon l'une quelconque des doctrines compréhensives, des raisons qui sont reconnaissables comme de bonnes raisons parce qu'elles relèvent de la « raison publique ».

La légitimité dont on parle quand les raisons des décisions relèvent exclusivement de la raison publique correspond selon Rawls à « l'idée d'une légitimité politique basée sur le critère de réciprocité »³¹⁹. La réciprocité qui constitue la raison comme publique consiste en ceci : notre exercice du pouvoir politique (comme autorité, juge, législateur ou citoyen) n'est légitime que si nous donnons des raisons aux personnes à l'encontre desquelles des mesures sont prises, qui sont non seulement compréhensibles pour elles, mais qui, de plus, sont *des raisons que ces personnes vont pouvoir raisonnablement accepter, suivant ce que nous pouvons raisonnablement penser*. La réciprocité constitutive de la raison publique tient donc à des raisons telles qu'« on peut raisonnablement penser que les autres citoyens pourraient aussi raisonnablement accepter ces raisons »³²⁰. L'idée est en quelque sorte que « la limitation réciproque des libertés » dont parle

³¹⁵ *Ibid.*, p. 16-17.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 176.

³¹⁷ John Rawls, *Théorie de la justice*, p. 574.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 579.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 578.

³²⁰ *Ibid.*, p. 578 : « we reasonably think that other citizens might also reasonably accept those reasons ».

Kant, c'est-à-dire « le concept pur de droit », ait aussi un effet sur le choix des raisons des décisions (peu importe qu'il s'agisse d'une disposition constitutionnelle, d'une loi ou d'une décision judiciaire), de façon à éviter que nous n'imposions nos raisons aux autres, ou celles de nos raisons qui ne satisfont pas le principe d'universalisation (mis en œuvre ici dans les rapports externes des hommes entre eux, c'est-à-dire au niveau politique). Ce développement est logique et ne surprend pas : l'idée de justice parfaite doit aussi déterminer les choses à ce niveau.

Après le passage de la *justice comme équité* à la *justice comme réciprocité*, on a donc chez Rawls le passage de la *simple raison utilisée dans un débat public*, à la *raison publique*. Pour faire comprendre comment on retrouve le biais qu'entraîne la réciprocité aussi au niveau de ce que Rawls appelle le « *politiquement raisonnable* », Amartya Sen va différencier la raison publique rawlsienne de l'idée smithienne du spectateur impartial. C'est très instructif. Les différences sont nombreuses, dit Sen, mais selon lui, avant tout, l'approche de Smith « n'a ... pas besoin de rechercher l'unanimité ou le consensus total »³²¹, ou encore, à l'inverse, elle n'a pas besoin d'exclure *a priori* ce qui « est incompatible avec une idée de raison publique qui appartient à la citoyenneté démocratique »³²². Sen retient surtout en faveur de Smith « ce que j'appelle ici, dit-il, l'impartialité ouverte »³²³. L'approche de Smith est préférable, parce que le « spectateur impartial smithien est un mécanisme d'examen critique et de débat public [pur et simple, sans intervention d'*a priori*, ni camisole de force institutionnelle] »³²⁴. La notion de Smith est quelque chose d'analogue à l'idée d'Aristote qu'aller vers le droit c'est aller vers un juge [impartial] (voir l'ouvrage cité *supra* note 16, 1131 b 27 – 1132 a 7, pp. 249-250).

Ce qu'il entend par là est encore plus clair si l'on examine la comparaison qu'il fait entre la position de Thomas Scanlon et celle de Rawls. Scanlon insiste à juste titre sur le fait que quand on se pose la question de notre conduite vis-à-vis d'autrui, il ne suffit pas de nous demander ce qui est raisonnable ou pas, mais, comme le dit Sen, il faut « prêter une attention sérieuse aux idées et aux préoccupations des autres ». En effet, « elles vont jouer un rôle dans l'examen auquel nous soumettons raisonnablement nos décisions et nos choix »³²⁵. Si en effet le fait de passer l'épreuve de l'autoexamen est au cœur de la rationalité, dit Sen, « la prise en compte sérieuse de l'examen critique mené du point de vue des autres, joue nécessairement un rôle important ... dans les rapports avec autrui »³²⁶. Il y a donc deux façons de prendre en compte le point de vue de l'autre. On voit comment l'intervention formelle de la réciprocité dans le processus d'examen critique d'une position, nécessaire selon Rawls pour prendre en compte le point de vue de l'autre, force et biaise les choses du point de vue de Sen, c'est-à-dire par rapport à un examen critique qui se fait dans la perspective de « l'impartialité ouverte » proposée par Adam Smith – un examen qui est particulièrement attentif à donner la parole à tous les points de vue, un examen tout simplement intelligent.

Sen considère cependant que l'insistance de Rawls sur la délibération démocratique et la raison dans le débat public est bienvenue, malgré ce gros défaut

³²¹ *Idem.*

³²² John Rawls, *Théorie de la justice*, p. 574.

³²³ Amartya Sen, *L'idée de justice*, p. 175.

³²⁴ Amartya Sen, *L'idée de justice*, p. 176.

³²⁵ *Ibid.*, p. 246.

³²⁶ *Ibid.*, p. 247.

de conception chez Rawls. Il le fait non pas pour revenir sur la critique que l'on vient d'expliquer, mais pour la raison suivante : on s'éloigne enfin de l'idée d'une démocratie qui ne serait définie que par les élections et le scrutin, et non pas par la perspective plus générale « du gouvernement par la discussion »³²⁷. Sen approuve donc Rawls quand ce dernier affirme que « l'idée force de la démocratie délibérative est celle de délibération »³²⁸. Il veut surtout retenir de cela (1) le lien entre justice et raisonnement public (compris dans un autre sens que la conception normative que défend Rawls), qui est tout l'objet de son livre, et (2) le lien entre raisonnement public et délibération démocratique, et donc (3) le lien entre démocratie et justice³²⁹.

E - L'autre tradition au sein des Lumières s'agissant de l'objectivité des jugements de justice et des appréciations sur les situations

Sen rappelle l'existence de ce qu'il appelle une autre tradition au sein des Lumières, une tradition de pensée qui ne part pas de l'idée que les appréciations sur les situations et les jugements de valeur sont toujours subjectifs contrairement aux jugements de fait, ni de l'idée qu'entre jugements de fait et jugements de valeur il n'y a pas seulement une différence, mais un fossé infranchissable.

Sen écarte la position de Hume sur la raison comme servante des passions, en indiquant que « Adam Smith n'était pas de cet avis, même si, comme Hume, il jugeait les émotions importantes et influentes... »³³⁰. Sen consacre toute une section à l'étude du « spectateur impartial » selon Adam Smith en matière de jugements de justice, en particulier au point central souligné par Smith, l'importance de regarder nos sentiments « à une certaine distance de nous-mêmes »³³¹. Il insiste en termes très fermes sur le fait que le transcendantalisme kantien n'est pas la seule façon de comprendre en quoi peut consister l'objectivité des jugements pratiques : « si Rawls expose une façon de penser l'objectivité des jugements portant sur la justice, Adam Smith, en invoquant le spectateur impartial, en avance une autre »³³².

Dans cette autre tradition au sein des Lumières, il y a plusieurs théoriciens qui, dit Sen, « à l'opposé de l'institutionnalisme transcendantal, ... ont adopté toute une série d'approches comparatives qui se préoccupaient des réalisations sociales... On peut trouver, par exemple, différentes versions de ce type de pensée comparative dans les œuvres d'Adam Smith, Condorcet, Jeremy Bentham, Mary Woolstonecraft, Karl Marx ou John Stuart Mill... Ce qui intéressait souvent au premier chef ces adeptes de la comparaison entre réalisations, c'était d'éliminer certaines injustices manifestes du monde qu'ils avaient sous les yeux »³³³.

Dans cette perspective, selon Sen, « un des impératifs d'une théorie de la justice est d'utiliser la raison pour diagnostiquer la justice et l'injustice »³³⁴. Il faut toutefois être conscient que « les évaluations en termes de justice peuvent être tout

³²⁷ *Ibid.*, p. 387.

³²⁸ John Rawls, *Théorie de la justice*, p. 579.

³²⁹ *Ibid.*, p. 389.

³³⁰ *Ibid.*, p. 78.

³³¹ *Ibid.*, p. 71-74. Pour ce point particulier, voir p. 72.

³³² *Ibid.*, p. 71-72.

³³³ *Ibid.*, p. 32.

³³⁴ *Ibid.*, p. 29.

sauf évidentes »³³⁵, et que « ce qui plaide pour l'examen argumenté n'est pas qu'il constitue un moyen infallible d'atteindre la vérité parfaite (il n'en existe probablement pas), mais qu'il nous permet d'être aussi objectif qu'il est raisonnablement possible de l'être »³³⁶.

*

* *

En matière de justice et de droit, le débat, la délibération, la confrontation entre une diversité aussi grande que possible de points de vue sur la question pratique à trancher, est essentiel. Nous voulons donc en conclusion mettre en évidence ce à quoi on fait référence par ces expressions. Nous le faisons tout d'abord en rappelant que suivant Hilary Putnam « on ne peut résoudre que peu de problèmes réels en les traitant comme de simples cas de généralisation universelle », en faisant donc de la décision la simple application d'un critère préexistant³³⁷.

Nous le faisons ensuite en comparant ce que ces expressions visent, et l'idéal kantien de la conformité de la volonté à une loi « objectivement nécessaire » *en ce sens qu'elle est valable pour tous*. On doit bien constater qu'avec le concept de l'objectivité d'une représentation comme sa capacité à valoir, non seulement pour moi mais pour tous, *on est très loin de la confrontation d'opinions et du débat vigoureux et utile*. En effet, la personne qui part de cette notion d'objectivité va simplement viser l'idée d'un accord universel : ce n'est pas là faire appel au jugement d'autrui dans un débat réel, un « jugement dont rien ne prouve que nous puissions l'anticiper avec certitude dans notre réflexion solitaire »³³⁸. Ce n'est rien de plus que la référence à un observateur idéal (*ideal observer*), comme dans l'utilitarisme. L'idéal de l'observateur idéal se retrouve en effet dans l'utilitarisme et chez Rawls, sauf que chez Rawls cet observateur se prononcerait en fonction des principes de justice choisis dans une position originelle³³⁹ et mettrait en œuvre la raison publique rawlsienne, et pas en fonction du plus grand bonheur du plus grand nombre.

Selon Canivet, si une approche comme celle de Rawls exerce une grande séduction, c'est en raison de « la séduction de la déduction »³⁴⁰. Il décrit cette séduction ainsi : on nous offre enfin un système de pensée selon lequel « pour justifier les normes, il suffit ... d'une opération toute simple, qui ne requiert aucun travail de discussion..., qui n'appartient pas réellement au domaine de l'argumentation, et qui donne sans délai la solution juste du problème posé »³⁴¹. Comme le dit Rawls, en effet, « l'argumentation vise ... à être strictement déductive »³⁴². Tout dans cette approche tend donc à être « monologique »³⁴³, tout « entraîne des conséquences défavorables à la discussion plurale »³⁴⁴.

³³⁵ *Idem*.

³³⁶ *Ibid.*, p. 67.

³³⁷ Hilary Putnam, *Ethics without Ontology*, Harvard University Press, Cambridge 2005, p. 4.

³³⁸ Michel Canivet, *Le principe éthique d'universalité et la discussion*, in : *Revue philosophique de Louvain*, Quatrième série, tome 90, n. 85, 1992, pp. 32-49, p. 32.

³³⁹ John Rawls, *Théorie de la justice*, p. 219.

³⁴⁰ Michel Canivet, *Le principe éthique d'universalité et la discussion*, p. 42.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 42.

³⁴² John Rawls, *Théorie de la justice*, p. 154.

³⁴³ Michel Canivet, *Le principe éthique d'universalité et la discussion*, p. 42.

³⁴⁴ *Ibid.*, pp. 42-43.

A l'opposé d'une approche transcendantale hostile au débat réel et à la discussion, attachée à l'idée de réciprocité comme à un absolu, il y a celle d'Adam Smith : selon Sen, « un des grands soucis méthodologiques d'Adam Smith est de préconiser l'usage d'une gamme très variée de points de vue et de perspectives fondés sur des expériences diverses, très éloignées ou très proches, au lieu de se contenter de joutes – réelles ou supposées – avec des interlocuteurs de même milieu social, de même origine culturelle, qui ont le même type d'expérience, de préjugés et de convictions sur ce qui est raisonnable ou non »³⁴⁵. Smith insiste sur l'obligation, si l'on veut bien raisonner, d'éviter le localisme « que fait courir la négligence des voix venues d'ailleurs »³⁴⁶. Selon Smith, dit Sen, il faut tenir compte de ces voix et points de vue extérieurs « parce que l'objectivité exige un examen sérieux et l'intégration de points de vue différents provenant d'autres horizons et reflétant l'influence d'autres expériences empiriques. Un point de vue différent interroge, et, s'il apparaît souvent que sa question mérite d'être écartée après mûre réflexion, ce n'est pas systématiquement le cas. Nous vivons dans un monde local de croyances immuables et de pratiques spécifiques, où l'étroitesse d'esprit menace »³⁴⁷.

On voit à quel point une approche comme celle de Smith et de Sen insiste sur le débat et la controverse, contrairement au transcendantalisme institutionnel.

Il y a un autre aspect dans l'approche de Smith et de Sen, qui contribue aussi à mettre en valeur l'aspect positif du débat et de la controverse. C'est l'incomplétude de toute approche de la justice. Si large que soit l'examen critique, si riche que soit la diversité de points de vue qui s'expriment et qui sont examinés, les principes qui survivront à l'examen « ne constituent pas forcément un ensemble unique »³⁴⁸. Sen soutient en effet la thèse de l'incomplétude pas seulement provisoire de toute approche de la justice : « je soutiens que des positions contraires peuvent survivre simultanément sans qu'il soit possible, par une chirurgie radicale de toutes les ranger dans une boîte d'exigences complètes et bien assorties... »³⁴⁹.

Smith a attaqué « les écoles de pensée qui affirment, implicitement ou explicitement, qu'il faut en dernière analyse ramener toutes les valeurs distinctes à une source unique qui fonde leur importance. La quête de cette source est en partie stimulée par la peur panique de l'"incommensurabilité" – de l'irréductibilité d'objets de valeur distincts... [Mais] cette angoisse fait oublier que la quasi-totalité des appréciations effectuée dans la vie courante consistent à classer par ordre de priorité et d'importance des préoccupations distinctes »³⁵⁰. Selon Sen, « ceux qui assurent que les êtres humains ne peuvent parvenir à déterminer ce qu'il faut faire que si, d'une façon ou d'une autre, toutes les valeurs sont réduites à une et à une seulement, sont évidemment à l'aise quand il s'agit de compter... mais pas de juger »³⁵¹. Cela signifie, selon Sen, qu'une théorie de la justice, même complète, ne peut nous donner qu'« un classement incomplet des options entre lesquelles il faut choisir ». Cela signifie aussi qu'« un classement partiel qui fait consensus nous dit sans ambiguïté quelque chose sur certains sujets et reste muet

³⁴⁵ Amartya Sen, *L'idée de justice*, p. 72.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 170.

³⁴⁷ *Idem.*

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 73.

³⁴⁹ *Idem.*

³⁵⁰ *Ibid.*, pp. 468-469.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 469.

sur d'autres »³⁵². En conséquence, « les débats sur la justice – s'ils doivent toucher à des questions pratiques – ne peuvent porter que sur des comparaisons »³⁵³.

L'éloignement entre une pensée comme celle de Rawls, centrée sur l'idée de justice parfaite et le concept de réciprocité en soi, et une pensée comme celle de Sen, qui met au premier plan les comparaisons entre solutions concrètes, se mesure à la façon dont Rawls approche la notion de spectateur impartial (*impartial spectator*) chez Smith, et à la réaction de Sen, qui considère l'interprétation de Rawls comme « entièrement erronée »³⁵⁴.

Comme l'explique Sen, Rawls voit en effet « dans le concept de spectateur impartial [de Smith] une illustration particulière de l'approche de l'"observateur idéal" [*ideal observer*; un concept utilisé par l'utilitarisme] »³⁵⁵. Rawls n'aperçoit, en conséquence de cette erreur de perspective, « pas de conflit » entre le concept de Smith et sa propre approche : « il se peut bien, dit Rawls, qu'un observateur idéalement rationnel et impartial approuve un système social si et seulement s'il satisfait aux principes de la justice qui seraient adoptés dans le système contractuel »³⁵⁶, donc sur la base de l'idée de réciprocité. Selon Rawls, « il est possible d'ajouter à la définition du spectateur impartial la doctrine du contrat [l'idée de réciprocité que cette doctrine exprime] » : c'est là un des « moyens de ... donner [à la notion de spectateur impartial de Smith] une base déductive »³⁵⁷. Rawls précise qu'« il y a ... d'autres moyens de lui donner une base déductive »³⁵⁸ : dans la perspective utilitariste qui utilise comme on sait la notion d'« observateur idéal », c'est l'approche qu'on adopte lorsqu'on fait de « la force de son approbation [de la structure de la société qu'il observe], l'indice ou la mesure du montant de satisfaction dans la société observée »³⁵⁹.

Cependant, selon Sen, l'idée que se fait Adam Smith du spectateur impartial est bien différente de ce qu'imagine Rawls, qui transforme Smith en précurseur de l'utilitarisme, et passe complètement à côté de la « *logic of the understanding* » qui, chez Smith, guide toute l'approche. Smith demande au spectateur impartial, en effet, « au minimum, de voir comment apparaissent les problèmes en cause "avec les yeux des autres", du point de vue de "spectateurs réels" – tant proches que lointains »³⁶⁰.

Cela se fait donc dans le contexte d'une enquête conduite par le spectateur impartial sur la situation en cause, une enquête dont on a vu plus haut qu'elle consiste à produire différentes solutions envisageables, et à apprécier lesquelles d'entre elles sont meilleures, compte tenu de la situation, et lesquelles sont moins bonnes³⁶¹. Le débat, la délibération, la confrontation entre une diversité aussi grande que possible de points de vue sont essentiels pour les deux aspects de

³⁵² *Ibid.*, p. 472.

³⁵³ *Ibid.*, p. 475.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 178.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 177.

³⁵⁶ John Rawls, *Théorie de la justice* Rawls, p. 215

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 216..

³⁵⁸ *Idem.*

³⁵⁹ *Idem* (Rawls indique p. 217 qu'il rejette « l'utilitarisme classique [qui] échoue à prendre au sérieux la différence entre les personnes »).

³⁶⁰ Amartya Sen, *L'idée de justice*, p. 177.

³⁶¹ Voir *supra*, note 232.

l'enquête (la découverte des solutions possibles, et le débat sur les meilleures solutions et les moins bonnes).

La rhétorique des Anciens a adopté une approche quasiment identique à ce qu'on vient d'expliquer dans le paragraphe précédent. Pour ces écoles, l'étape de l'*inventio* impliquait de découvrir les positions possibles s'agissant de la solution envisageable, et aussi de découvrir et formuler les raisons disponibles pour et contre chacune de ces solutions – des raisons qui sont autant d'arguments que l'on va utiliser comme preuves en faveur de la solution qu'on va défendre, et en défaveur des autres, lorsqu'il s'agira de prendre la parole et de convaincre, juste avant la délibération et le choix.

Selon cette conception, la rhétorique était considérée, en effet, comme un art qui n'était pas seulement consacrée à l'usage de la parole publique et à la performance théâtrale de l'orateur devant des auditeurs (*actio*), ni seulement à l'expression elle-même, c'est-à-dire à la correction orthographique, grammaticale, ainsi qu'au style et aux figures (*elocutio*), ni enfin seulement à la mise en ordre de la matière et au plan (*dispositio*). C'était un art qui est aussi, et même surtout, consacrée à la découverte de ce qu'on va penser (*inventio*), et donc dire, sur le point décisif en discussion dans la délibération, avant la prise de décision et l'action dans la situation en cause.

Pour ces écoles, quand on délibère sur les actions de la vie dans les situations concrètes, on procède donc par un mouvement discontinu qui consiste à examiner chaque position possible sur ce qu'il convient de faire ou de ne pas faire dans la situation concrète en cause, l'une après l'autre, et chacune des raisons pour et contre chacune des positions possibles à ce propos, c'est-à-dire chacun des arguments ou raisonnements qui prouvent que telle position est la bonne, ou est simplement meilleure que les autres. Le mouvement de la raison lors de la délibération consiste en réalité à tester les positions les unes après les autres en fonction des raisons disponibles pour et contre chacune d'elles, en fonction des arguments qu'on a trouvés dans l'étape de l'*inventio*, et qui sont ainsi mises à plat pour que tout le monde les voit (et pour qu'on les voit bien soi-même, quand on délibère dans son for intérieur).

Dans le contexte de ces écoles, et aussi dans la philosophie d'Aristote, toute une réflexion a été développée sur la question de la preuve, non seulement la preuve de la vérité ou de la fausseté de tel ou tel jugement de fait, mais aussi la preuve de la vérité ou de la fausseté de telle ou telle appréciation (jugement de valeur). Une fois que l'on admet qu'il y a une objectivité possible dans les appréciations, comme dans les jugements de fait (qui reposent aussi sur des appréciations, notamment en cas de preuve par faisceau d'indices), à travers l'exercice de l'esprit critique, au moyen d'une réflexion intelligente sur nos évaluations spontanées et non réfléchies, la question de la preuve devient centrale, en particulier la preuve par des raisonnements (enthymèmes), c'est-à-dire par ce mouvement de la pensée qui se base sur des connaissances existantes, déjà établies, pour aller vers de nouvelles connaissances s'agissant du cas singulier dont on discute. Mais c'est un autre sujet³⁶².

³⁶² Henri Torrione, *Le poids des arguments : Discursivité non déductive dans la pensée juridique, et utilisation des ressources de la rhétorique et de la dialectique*, op. cit., et Henri Torrione, *Argumenter et convaincre aujourd'hui selon les enseignements de la rhétorique des Anciens* (à paraître).