

Introduction à la *Théorie de la justice* de Rawls

Laurent Cournarie et Pascal Dupond

(article paru dans *Dioti*, 3, CRDP Midi-Pyrénées, 1998)

Ce travail n'a pas d'autre prétention que d'être une introduction à la *Théorie de la justice*¹. On se propose d'abord d'examiner les difficultés, le but et l'intérêt philosophique de cet ouvrage. Nos analyses sont ensuite consacrées à sa partie théorique, c'est-à-dire principalement les sections 1, 2 et 3 de la première partie, qui a été et qui demeure aussi la plus discutée. Enfin, en conclusion, on tente de situer la *Théorie de la justice* dans le débat de la philosophie pratique contemporaine, en s'interrogeant sur sa position par rapport à l'héritage kantien.

1) Introduction à la lecture de la *Théorie de la justice*

a) Les difficultés de lecture de la Théorie de la justice : la situation française

Le lecteur français peut avoir du mal à entrer dans la lecture de la *Théorie de la justice* et ne pas comprendre son intérêt et la renommée dont elle jouit. La première difficulté tient au fait qu'il aura fallu attendre seize ans pour que cet ouvrage, capital dans la philosophie anglo-saxonne, soit traduit en français². Or entre 1971, date de sa publication aux Etats-Unis et le moment de sa réception en France, la *Théorie de la justice* a suscité un débat intense dans la philosophie anglo-saxonne, obligeant son auteur à préciser et même à refondre sa théorie à travers de nombreux articles. On peut les lire réunis, en français, sous le titre *Justice et démocratie*, publié en 1993, la même année que *Political Liberalism* qui constitue la reformulation d'ensemble de ces mêmes articles. La traduction de ce deuxième ouvrage de Rawls est parue en France en 1995.

On se trouve donc dans cette situation singulière de disposer dans le même temps de la théorie de la justice et de ses révisions successives. Le lecteur

¹. Abrégé sous la forme *TJ*, dans la suite de l'article.

². Les premiers auteurs français à avoir attiré l'attention sur l'œuvre de Rawls sont, à notre connaissance, Stoleru en 1974 (*Vaincre la pauvreté dans les pays riches*, Flammarion), Boudon en 1977 (*Effets pervers et ordre social*, PUF).

français doit parallèlement découvrir et comprendre les thèses de la *Théorie de la justice* et les raisons de leur reformulation. Il se trouve presque condamné à les interpréter à la lumière de la discussion qu'elles ont engendrée. Mais il ne peut comprendre ces critiques qu'en se reportant d'abord à l'ouvrage fondamental.

Deux questions se posent donc d'emblée ensemble : quel est le but poursuivi par Rawls dans la *Théorie de la justice* et ce but est-il encore maintenu à partir des années 1980 ? Ce remaniement et cette autocritique modifient-elles ou non en profondeur la théorie de la justice comme équité présentée dans la *Théorie de la justice*³ ?

³. On a du mal à se représenter l'ampleur des débats autour de la *Théorie de la justice*. La *Théorie de la justice* est aux Etats-Unis un véritable «best-seller» philosophique. C'est le traité philosophique le plus lu du XX^e s. Comparativement *Sein und Zeit* passera pour un ouvrage presque confidentiel. On ne peut pas dénombrer les articles et les ouvrages qui sont consacrés aux débats autour de la *Théorie de la justice*. Elle a donné lieu à une littérature si abondante qu'il n'est plus possible d'en faire le relevé exhaustif.

Si la pensée de Heidegger peut paraître incontournable à quiconque entreprend de faire de la philosophie «continentale», la *Théorie de la justice* de Rawls dessine pour le monde anglo-saxon le cadre à l'intérieur duquel la réflexion morale et politique doit se développer. Ainsi s'exprime Robert Nozick, collègue de Rawls à Harvard (depuis 1969), mais qui représente la tendance ultra-libérale en philosophie politique, moins extrême cependant que l'anarchisme de certains «libertariens», alors que Rawls serait plutôt catalogué comme libéral de gauche ou social-démocrate (*Théorie de la justice*, p. 9-10) : «Les philosophes politiques doivent désormais travailler dans le cadre de la la théorie de Rawls ou alors expliquer pourquoi ils ne le font pas.» (*Anarchy, State and Utopia*, p. 183, 1974, traduction française en 1988). On pourrait encore citer le témoignage de Dworkin dans «L'impact de la théorie de Rawls sur la pratique et la philosophie du droit» (*Individu et justice sociale, Autour de Rawls*, Seuil, 1988).

On pourrait légitimement s'interroger sur les raisons de ce succès dont l'histoire de la philosophie connaît peu d'exemples. Mais il est certain que la *Théorie de la justice* marque un tournant dans la philosophie analytique anglo-saxonne, et ce «recentrage» moral et politique n'est pas anecdotique (Voir *L'âge de la science*, «Éthique et philosophie politique», O. Jacob, 1988, p. 17). Jusqu'en 1971 la philosophie anglo-saxonne était dominée par la pensée analytique, se consacrant principalement à la logique philosophique, à l'épistémologie, à la philosophie du langage. La philosophie politique était le parent pauvre de la la philosophie anglo-saxonne. L'utilitarisme restait la doctrine morale et politique la plus forte mais avait perdu son essor. Quant à la philosophie politique analytique, elle se cantonnait dans la clarification méta-éthique de la signification des concepts moraux et du statut des jugements moraux.

La philosophie analytique c'est, historiquement, la philosophie postfrégéenne (Dummett). Elle se fonde dans une analyse logique du langage (Frege, Russell), mais plus largement confère au langage un statut transcendantal. Or qu'elle privilégie dans le langage, son axe syntaxique (1^{ère} génération), ou son axe sémantique et pragmatique (2^{ème} et troisième générations), la philosophie analytique nie la possibilité d'une science éthique ou d'un discours rationnel sur les valeurs. Wittgenstein peut servir de repère. Dans le *Tractatus logico-philosophicus*, c'est-à-dire dans sa première philosophie plus proche de cette analyse logique ou syntaxique du langage, Wittgenstein affirme : «Il ne peut pas ... y avoir de propositions éthiques.» (6. 42) Et ensuite, «Il est clair que l'éthique ne peut s'exprimer. L'éthique est transcendantale.» (6.421) Toute

L'ouvrage *princeps* lui-même est le fruit d'une réflexion élaborée et reprise sur plus de dix années, à partir d'un essai programmatique, «Justice as Fairness» paru en 1958 dans *The Philosophical Review*. Nous avons affaire à une manière

proposition éthique est un non-sens. L'essence de l'éthique est informulable parce qu'elle se situe au-delà du monde ou au-delà des limites du discours (théorie de la proposition).

Dans sa «seconde philosophie «comme on a coutûme de dire, Wittgenstein maintient la même thèse du non-sens de la proposition éthique, mais parce que désormais il n'y a pas d'essence de l'éthique. Il y a des systèmes éthiques que l'on peut décrire et dont on peut décrire les airs de famille. Les valeurs relèvent de «jeux de langage» et la raison ne saurait les fonder absolument en prétendant dégager leur essence. Wittgenstein s'exprime ainsi dans sa *Conférence sur l'Éthique* de 1929 : «Donner du front contre les bornes du langage, c'est là l'éthique. Je tiens qu'il est vraiment important de mettre fin à tout le bavardage sur l'éthique, comme de se demander s'il y a une connaissance, s'il y a des valeurs, si le Bien se laisse définir, etc. En éthique, on fait toujours l'essai de dire quelque chose, qui n'atteint pas l'essence de ce qui est en question et ne peut l'atteindre.» (Folio, p. 156). L'éthique n'est pas une position théorique mais un choix de vie. Elle relève de la volonté et non de la représentation. C'est pourquoi, «ce qui est éthique, on ne peut pas l'enseigner. Si je ne pouvais expliquer à autrui l'essence de ce qui est éthique que par le biais d'une théorie, ce qui est éthique n'aurait pas de valeur du tout.» *ibid.*, p. 158)

Or c'est avec la *Théorie de la justice* que la philosophie morale et politique en contexte analytique connaît un renouveau spectaculaire. Rawls propose un rationalisme éthique, dans la continuité de Kant, comme il le reconnaît expressément : «La théorie de la justice est une partie, peut-être même la plus importante, de la théorie du choix rationnel.» (p. 43). Voir surtout le § 40 consacré à «l'interprétation kantienne de la justice comme équité». Rawls parle même d'une «géométrie morale» comme idéal pour la théorie de la justice (§ 21 p. 154 -), qui traite les vrais problèmes, ceux qui, d'après Valéry, «tourmentent et gênent la vie». Ce qui veut dire qu'il est possible de traiter rationnellement de la justice elle-même ramenée au choix de ses principes. Il est légitime et nécessaire de reconstruire rationnellement nos intuitions et nos conceptions morales. Or cette prise de position marque, dans le contexte analytique, un revirement. Jusqu'à la *Théorie de la justice*, les questions de valeur ne relevaient pas de l'argumentation rationnelle propre à la philosophie. D'une manière générale, les questions éthiques n'étaient pas considérées comme des questions «primaires». Il s'agissait toujours peu ou prou d'envisager les questions éthiques comme des questions secondaires, c'est-à-dire relevant de l'analyse du discours éthique dans sa différence avec les jugements cognitifs. Au lieu de se poser des problèmes moraux radicaux (quel choix de vie, pour quelle société ...?) on analysait l'usage des prédicats «bon» ou «juste» (*linguistic turn*). Or avec la *Théorie de la justice*, les questions éthiques (re-)deviennent des questions primaires, c'est-à-dire susceptibles d'une argumentation rationnelle.

Ainsi depuis ce livre, qui peut passer, même si son auteur émet des réserves sur cette interprétation (voir la préface française, pp. 9-10) pour une charte de la social-démocratie, pour une défense et illustration de l'Etat-Providence, une tentative de fonder philosophiquement la pratique de la politique sociale propre aux économies occidentales (redistribution des revenus, aides publiques aux plus défavorisés, aux malades, aux accidentés ...) et depuis l'ouvrage de Nozick, *Anarchie, Etat et Utopie* qui est, dans une large mesure, une réponse ultra-libérale à la *Théorie de la justice*, la philosophie analytique s'est recentrée sur les questions morales et politiques. L'éthique appliquée prend d'ailleurs de plus en plus d'importance et la philosophie s'exerce désormais très concrètement sur des problèmes de la vie quotidienne (ainsi de la revue intitulée *Philosophy and Public Affairs*). Dans ces débats, la référence à Rawls est constante.

de faire de la philosophie qui peut nous désorienter: une œuvre se constitue à partir de l'ensemble des réponses et des corrections qu'apporte l'auteur à l'ensemble des critiques dont son premier texte est l'objet⁴. Mais cela correspond assez bien au contexte analytique de la philosophie. Les débats sont vifs, fréquents, par articles interposés, sur tel ou tel argument particulier. La *Théorie de la justice* est donc un livre volumineux, indigeste, dont les analyses de détail peuvent faire perdre de vue le plan. On ne démentira pas l'auteur qui avoue que «le livre est très long, et pas seulement par le nombre de pages.»⁵

Toutefois l'édition française n'est pas sans avantage. D'une part c'est la traduction d'une version «considérablement» remaniée en vue de la traduction allemande de la *Théorie de la justice* en 1975. L'édition française possède donc une valeur scientifique propre et supérieure à l'édition anglaise originale. D'autre part Rawls rédige spécialement pour la traduction française une préface, reproduite dans les autres éditions étrangères, où il s'explique en partie sur son évolution.

Donc en résumé, la chronologie et l'évolution de l'œuvre de Rawls se présentent ainsi :

- 1957, essai programmatique «Justice as Fairness» qui constitue la première partie de la *Théorie de la justice*.

- la *Théorie de la justice* dans son ensemble résulte de l'effort pour rassembler sous forme cohérente les idées fondamentales de l'essai de 1957 et celles exposées dans des articles après 1957 : «les idées principales sont donc restées en grande partie les mêmes, mais j'ai essayé d'éliminer les incohérences et, en de nombreux passages, de compléter et d'améliorer l'argumentation»⁶. En français nous disposons de l'édition remaniée de 1975 ;

- la préface à l'édition française qui date de 1986, alors que Rawls a déjà rédigé des articles importants, finalement réunis en France sous le titre *Justice et démocratie*.

- *Libéralisme politique* qui paraît en 1993 comprend quelques textes inédits mais reprend surtout la formulation d'ensemble de ces articles pour en rendre les idées «bien plus claires»⁷.

Ajoutons un troisième ordre de difficultés. La *Théorie de la justice* nous situe dans un paysage conceptuel qui nous est, pour l'essentiel, étranger. Les

⁴. Même si Rawls dément un peu cette interprétation, voir *Libéralisme politique*, PUF, 1995, p. 5, note, cité en abrégé LP, dans la suite de l'article.

⁵. TJ, p. 20.

⁶. TJ, p. 19.

⁷. LP, p. 1.

auteurs que cite Rawls sont soit connus mais leur œuvre est introuvable ou non-traduite en France, soit inconnus pour les plus contemporains d'entre eux.

Quel peut donc être l'intérêt pour nous de cette lecture dont on vient d'évoquer les difficultés toute particulières ? Pour y répondre, il faut chercher à savoir le but que Rawls poursuit dans la *Théorie de la justice*. Car la question de savoir quel intérêt philosophique présente la *Théorie de la justice* et celle de savoir dans quelle mesure Rawls est revenu sur ces positions initiales dans les ouvrages plus récents, ne peuvent trouver leur réponse que si l'on saisit le but que poursuit Rawls en élaborant la *Théorie de la justice*.

b) But et méthode de la Théorie de la justice

Rawls le répète à de nombreuses reprises dans la *Théorie de la justice*: il s'agit de proposer une alternative à l'utilitarisme aussi consistante que lui, une théorie de «rechange» comme il écrit souvent. Rawls est explicite dès la préface de 1971 :

«La meilleure façon d'expliquer le but de ce livre est peut-être la suivante. L'utilitarisme, sous une forme ou une autre, a été la théorie systématique dominante de la philosophie morale moderne, du moins d'une partie d'entre elle. Une des raisons en est qu'il a été adopté par une lignée d'écrivains brillants et ceux-ci ont élaboré un corps de doctrine tout à fait impressionnant par son étendue et sa subtilité. Nous avons tendance à oublier que les grands utilitaristes, Hume et Adam Smith, Bentham et Mill, étaient des théoriciens de la société et des économistes de premier ordre et que la doctrine morale qu'ils élaboraient devait satisfaire leurs autres intérêts et constituer une conception globale. Leurs critiques, par contre, adoptaient des points de vue beaucoup plus étroits. Ils notaient les obscurités du principe d'utilité ainsi que les désaccords apparents entre nombre de ses implications et nos sentiments moraux. Mais je pense qu'ils n'ont pas réussi à opposer une conception morale systématique et applicable. Le résultat en est que nous sommes souvent forcés, semble-t-il, de choisir entre l'utilitarisme et l'intuitionnisme. Et, dans la plupart des cas, nous imposons les limites et les restrictions nécessitées par les contraintes de l'intuitionnisme. Une telle conception n'a rien d'irrationnel et il n'y a pas de garantie que nous puissions faire mieux. Mais il n'y a pas de raison, non plus, de ne pas essayer.»⁸

Nous traiterons plus précisément de l'utilitarisme dans la deuxième partie. Pour ce qui est de l'intuitionnisme, Rawls s'explique sur le sens non-

⁸. *TJ*, pp. 19-20.

épistémologique qu'il donne à cette notion au § 7⁹. Alors que l'utilitarisme soutient que le principe d'utilité est le seul principe moral, et le seul efficace, les doctrines intuitionnistes tiennent qu'il existe une pluralité de principes premiers, éventuellement contradictoires, qu'il faut mettre en balance quand la situation se présente, sans que l'on dispose d'un critère de plus haut niveau pour hiérarchiser les principes et fonder son jugement: «nous devons découvrir un équilibre par intuition, d'après ce qui nous semble le plus proche du juste.»¹⁰ L'intuitionisme est sans doute, pour Rawls, plus proche de nos intuitions morales profondes, mais il n'est pas constructif comme l'utilitarisme ; il ne permet pas de concevoir une théorie des règles fondamentales du fonctionnement des institutions sociales.

Donc de fait, on adopte une variante de l'utilitarisme, un utilitarisme pondéré d'intuitionnisme (§ 7)¹¹ et l'utilitarisme triomphe faute d'une théorie concurrente consistante¹². La théorie de la justice comme équité doit être cette conception systématique substituable à l'utilitarisme.

Car en dépit de sa force d'attraction, l'utilitarisme souffre d'une insuffisance rédhitoire pour Rawls. Il le précise cette fois dans la préface française :

«La raison principale en était la faiblesse, selon moi, de l'utilitarisme comme base des institutions d'une démocratie constitutionnelle, quelles qu'elles existent à l'Ouest. En particulier, je ne pense pas que l'utilitarisme puisse fournir une analyse satisfaisante des droits et des libertés de base des citoyens en tant que personnes libres et égales, ce qui est pourtant une exigence absolument prioritaire d'une analyse des institutions démocratiques. C'est alors que l'idée du contrat social, mais rendue plus générale et plus abstraite au moyen de l'idée de position originelle, m'apparut comme la solution. Le premier objectif de la théorie de la justice comme équité était donc de fournir une analyse convaincante des droits et des libertés de base ainsi que de leur priorité. Le second objectif était de compléter cette analyse par une conception de l'égalité démocratique, ce qui m'a conduit au principe de la juste égalité des chances et au principes de différence.»¹³

⁹. *TJ*, pp. 59-66.

¹⁰. *TJ*, p. 60.

¹¹. *TJ*, p. 62.

¹². C'est la même présentation des objectifs de la *Théorie de la Justice* que fait Rawls au début de *Libéralisme politique*, pp. 2-3.

¹³. *TJ*, p. 10.

Nous laissons de côté provisoirement la fin de la citation qui anticipe sur les concepts et les enjeux les plus théoriques exposés dans la première partie de l'ouvrage. On sera plus attentif au fait que la critique de l'utilitarisme s'inscrit dans le projet plus vaste de constituer la conception philosophique adéquate à une démocratie constitutionnelle.

La théorie de la justice a l'utilitarisme pour adversaire déclaré puisqu'elle a pour but de prendre sa place dans la philosophie morale et politique. La théorie de la justice comme équité se construit contre l'utilitarisme. Mais cette réfutation prend appui sur une conviction plus profonde : que la culture démocratique porte en elle une exigence fondamentale en direction des libertés et des droits de base des citoyens, que cette exigence est absolument prioritaire, et qu'elle exprime notre sens de la justice. Or l'utilitarisme se trouve incapable de justifier cette exigence. Autrement dit l'utilitarisme, quelque soit sa consistance, son constructivisme, est en contradiction avec la conscience moderne de la justice, ou, comme il l'écrit encore plus précisément en 1993, dans *Libéralisme politique*, avec «un fond commun d'idées et de principes fondamentaux, qui implicitement, sont acceptés», avec «certaines idées fondamentales implicites dans la culture politique publique d'une société démocratique»¹⁴.

Mais quelle est pour ainsi dire la méthode ou l'outil critique qui permet de réfuter l'utilitarisme à partir de la conviction de la priorité des droits-libertés, implicite à la culture démocratique? Rawls le précise à la suite de la citation de la préface à l'édition anglaise :

«J'ai tenté de généraliser et de porter à un plus haut degré d'abstraction la théorie traditionnelle du contrat social telle qu'elle se trouve chez Locke, Rousseau et Kant. J'espère ainsi que cette théorie ne donnera plus prise aux objections les plus évidentes qui semblaient lui être fatales. Mais, surtout, cette théorie semble offrir comme solution de rechange une analyse systématique de la justice

¹⁴. *LP*, p. 32 et p. 38.

Rawls considère que le «pluralisme des conceptions du bien» est au fondement du libéralisme et de nos sociétés modernes. [Voir, *supra*, note 29] Ce fait du pluralisme, y compris des idées libérales, représente le contexte indépassable ou la contrainte spécifiquement moderne de la pensée. A ce titre, le projet rawlsien d'une théorie simplement politique, et finalement sociale, de la justice, situe, de fait, la *Théorie de la justice*, du côté de ce qu'on appelle la philosophie postmétaphysique, qui a renoncé à toute espèce de fondation transcendante, ontologique ou théologique, des valeurs et des normes. Et pourtant le pari libéral de Rawls est de croire qu'il est possible et raisonnable, malgré cette incommensurabilité des conceptions du bien, qui laisse chacun libre de vivre en fonction d'une vision du monde particulière, à condition de ne pas vouloir l'imposer aux autres, de s'accorder sur une conception du juste, des principes du droit juste, compatible avec la plupart des intuitions morales partagées. Sur ce point, voir Alain Boyer, «Justice et égalité», *Notions de philosophie*, III, Folio, 1995, pp. 53-54.

supérieure, selon moi, à la tradition utilitariste, pourtant dominante. La théorie que je propose est de nature profondément kantienne et je ne prétends, pour les vues que j'avance, à aucune originalité. Les plus importantes sont classiques et bien connues. Mon intention a été de les organiser en un système général qui grâce à certaines simplifications, en fait voir toute la portée. L'ambition de ce livre sera complètement satisfaite si, grâce à lui, on parvient à saisir plus clairement les principaux caractères structuraux de cette conception de la justice, implicite dans la tradition du contrat social, ainsi que les moyens de son élaboration ultérieure. Parmi toutes les conceptions traditionnelles, je crois que c'est celle du contrat qui se rapproche le mieux de nos jugements bien pesés sur la justice et qui constitue la base morale qui convient le mieux à une société démocratique.»¹⁵

L'orientation générale de la *Théorie de la justice* n'est pas en soi originale, puisqu'elle reprend la philosophie contractualiste du XVIII^e siècle. Mais ce qui l'est, c'est l'usage qu'elle en fait, c'est-à-dire l'infléchissement qu'elle fait subir à la théorie du contrat¹⁶. Cela apparaîtra mieux quand on explicitera la différence entre les théories du contrat et la théorie de la justice comme équité à partir de la théorie contractualiste¹⁷. Mais d'ores et déjà on voit

¹⁵. *TJ*, p. 20.

¹⁶. Rawls parle de la théorie du contrat, comme s'il n'y avait pas de différence entre Locke, Rousseau et Kant. Mais d'une part Rawls rapportera par exemple Locke et Rousseau à deux traditions de la pensée démocratique en conflit : «d'une part la tradition associée à Locke qui donne plus de poids à ce que Benjamin Constant appelait «la liberté des Modernes», c'est-à-dire la liberté de pensée et de conscience, certains droits de base de la personne et le droit de propriété ainsi que l'Etat de droit (*rule of law*) et, d'autre part, la tradition associée à Rousseau qui, elle, privilégie la «liberté des Anciens», l'égalité des libertés politiques et les valeurs de la vie publique. Cette distinction bien connue et schématique peut aider à fixer les idées. *Justice et démocratie*, cité ultérieurement *JD*, pp. 28-29)

D'autre part cette unification des théories en une tradition homogène s'explique par l'usage stratégique de réfutation de l'utilitarisme qu'en fait Rawls. Ce sont bien deux traditions qui s'affrontent. Ainsi le jeune Bentham, qui a véritablement fondé l'utilitarisme, a-t-il sévèrement critiqué les théories du droit naturel et leurs prolongement politiques, enseignés par Blackstone, disciple de Locke, à Oxford (*Principes de la morale et de la législation*, ch. III - 1789).

¹⁷. On peut bien parler d'une interprétation kantienne du contrat social («la théorie que je propose est de nature profondément kantienne ...» dit notre texte; voir aussi § 24, p. 171), c'est-à-dire une interprétation procédurale de l'autonomie dans le cadre d'une théorie empirique (§ 40, pp. 292-293). Aussi est-ce la référence kantienne qui sert d'instrument critique à l'égard des autres théories du contrat, notamment celle de Locke *Libéralisme Politique*, pp. 341-342). Dans cet ouvrage la «théorie de la justice comme équité» est explicitement désignée comme version kantienne de la «doctrine» du contrat social (p. 310).

comment la tradition du contrat, qui est le moyen de la réfutation de l'utilitarisme, est, à la fois, la plus conforme à nos intuitions du juste, et insuffisante puisqu'elle demande à être systématisée, élevée à un plus degré d'abstraction pour justement en dégager des principes de justice qu'elle contient seulement implicitement. Autrement dit, en systématisant la théorie du contrat, la théorie de la justice comme équité systématisé et clarifié en même temps les idées et les intuitions du juste dont la théorie du contrat n'est que l'approximation. On peut dire aussi bien que la clarification de nos intuitions et de nos concepts moraux rencontre nécessairement la théorie contractualiste, ou que la théorie du contrat représente la première systématisation de ces idées. Rawls écrit que «tandis que la doctrine du contrat accepte comme fondées, dans l'ensemble, nos convictions en faveur de la priorité de la justice, l'utilitarisme au contraire cherche à en rendre compte comme si elles étaient une illusion socialement utile.»¹⁸ On a donc d'un côté l'utilitarisme, de l'autre l'ensemble des intuitions bien pesées du juste et la théorie du contrat, que la théorie de la justice comme équité cherche à articuler et à équilibrer. La théorie de la justice comme équité est l'une parmi les différentes théorie du contrat, mais son interprétation de la situation initiale conduit «à une conception qui représente nos jugements bien pesés en équilibre réfléchi.» (§ 20)¹⁹.

La méthode est donc circulaire et cherche à faire correspondre à chaque stade de son développement les intuitions bien pesées de la justice sociale et l'élaboration théorique qui prend pour modèle la tradition contractualiste. Voici schématiquement les étapes de la démarche de Rawls dans la *Théorie de la justice* : partant de la conscience de la justice propre à la culture démocratique et déterminant les idées intuitives qui s'y trouvent impliqués, par un travail de clarification et d'explicitation, Rawls aboutit à la formulation de deux principes, qui résument l'ensemble de ces idées de base en une conception cohérente. Il se réfère à la théorie du contrat, à travers l'expérience abstraite de la position originelle assortie de la condition du voile d'ignorance, qui sert de la mise à l'épreuve argumentative de la supériorité des deux principes sur toute autre conception concurrente de la justice sociale, notamment l'utilitarisme. Enfin Rawls montre quelles conséquences on doit tirer de cet effort théorique pour l'élaboration des institutions politiques et économiques, établissant en particulier qu'une société ainsi organisée est stable, c'est-à-dire tend à se reproduire comme système juste de coopération. On parvient ici à la deuxième et à la troisième parties de l'ouvrage. Dans la deuxième, Rawls entend «montrer que les principes de la justice, qui, jusqu'ici, ont été étudiés en faisant abstraction des institutions, constituent une conception politique applicable et sont une approximation et une

¹⁸. *TJ*, p. 54.

¹⁹. *TJ*, p. 154.

extension raisonnables de nos jugements bien réfléchis.»²⁰ Il s'agit non seulement de prouver que la théorie de la justice comme équité n'est pas une utopie et qu'elle peut être à la base d'institutions d'une démocratie constitutionnelle - ce qui suppose une levée progressive et partielle du voile d'ignorance, en quatre étapes (§ 31) - mais encore de vérifier cet équilibre réflexif entre les principes testés²¹ par «la situation contractuelle» et nos jugements intuitifs, par exemple à propos de la «liberté de conscience égale pour tous» qui se déduit du premier principe de justice et qui constitue en même temps «un des points fixes de nos jugements bien pesés sur la justice.» (§ 33²²). Dans la troisième partie, Rawls tente de donner une base psychologique à sa théorie des biens premiers et à l'acquisition d'«un sens de la justice», pour montrer comment les deux principes peuvent en eux-mêmes engendrer et développer ce sens de la justice et produire, idéalement, les conditions d'une société stable.

Ainsi on peut dire, pour se limiter à la première partie où se concentrent tous les enjeux de cette conception philosophique, que «la théorie de la justice comme équité tente de rendre compte de ces convictions du sens commun, concernant la priorité de la justice»²³. Mais la priorité de la justice correspond à la priorité des libertés de base et de droits qui ne sauraient être soumis «à des marchandages politiques ni à des calculs d'intérêts sociaux.»²⁴ C'est cette priorité que la fiction de la position originelle sous le voile d'ignorance, qui porte la théorie du contrat social à son plus haut degré d'abstraction, met en évidence et fonde argumentativement. Et l'on peut également prévoir que les principales objections faites à la *Théorie de la justice* iront à la méthode qui fonde la justification des principes par la théorie sur la justification des jugements moraux intuitifs et réciproquement. Cette imperfection méthodologique, peut-être inscrite au cœur de toute philosophie morale, comme le rappelle Ricœur²⁵, remet sans

²⁰. *TJ*, p. 231.

²¹. *TJ*, p. 46.

²². *TJ*, p. 242.

²³. *TJ*, p. 54.

²⁴. *Ibid.* .

²⁵. La méthode de Rawls vise à constituer une théorie normative de la justice sur des bases contractualistes ou constructivistes (déduction des principes à partir de la position originelle). Mais la démarche reste par ailleurs analytique, par le travail de clarification des concepts et des intuitions. Ou plutôt la méthode de l'«équilibre réfléchi» des intuitions morales profondes, se substitue à la démarche de fondation de la morale.

Mais après tout, la philosophie morale peut-elle échapper à cette espèce d'analytique de l'opinion qui engage la pensée à élucider réflexivement le consensus sur les valeurs implicites de notre

doute en cause le projet même de la *Théorie de la justice*, c'est-à-dire comme Rawls le rappelle encore au début de *Justice et démocratie* : «généraliser et mener à un plus degré d'abstraction la doctrine traditionnelle du contrat social»²⁶. Si la référence à la théorie du contrat n'est pas démentie à partir des années 1980, du moins Rawls a-t-il peut-être renoncé à vouloir la généraliser, comme si elle constituait un modèle universel et indépassable.

c) *L'intérêt philosophique de la Théorie de la justice*

Quel est donc finalement l'intérêt de la *Théorie de justice* ? Ne constitue-t-elle qu'un épisode interne aux débats de la philosophie anglo-saxonne, qu'on pourrait réduire à la critique de l'utilitarisme, tradition anglo-saxonne s'il en est, en contexte analytique ?

Mais on a déjà vu quel «tournant» représente la *Théorie de la justice* dans la philosophie analytique. Par là-même elle a une signification plus générale qui la décontextualise, puisque la référence insistante à la «tradition du contrat social» comme conception systématique alternative à l'utilitarisme la situe de plain pied dans la philosophie continentale. Rawls est peut-être le plus continental des philosophes anglo-saxons, de tradition analytique.

Ainsi ce qui est, pour nous, le plus significatif dans l'histoire de la philosophie contemporaine, c'est le retour de la question de la justice. De nouveau il est possible et même nécessaire de parler de justice en philosophie morale et politique. L'œuvre de Rawls termine une assez longue période d'effacement de la justice. Rawls élabore une théorie de la justice, c'est-à-dire qu'il considère que «la justice est la première vertu des institutions sociales

culture en les élevant à leur expression la plus générale et la plus rigoureuse. ? C'est la question posée par Ricœur dans un article de 1988 «Le cercle de la démonstration»: «La philosophie morale ne fonde rien *ex nihilo*, mais justifie après coup les convictions morales les plus communes. Ainsi Aristote part-il des *endoxa*, c'est-à-dire des idées admises sur les vertus, afin d'en dégager le noyau rationnel dans une mise en tableau cohérente. En un sens voisin, Kant inaugure ses *Fondements de la métaphysique des mœurs* par l'aveu que, de tout ce que nous tenons pour bon, la bonne volonté est ce qui vaut sans restriction, partout et toujours; et toute la théorie morale de Kant se résume en une mise à l'épreuve de cette conviction bien pesée ; et quand il en vient à fonder le principe, il n'a même rien d'autre à dire sinon que la nature raisonnable existe en chacun comme immédiatement digne de respect. Or, exister signifie, dans ce contexte, échapper à toute production, à toute manipulation. Qu'on ne doive pas traiter la personne seulement comme un moyen, mais toujours aussi comme une fin, cela nous l'avons toujours su. Tout ce que nous y ajoutons ne relève-t-il pas alors de ce que Dworkin, commentant la théorie de Rawls, appelle «interprétation constructive»?» (*Lectures 1*, Seuil, 1991, p. 230).

²⁶. *JD*, p. 8.

comme la vérité est celle des systèmes de pensée.» (§ 1²⁷) Si la justice est la vertu première de la société, la question de la justice redevient une «question première» en philosophie.

L'éclipse de la justice tient sans doute à des causes multiples qui ont affecté diversement l'évolution des idées dans le contexte anglo-saxon ou continental. On peut certainement évoquer chez nous, d'un côté la réduction de la philosophie politique soit à l'analyse des effets de pouvoirs soit à la philosophie de l'histoire²⁸, de l'autre l'influence du positivisme juridique qui soutient que l'on ne peut accorder de statut scientifique à l'étude du droit qu'en mettant entre parenthèses le problème de la justice²⁹. La question du droit juste retrouve une actualité conceptuelle. Il faut bien relever l'ambition du propos. Contre la philosophie du droit à l'époque moderne, et particulièrement contre le positivisme juridique, Rawls renouvelle le projet d'une fondation du droit, en cherchant à exhiber les normes pures et universelles pour évaluer rationnellement les institutions et les pratiques de tout ordre social.

Mais Rawls relève un autre défi. La théorie de la justice comme équité n'est pas une métaphysique du droit³⁰, mais bien une théorie de la justice sociale. La justice c'est si l'on veut le problème que la société se pose nécessairement à elle-même, en vertu de sa propre essence. La société a besoin de justice parce qu'elle se déploie comme ce problème. La justice est la réponse à un contexte ou un ensemble de circonstances qui la rendent en même temps et possible et nécessaire. Ou plus précisément «le contexte d'application de la justice peut être défini comme l'ensemble des conditions normales qui rendent à la fois possible et nécessaire la coopération humaine. (...) Les circonstances constituant le contexte de l'application de la justice sont réunies chaque fois que des personnes avancent des revendications en conflit quant à la répartition des avantages sociaux, dans

²⁷. *TJ*, p. 29.

²⁸. Voir Ricœur, *Le Juste*, éditions Esprit, 1995, pp. 7-9. On se reportera également à A. Renaut et L. Sosoe, *Philosophie du Droit*, PUF, 1991, particulièrement pp. 13-40.

²⁹. On le sait, Kelsen tente de constituer une *Théorie pure du droit* (1934, traduction française, éd. La Baconnière, 1953) qui a pour objet non pas de déterminer quelles règles le droit doit adopter ou établir, mais d'analyser le «droit tel qu'il est en fait», le «droit positif tant national qu'international». La théorie générale du droit n'aborde pas le droit en direction de la justice, c'est-à-dire de la norme, mais dans son fonctionnement strict, c'est-à-dire dans son existence. La question de la justice n'est pas dénuée de sens, mais elle relève de la «métaphysique du droit» et non d'une science du droit.

³⁰. Rawls est revenu sur cet écart, en particulier dans un article de 1985 : «La théorie de la justice comme équité : une théorie politique et non pas métaphysique.» Dans *Libéralisme Politique*, Rawls tente de dissiper la confusion entre théorie morale et théorie politique de la *Théorie de la Justice* (pp. 4 sq, et § 2 pp. 35-40).

des situations de relative rareté des ressources. En l'absence de telles circonstances, il n'y aurait pas d'occasion pour la vertu de justice. (...) Mais une société humaine est caractérisée par le contexte d'application de la justice.» (§ 23³¹) Rawls le précisait d'emblée, en construisant sa définition de la société au début de l'ouvrage :

«Posons, pour fixer les idées, qu'une société est une association, plus ou moins autosuffisante, de personnes qui, dans leurs relations réciproques, reconnaissent certaines règles de conduite comme obligatoires, et qui, pour la plupart, agissent en conformité avec elles. Supposons, de plus, que ces règles déterminent un système de coopération visant à favoriser le bien de ses membres. Bien qu'une société soit une tentative de coopération en vue de l'avantage mutuel, elle se caractérise donc à la fois par un conflit d'intérêts et par une identité d'intérêts. Il y a identité d'intérêts puisque la coopération sociale procure à tous une vie meilleure que celle que chacun aurait eue en cherchant à vivre seulement grâce à ses propres efforts. Il y a conflit d'intérêts puisque les hommes ne sont pas indifférents à la façon dont sont répartis les fruits de leur collaboration, car, dans la poursuite de leurs objectifs, ils préfèrent tous une part plus grande de ces avantages à une plus petite. On a donc besoin d'un ensemble de principes pour choisir entre les différentes organisation sociales qui déterminent cette répartition des avantages et pour conclure un accord sur une distribution correcte des parts. Ces principes sont ceux de la justice sociale: ils fournissent un moyen de fixer les droits et les devoirs dans les institutions de base de la société et ils définissent la répartition adéquate des bénéfices et des charges de la coopération sociale.»³²

On a reconnu sous le concept de justice sociale la notion de justice distributive. La justice a pour objet et pour rôle d'attribuer à chacun ce qui lui revient. Mais ce qui est à répartir ne concerne pas seulement les biens, les charges et les honneurs, dans une société objectivement hiérarchisée comme chez Aristote mais aussi les libertés de base, les droits fondamentaux que la modernité a attribués également à tous les individus. L'homme moderne ne découvre pas ses fins mais les choisit.

Autrement dit il s'agit pour Rawls de restaurer l'idée de justice, plus exactement de construire une théorie de la justice distributive dans le cadre

³¹. *TJ*, pp. 159-162.

³². *TJ*, pp. 30-31.

idéologique qui est celui de l'individualisme libéral³³. Comment fonder des critères pour décider ce qui revient à chacun quand ce qui définit l'individu est sa capacité et son droit à fixer librement ses propres fins ? Rawls se mesure finalement à l'interrogation suivante : une théorie moderne, c'est-à-dire relevant du libéralisme, de la justice distributive est-elle possible ?

Mais cette théorie moderne de la justice distributive doit articuler deux valeurs fondamentales de la modernité politique, la liberté et l'égalité. Aristote distinguait deux concepts du juste, irréductibles à la même espèce de proportion. A l'intérieur de la justice-égalité, elle-même séparée de la vertu de justice (justice-légalité), la justice distributive relève de la proportion géométrique et la justice correctrice de la proportion arithmétique. La conscience moderne du juste hérite elle de deux valeurs, la liberté et l'égalité, qui ont la même prétention à définir la justice mais la même incapacité à l'incarner de façon exclusive. La justice consiste à la fois dans un ensemble de libertés fondamentales, ce que l'on appelle les droits-libertés, et dans des droits complémentaires que les individus peuvent exiger ou revendiquer d'obtenir au nom de l'égalité des conditions (droits-créances). Peut-on arbitrer entre ces deux valeurs ?

Trois solutions semblent offertes. On peut subordonner, voire sacrifier la liberté à l'égalité. L'exigence d'égalité précède celle de liberté. Cette option est représentée par la tradition socialiste qui tend à privilégier les droits-créances sur les droits-libertés et défend une égalité des conditions matérielles. On connaît la critique que développe Marx dans la *Question juive*, des droits-libertés dont il relève le caractère formel, au nom des droits réels ou matériels, c'est-à-dire des droits de créance.

On peut tout au contraire, pour lutter précisément contre cette tendance socialiste, séparer strictement les droits-libertés et les droits de créance et ainsi disjoindre l'idée de justice de l'exigence sociale. Cette perspective répond à un libéralisme radical dont il n'y a pas d'exemple chez les libéraux classiques mais qui se trouve théorisé chez les néolibéraux ou «libertariens», chez Nozick et surtout chez l'économiste autrichien Friedrich A. Hayek dont ils se réclament.

³³. Voir J-P. Dupuy, «Les paradoxes de «Théorie de la justice» Introduction à l'œuvre de John Rawls» (*Esprit*).

Il n'est pas facile de donner une définition du libéralisme. On pourrait dire que c'est une forme de pensée sociale et politique qui lie l'axiome individualiste (libéralisme politique) à l'hypothèse d'une autonomie fondatrice du marché (libéralisme économique). Ce n'est donc peut-être pas tant l'individualisme, la reconnaissance qu'il y a, selon l'expression de Constant «une partie de l'existence humaine qui, de nécessité, reste individuelle et indépendante» (*De la liberté chez les modernes*, GF, p. 271), c'est-à-dire finalement la thèse d'une stricte délimitation de la souveraineté politique («aucune autorité sur terre n'est illimitée» *ibid.*, p. 275), qui définit le libéralisme, que l'affirmation du rôle prioritaire et déterminant du marché dans la formation, l'organisation et l'évolution des sociétés humaines.

Ainsi Hayek dans *Droit, législation et liberté*³⁴ pousse la thèse libérale au bout de sa logique : ou l'on consent à abandonner toute revendication d'égalité des conditions matérielles ou bien on contribue à instaurer un système totalitaire qui exclut la liberté personnelle. Pour Hayek, l'idée de «justice sociale» ou justice distributive est vide de sens dans une société d'hommes libres³⁵. «Juste» est un prédicat de l'action humaine, qui suppose intentionnalité et responsabilité. «La justice est un attribut de la conduite humaine»³⁶. Il s'appliquera évidemment à la sphère judiciaire et «au plan délibéré des institutions politiques»³⁷ - Hayek fait ici référence à Rawls qui a consacré un ouvrage important à ce problème, et avoue n'être pas en désaccord avec lui. Mais il regrette son usage précisément de la notion de «justice sociale» et cite plutôt un article de 1961.

Mais le concept est dénué de sens quand il s'applique «au procès impersonnel du marché» qui «confère aux individus la disposition de tels ou tels biens ou services : il n'y a rien qui puisse être juste ou injuste parce qu'il s'agit de résultats qui n'ont été ni voulus ni prévus, et qui dépendent d'une multitude de circonstances que personne ne connaît en totalité.»³⁸ Dans ces conditions, l'exigence de justice sociale constitue un authentique péril pour «les valeurs d'une civilisation de liberté»³⁹ et «aussi longtemps que la croyance à la «justice sociale» régira l'action politique, le processus doit se rapprocher de plus en plus d'un système totalitaire.»⁴⁰ L'introduction de la justice sociale ne peut se faire qu'au détriment de la liberté, c'est-à-dire qu'au profit d'un Etat toujours plus dirigiste. «La «justice sociale» ne peut avoir de signification que dans une économie dirigée ou commandée (par exemple une armée) où les individus se voient commander ce qu'ils ont à faire; et n'importe quelle variante de «justice sociale» ne pourrait être réalisée que dans un tel système dirigé du centre.»⁴¹

³⁴. Publié en 1976, traduction française, PUF, 1995, Quadrige, t. 2.

³⁵. *Op. cit.*, pp. 82-83.

³⁶. C'est le titre du chapitre 8.

³⁷. Ch. 9, p. 120.

³⁸. p. 85.

³⁹. p. 81.

⁴⁰. p. 82.

⁴¹. pp. 83-84. Cette dissociation de la justice et de l'exigence sociale ne peut se comprendre qu'à partir de la thèse générale d'Hayek sur l'ordre du marché ou «catallaxie». Pour Hayek c'est bien l'ordre économique qui détermine et crée en dernière instance l'ordre social (économisme): «les seuls liens qui maintiennent l'ensemble d'une Grande société sont purement économiques (plus précisément : catallactiques).» (p. 135) Hayek substitue ce néologisme «catallaxie» (du grec

C'est cette position extrême qui identifie Etat-Providence et Etat totalitaire que diffusent les néo- ou ultra-libéraux, les libertariens. Ils se nomment eux-mêmes «anarcho-capitalistes» parce que même l'Etat «minimal», l'Etat veilleur de nuit de la tradition libérale, l'Etat réduit à la portion congrue, en tant qu'il s'approprie le monopole de la protection par la force des individus, viole déjà leurs droits absolus, inviolables et inaliénables.

Ou bien enfin on peut essayer d'articuler la liberté et l'égalité dans une théorie cohérente. C'est cette dernière voie difficile que Rawls tente de frayer dans la *Théorie de la justice* qui constitue une forme de libéralisme social ou de libéralisme modéré. En cherchant à dépasser ou surmonter cette opposition, il tente une reprise philosophique de la modernité et de son histoire.

katallattein, «échanger») au terme traditionnel d'économie qui a le désavantage de suggérer que le marché serait organisé comme un agencement délibéré avec des moyens connus, alors que l'ordre du marché est «engendré par l'ajustement mutuel de nombreuses économies individuelles sur un marché. Une catallaxie est ainsi l'espèce particulière d'ordre spontané produit par le marché à travers les actes de gens qui se conforment aux règles juridiques concernant la propriété, les dommages et les contrats.» (p. 131) L'ordre du marché, le *kosmos* du marché» procède d'un continuel échange d'informations par lequel les objectifs des individus s'ajustent spontanément les uns aux autres. Au sein du marché, chacun poursuit ses objectifs et ses intérêts, en se contentant de respecter les règles juridiques, qui n'ont pour fonction que d'autoriser l'autodéploiement des lois immanentes du marché. Toute intervention de l'Etat dans le jeu catallactique (économie mixte) introduirait du désordre.

Donc le rôle de l'Etat est de créer et de maintenir le cadre juridique qui rend possible la diffusion maximale de l'information, c'est-à-dire le développement autorégulé du marché qui «conduit à un accroissement du flux des biens et des chances pour tous les participants de satisfaire leurs besoins» (p. 139), soit la production d'un solde supérieur à celui qu'offre toute institution construite. L'Etat doit se contenter de protéger les libertés individuelles. Dans l'Etat libéral, les seuls droits sont les libertés individuelles.

Aussi la récrémination à propos des résultats du marché, en termes d'injustices, relève du mirage ou du fantasme. A la question «qui a donc été injuste?» il n'y a pas de réponse. L'ordre du marché est sans sujet. Et vouloir maintenir à tout prix l'exigence de justice sociale dans l'ordre spontané du marché auquel se ramène l'organisation des sociétés modernes, c'est diviniser la société, céder à un anthropomorphisme social qui ne peut s'empêcher de la transformer en instance mystérieuse à laquelle on pourra adresser plaintes et réclamations (p. 83). «Nous ne faisons certes pas d'erreur en percevant que les effets des processus d'une société libre, sur le sort respectif des divers individus, ne se répartissent pas selon un principe discernable de justice. Où nous faisons fausse route, c'est en concluant de là que ces effets sont injustes et que quelqu'un doit en porter le blâme. Dans une société libre où la position des divers individus et groupes ne découle pas du dessein de qui que ce soit - ni ne peut, dans le cadre d'une telle société, être modifiée selon un principe d'application générale - les différences de rétribution ne peuvent tout simplement pas être qualifiées raisonnablement de justes ou d'injustes.» (p. 84).

Pour terminer cette introduction à la lecture de la *Théorie de la justice*, nous reprendrons à notre compte ces propos de J. Vuillemin, au début d'un article «Remarques sur la convention de justice selon J. Rawls»⁴²:

«Le livre, important et volumineux, de J. Rawls [...] contient trois idées principales dont chacune mérite examen. Il nous propose d'abord une définition nouvelle de la société juste. Il démontre ensuite que les hommes, supposés raisonnables et soumis à des conditions qui font de leur choix un choix juste, choisiront unanimement cette société. Enfin, le contrat de justice passé, les institutions qui lui seront conformes façonneront à leur tour les hommes en sorte d'assurer la stabilité de la société juste qu'ils auront choisie.»

2) Analyse des principes de la théorie de la justice comme équité

a) La justice comme équité contre l'utilitarisme

La justice comme équité

Cette théorie de la justice est souvent nommée par Rawls, conformément à la première inspiration de son essai de 1958, théorie de la justice comme équité (*Justice as Fairness*)⁴³. Comment peut-on comprendre cette expression ?

Il s'agit de trouver un principe qui permette d'arbitrer des revendications concurrentes légitimes de la part des partenaires sociaux, de déterminer la répartition équitable des biens primaires que les hommes s'efforcent d'atteindre ou d'éviter, comme l'écrit Rawls plus loin. La théorie de la justice se spécifie comme équité en raison de cet arbitrage des biens, qui doit pouvoir régler les conflits à venir entre les partenaires sociaux, en éliminant l'arbitraire⁴⁴.

⁴². *L'âge de la science*, p. 55.

⁴³. Traduction française par J.-F. Spitz, «La justice comme équité», *Revue Philosophie*, n° 14, 1984, pp. 39-69.

⁴⁴. L'élimination de l'arbitraire, la réduction de la contingence qu'elle soit naturelle ou historique correspond bien à une intuition du juste. (Voir le § 12 de la *Théorie de la justice*, «Interprétations du second principe»). Là où règne l'arbitraire règne l'injustice. *Justitia* et *Fortuna* sont des déesses contraires. Il ne s'agit pas de nier les différences de capacités mais de faire travailler les contingences «au bien des plus désavantagés» (§ 17, p. 132). «La répartition naturelle n'est ni injuste ni juste; il n'est pas non plus injuste que certains naissent dans certaines positions sociales particulières. Il s'agit seulement de faits naturels. Ce qui est juste ou injuste par contre, c'est la façon dont les institutions traitent ces faits. (...) Dans la théorie de la justice comme équité, les hommes sont d'accord pour ne se servir des accidents de la nature et du contexte social que dans la perspective de l'avantage commun. Les deux principes sont un moyen

Rawls indique que l'équité constitue l'essence de la justice: «Dans cet article, je souhaite montrer que dans le concept de justice, l'idée fondamentale est celle d'équité; et je souhaite proposer une analyse du concept de justice de ce point de vue. Afin de faire ressortir l'impact de cette affirmation et de l'analyse qui en découle, je soutiendrai que c'est précisément cet aspect de la justice dont l'utilitariste, dans sa forme classique, est incapable de rendre compte, et qui est au contraire exprimé, même si c'est de manière erronée, par l'idée de contrat social.»⁴⁵

Rawls entend se placer du point de vue de l'équité pour élaborer une théorie de la justice, pour analyser «le concept de justice» comme dit notre paragraphe. Et c'est en se placant à ce point de vue que l'analyse de Rawls trouve son originalité. Ou plutôt, seule une approche qui s'inspire de «l'idée du contrat» peut rendre compte de l'aspect essentiel d'équité de la justice. Autrement dit l'équité semble venir qualifier la théorie de la justice en totalité, puisque l'hypothèse du contrat, qui sert de référence à Rawls, est la seule à exprimer, quoique «de manière erronée», la détermination fondamentale d'équité dans le concept de justice.

En effet l'équité désigne la procédure qui réalise l'accord des partenaires sur le choix des principes de justice. La théorie de la justice est une théorie de la justice comme équité en tant qu'elle conçoit les principes de justice comme étant l'objet d'un accord originel entre les partenaires sociaux, eux-mêmes placés dans une situation d'égalité initiale. «La position originelle est, pourrait-on dire, le *statu quo* initial adéquat et c'est pourquoi les accords fondamentaux auxquels on parvient dans cette situation initiale sont équitables. Tout ceci nous explique la justesse de l'expression «justice comme équité» : elle transmet l'idée que les principes de la justice sont issus d'un accord conclu dans une situation initiale elle-même équitable. Mais cette expression ne signifie pas que les concepts de justice et d'équité soient identiques, pas plus que, par exemple, la formule «la poésie comme métaphore» ne signifie que poésie et métaphore soient identiques» (§ 3⁴⁶).

Donc la théorie de la justice comme équité est, si l'on veut, la théorie des conditions équitables, puisqu'elles traitent les sujets moraux comme leur valeur

équitable (*fair*) de faire face à l'arbitraire du sort et les institutions qui les appliquent sont justes, même si elles sont sans doute imparfaite à d'autres points de vue.» *id.*, p. 133).

⁴⁵. *Id.*, p. 39.

⁴⁶. *TJ*, pp. 38-39.

l'exige⁴⁷, qui rendent possible l'accord originel sur les principes de justice ayant pour objet les structures de base de la société.

La justice contre l'utilité

On comprend par conséquent l'opposition de la théorie de Rawls à l'utilitarisme. Cette théorie de la justice comme équité se construit contre le principe d'utilité. L'utilitarisme n'est pas pour nous une tradition forte de la philosophie. Les œuvres des philosophes de l'école utilitariste sont introuvables ou non-traduites, à quelques rares exceptions près. Et ce n'est pas le moindre mérite de l'ouvrage de Rawls que d'avoir permis au lecteur français de (re-)découvrir l'importance de cette philosophie. Car la critique systématique qu'il en fait est un hommage indirect à sa consistance⁴⁸.

L'utilitarisme a été préfiguré par Hume (1739), fondé par Bentham (1789), baptisé et popularisé par Mill (1861), et systématisé ou axiomatisé par Sidgwick (1874). Rawls se réfère de préférence à Sidgwick qui formule le plus clairement la doctrine classique de l'utilitarisme⁴⁹. Rawls présente le livre de Henry Sidgwick, *The Methods of Ethics* (Londres, 1907) « comme résumé du développement de la théorie morale utilitariste. »⁵⁰ Sidgwick, contrairement à Bentham, qui n'a jamais jugé nécessaire de prouver le principe d'utilité, s'est efforcé de le déduire logiquement. Rawls désigne cette méthode axiomatique d'« intuitionnisme rationnel ».

Rawls esquisse très brièvement dans une note une histoire de l'utilitarisme. Il semble que Bentham ait commencé par reprendre l'expression, le « principe d'utilité » (*the principle of utility*) de Hume et d'Helvétius⁵¹. Il adoptera finalement la formule : « le plus grand bonheur pour le plus grand nombre » (*the*

⁴⁷. « Cette situation initiale est équitable à l'égard des sujets moraux, c'est-à-dire d'êtres rationnels ayant leurs propres systèmes de fins et capables, selon moi de la justice. » (J, p. 38) .

⁴⁸. C'est pourtant l'œuvre en trois volumes d'Elie Halévy, *La formation du radicalisme philosophique* (1901), qui a longtemps fait référence pour l'histoire de l'utilitarisme. Il vient d'être réédité au PUF, et l'on attend dans la même collection, une anthologie de l'utilitarisme par C. Audard, la traductrice de la *Théorie de la justice*. Saluons la traduction récente, par Jean-Pierre Cléro et Christian Laval, de l'ouvrage de J. Bentham *De l'ontologie* (Seuil, 1997).

⁴⁹. p. 49.

⁵⁰. p. 79.

⁵¹. Dans *De l'Esprit*, la loi de l'intérêt est présentée comme l'équivalent dans le monde moral des lois du mouvement dans l'univers physique.

greatest happiness of the greatest number), déjà employé par Beccaria et surtout par Hudcheson⁵².

L'utilitarisme pose que tout individu est animé exclusivement par la considération de son utilité, c'est-à-dire par la considération du plus grand bonheur possible. Or ce qui vaut comme principe pour l'individu vaut aussi pour l'ensemble de la société : «puisque le principe, pour un individu, est d'augmenter autant que possible son propre bien-être, son propre système de désirs, le principe pour la société est d'augmenter autant que possible le bien-être du groupe, de réaliser au plus haut degré le système complet du désir auquel on parvient à partir des désirs de ses membres.»⁵³ La justice sociale n'est que l'extension au bien-être collectif du principe de prudence rationnelle qui commande à l'individu de promouvoir pour lui-même le plus grand bien possible en calculant ses pertes présentes et futures par rapport aux gains présents et futurs. Ainsi la société juste, du point de vue utilitariste, est celle qui organise les institutions de manière à augmenter le taux net de satisfaction sociale, celle qui sait par conséquent accroître le plaisir net, la somme algébrique des plaisirs et des peines de tous les individus concernés. Le bien, plus précisément encore, consiste dans la maximisation de l'utilité générale, ou «utilité publique» (Bentham), obtenue par agrégation des utilités individuelles. Le «principe d'utilité» devient effectivement normatif quand il prescrit le calcul du bonheur ou du plaisir total - Bentham n'entend pas distinguer entre «un bénéfice, un avantage, un plaisir, un bien ou le bonheur» - à l'encontre du plaisir ponctuel et immédiat. Et de même que ce qui compte pour l'individu c'est l'utilité globale, de même pour la société, c'est l'utilité du plus grand nombre ou la somme la plus grande d'utilités individuelles. «Par principe d'utilité, écrit Bentham, on entend le principe qui approuve ou désapprouve une action quelconque, selon la tendance qu'elle paraît avoir à augmenter ou diminuer le bonheur de la partie intéressée (*the happiness of the party whose interest is in question*) ; ou ce qui revient au même, à favoriser ou à contrarier ce bonheur. Si la partie intéressée est la communauté en général, alors il s'agit du bonheur de la communauté ; si c'est un individu particulier, de son bonheur.»

⁵². *Recherche sur l'origine de nos idées de la beauté et de la vertu* (1711), *Deuxième traité*, Vrin (1991) p. 179 : «lorsqu'un degré de bonheur égal est attendu en résultat d'une action, la vertu est proportionnelle au nombre de personnes auxquelles ce bonheur s'étendra (et la dignité, ou l'importance morale des personnes peut ici compenser le nombre) ; qu'à nombres égaux, la vertu est égale à la quantité de bonheur ou de bien naturel ; ou encore que la vertu est en raison composée de la quantité de bien et du nombre de ses bénéficiaires. De même, le mal moral, ou le vice, est fonction du degré de malheur et du nombre de ceux qui en souffrent ; de sorte que l'action la meilleure est celle qui procure le plus grand bonheur au plus grand nombre ; et la pire celle, de façon analogue, occasionne le plus grand malheur.»

⁵³. *TJ*, p. 49.

Ce qui signifie que la justice est soumise à un principe d'efficacité dont elle se distingue à peine. L'utilitarisme relève en effet des théories éthiques téléologiques. Dans ces théories, le bien se trouve défini antérieurement et indépendamment du juste. Leur simplicité fait tout leur prestige. Le bien, ce qu'il faut chercher, est identifié indépendamment du juste. On définit seulement ensuite le juste comme ce qui maximise le bien. Est juste ce qui permet d'obtenir le plus de bien possible. Autrement dit, ces théories s'accordent naturellement avec notre conception habituelle de la rationalité, en particulier dans le domaine économique, comme maximisation. C'est pourquoi «elles semblent incarner l'idée de rationalité. Il est naturel de définir la rationalité par la maximisation de quelque chose et, en morale, par la maximisation du bien.»⁵⁴

Si c'est l'excellence qui définit le bien, la théorie éthique prend la forme du perfectionnisme⁵⁵; si c'est le bonheur, on a affaire à l'eudémonisme; si le bien est identifié à la satisfaction du désir rationnel, on obtient la forme utilitariste de la doctrine téléologique : «Quant au principe d'utilité, sous sa forme classique, je le comprends comme définissant le bien par la satisfaction du désir, ou mieux, peut-être, par la satisfaction d'un désir rationnel. Ceci s'accorde avec tous les points essentiels de la doctrine et en fournit, je crois, une interprétation correcte. Les termes adéquats de la coopération sociale sont fixés par ce qui, dans les circonstances données, fournira la plus grande somme de satisfaction aux désirs rationnels des individus. Il est impossible de nier qu'initialement cette conception paraît plausible et attirante.»⁵⁶ L'utilitarisme est tellement satisfaisant qu'il est le premier à être suffisamment formalisable pour être traité mathématiquement.

La critique rawlsienne de l'utilitarisme classique, ainsi recomposé, porte principalement sur trois points. D'abord en faisant de la justice le moyen de la maximisation de la somme totale des satisfactions, l'utilitarisme passe indûment du plan individuel au plan social. Si l'on se représente que l'individu agit rationnellement en n'évitant pas une souffrance pour profiter d'une plus grande satisfaction ensuite, on ne voit pas comment cette recherche de maximisation des satisfactions peut être extrapolée au plan collectif. Ou alors on doit supposer un «spectateur impartial», «sujet à la sympathie», capable d'éprouver les satisfactions et les douleurs de la collectivité, comme si la société ne faisait

⁵⁴. p. 50.

⁵⁵. Par «perfectionnisme», il faut entendre une conception qui mesure l'excellence morale à la quantité de perfections, par exemple esthétiques, littéraires, scientifiques (des beaux mythes, les pyramides...) au mépris du sacrifice des individus. Ces finalités de la société ou de la culture ne sont pas illégitimes en soi, mais il est illégitimes de les ériger en position de principes de justice. Voir A. Boyer, *art. cit.*, pp. 56-57.

⁵⁶. *TJ*, p. 51.

qu'un seul individu. Or d'une part cette médiation, sans laquelle l'extension sociale du principe d'utilité n'est pas possible, est une pure fiction. D'autre part, et c'est la deuxième critique, cette fiction fait fi de la pluralité des personnes, de la diversité humaine, et du droit de chaque individu à poursuivre et à réaliser son désir rationnel de vie. «La décision correcte [du spectateur impartial] est essentiellement une question de gestion efficace. Cette conception de la coopération sociale est le résultat de l'extension à la société du principe de choix valable pour un individu et, ensuite, pour rendre efficace cette extension, on traite toutes les personnes comme une seule, grâce à l'activité imaginaire du spectateur impartial et capable de sympathie. La pluralité des personnes n'est donc pas vraiment prise au sérieux par l'utilitarisme.»⁵⁷ On pourrait dire que l'utilitarisme n'est qu'apparemment un individualisme⁵⁸

Enfin et surtout l'utilitarisme ne tient aucun compte de «la façon dont la somme totale des satisfactions est répartie entre les individus»⁵⁹. Seul importe le solde net de satisfaction, comme il en va pour l'individu, et par rapport à cette fin normative, tous les moyens semblent adéquats. Or si la répartition des satisfactions ne compte pas, rien n'empêche que les pertes des uns soient justifiées par les gains des autres, et, par exemple, que la violation de la liberté d'un petit nombre soit justifiée par un «plus grand bonheur pour un grand nombre»⁶⁰. Dans l'utilitarisme, rien n'interdit par conséquent qu'une société esclavagiste puisse être malgré tout une société juste si la justice n'est rien d'autre qu'une fonction de l'utilité collective. La logique de l'utilitarisme est, pour reprendre l'expression de J-P. Dupuy⁶¹, une «logique sacrificielle»⁶². C'est là même sa marque la plus distinctive, et c'est pourquoi Rawls ne range pas

⁵⁷. *TJ*, p. 53.

⁵⁸. *TJ*, p. 55. Rawls revient sur la fiction du spectateur impartial au § 30, en la comparant à l'hypothèse de la position originelle. Il ressort de cette analyse que si la justice procède, dans la première, de la sympathie, d'une information exhaustive (impossible) pour déterminer le solde de satisfactions, donc d'une négation du droit des individus à choisir eux-mêmes leur conception de la justice, confondant impartialité et impersonnalité, elle dérive, dans la seconde, du choix des acteurs sociaux en personne (p. 219), mutuellement désintéressés et soumis au voile d'ignorance.

⁵⁹. *TJ*, p. 51.

⁶⁰. *TJ*, p. 52.

⁶¹. «*La théorie de la justice : Une machine anti-sacrificielle*».

⁶². *TJ*, p. 58. On ne saurait s'en étonner puisque l'individu satisfait son désir rationnel, en consentant à sacrifier un plaisir moindre pour éviter une peine plus grande, ou un plaisir faible pour un plaisir plus intense. Et S. Mill ne s'en défendait pas : «La morale utilitariste reconnaît à l'être humain le pouvoir de faire, pour le bien des autres, les plus large sacrifice de son bien propre.» (*L'utilitarisme*, p. 66, Champs-Flammarion).

Hume parmi les philosophes utilitaristes. Le principe d'utilité renvoie chez lui «à quelque forme de bien commun» et aucune mention n'est faite de cette compensation entre les avantages de certains contre les désavantages d'autres minoritaires.

Evidemment aucun utilitariste ne souscrirait à cette hypothèse d'une société esclavagiste mais juste. Et Rawls «ne suggère pas l'absurdité selon laquelle les utilitaristes classiques auraient approuvé l'esclavage.»⁶³ Les utilitaristes ont de fait défendu la liberté individuelle. Ils admettent que dans la plupart des cas, du moins à un stade avancé de civilisation, l'injustice va à l'encontre de la plus grande somme d'avantages et qu'elle est contraire au bien-être social. Mais justement la raison qui les fera désapprouver l'esclavage reste le calcul des avantages et des désavantages. L'esclavage est injuste parce que les avantages des propriétaires ne contrebalancent pas, en fait et au total, les désavantages des esclaves, et que, dans ces conditions, le système esclavagiste du travail est plus inefficace qu'une société non-esclavagiste⁶⁴.

Par conséquent c'est parce que l'utilitarisme heurte directement nos intuitions les plus profondes du juste, nos valeurs morales les plus fondamentales, en procédant à une réduction instrumentaliste et hédoniste du sujet humain, c'est parce que le droit de la personne n'y est pas affirmé comme valable en soi, qu'il faut reconstruire une autre théorie de la justice. Cette théorie a pour fonction d'être en accord avec ces valeurs et si possible de les fonder au niveau des principes. Or c'est en renouvelant la théorie contractualiste que Rawls réfute l'utilitarisme. «Tandis que la doctrine du contrat accepte comme

⁶³. *La justice comme équité*, p. 63.

⁶⁴. A la suite de ce passage, Rawls écrivait : «La conception qui fait dériver la justice de l'efficacité implique que le jugement porté sur une pratique est toujours, au moins en principe, une affaire de calcul des avantages et des désavantages, dotés chacun d'une valeur ou d'une absence de valeur en tant qu'il satisfont ou non des intérêts, sans égard à la question de savoir si oui ou non ces intérêts impliquent nécessairement que l'on acquiesce à des principes qui ne pourraient pas faire l'objet d'une reconnaissance mutuelle. L'utilitarisme ne peut pas rendre compte du fait que l'esclavage est toujours injuste.» (*TJ*, p. 63).

On se reportera, pour cette question, à A. Renaut et L. Sosoe, op. cit., pp 449-455.

Dans un autre article ("Qu'est-ce que l'utilitarisme?" *Revue Mauss* n° 6, 1995), J-P. Dupuy cite Helvétius qui n'hésite pas à faire appel explicitement à cette logique sacrificielle: «Cette utilité est le principe de toutes les vertus humaines, et le fondement de toutes les législations. Elle doit inspirer le législateur, forcer les peuples à se soumettre à des lois ; c'est enfin à ce principe qu'il faut sacrifier tous ses sentiments, jusqu'au sentiment même de l'humanité. (...) L'humanité publique est quelque fois impitoyable envers les particuliers. Lorsqu'un vaisseau est surpris par de longs calmes, et que la famine a, d'une voix impérieuse, commandé de tirer au sort la victime infotournée qui doit servir de pâture à ses compagnons, on l'égorge sans remords: le vaisseau est l'emblème de chaque nation ; tout devient légitime et même vertueux pour le salut public.» (*De l'Esprit*, t. I ch. 6 discours 2).

fondées, dans l'ensemble, nos convictions en faveur de la priorité de la justice, l'utilitarisme, au contraire, cherche à rendre compte comme si elles étaient une illusion socialement utile.» (§ 6⁶⁶)

Mais le contractualisme, dans l'interprétation kantienne que Rawls entend lui donner expressément, est bien singulier puisqu'il s'articule à un empirisme de type humien. Rawls, tout en se réclamant de Kant, abandonne la fondation transcendantale de l'éthique, et fait au contraire explicitement référence à Hume⁶⁷ à travers le thème du «contexte d'application de la justice» (§ 22⁶⁸). Le paradoxe d'une théorie distributive à partir de prémisses libérales se double du paradoxe d'une «conception kantienne de la justice comme équité» (§ 21⁶⁹) qui fait du «conflit d'intérêts» le «contexte subjectif» de la justice. Comme le remarque J-P. Dupuy : «Tout en s'opposant à l'utilitarisme, la philosophie rawlsienne conserve des traits fondamentaux de celui-ci ; c'est, comme lui, une problématique de l'intérêt.»⁷⁰

c) Une théorie des principes de justice

⁶⁶. *TJ*, p. 54.

⁶⁷. Voir le *Traité de la nature humaine*, L. III, 2ème partie. La justice est une vertu artificielle ou sociale, et ses règles sont uniquement établies par intérêt. La justice n'est pas vraiment distincte de la règle de propriété qui est une convention utile. La convention n'est pas naturelle mais ne correspond pas pour autant à l'idée de contrat, car elle n'est conclue que par utilité. Hume le dit encore dans *l'Enquête sur les principes de la morale*. L'utilité publique est la seule origine de la justice. Nul besoin de justice, «cette prudente et jalouse vertu» (p. 86 GF), nul intérêt de partager les biens, de garantir «la jouissance des biens acquis par notre travail et notre bonne fortune» (*Traité de la nature humaine*, II, p. 605 Aubier), avec la même assurance que les biens tirés de l'esprit ou les avantages du corps. Cette nécessité elle-même n'existe que par l'état relatif de rareté où la nature a placé les hommes.

Rawls semble enteriner l'analyse de Hume en parlant lui aussi d'un contexte de justice, constitué par deux conditions : «la rareté relative des ressources (pour le contexte objectif) et le conflit d'intérêts (pour le contexte subjectif).» (§ 22, p. 161) Pourtant ce sont deux versions du libéralisme qui s'affrontent d'après J. Bidet *Q. Rawls et la théorie de la justice*, PUF, 1995, pp. 49-53) Autant la justice est chez Hume une convention tacite, entre individus inégaux consentant, fondée sur la stricte utilité, autant elle est pour Rawls l'objet d'un choix suspendu à une reconnaissance universelle par des personnes libres et égales. Les circonstances de la vertu de justice, qui rappellent l'utilitarisme, ne doivent pas faire oublier l'horizon de normativité de la théorie de la justice. «Hume est du côté de la théorie réaliste, Rawls du côté de l'affirmation normative. Hume du côté de l'économique, Rawls du côté du politique. Deux libéralismes s'affrontent : celui de l'utilitarisme, et celui des droits de l'homme.» *Op. cit.*, p. 51).

⁶⁸. *TJ*, p. 161.

⁶⁹. *TJ*, p. 159.

⁷⁰. *Op. cit.*, p. 62.

Les principes de justice

Le but de la *Théorie de la justice* est de fonder rationnellement les intuitions majeures concernant la justice qui ont cours dans une démocratie libérale et de montrer comment elles peuvent devenir efficaces dans l'organisation sociale. Il s'agit donc d'exposer une théorie des principes de justice.

Cette théorie s'inspire du contractualisme de Locke, Rousseau et Kant¹. Rawls imagine une pluralité de personnes décidées à s'engager dans une coopération sociale; ces personnes sont supposées être raisonnables, au sens d'une rationalité instrumentale (elles ont la capacité de discerner les moyens appropriés aux fins qu'elles se proposent), et avoir un sens de la justice.

Cette référence à la justice - la conviction que «chaque personne possède une inviolabilité fondée sur la justice qui, même au nom du bien-être de la société ne peut être transgressée»²- n'implique pas que les personnes engagées dans la recherche des principes de justice aient à se conduire comme des «volontés bonnes», au sens de Kant, ou aient à agir comme des sujets moraux dans leur choix des principes de justice. Le souci de Rawls est de mobiliser, pour la fondation d'une société juste, un corps de présuppositions minimales. Ainsi les partenaires s'engageant dans la coopération sociale discriminent le juste et l'injuste, ce qui les situe d'emblée au-delà d'une pure raison instrumentale; mais le pari de Rawls est de montrer que la mise en œuvre de cette discrimination présuppose la seule raison instrumentale, non une raison pratique proprement dite³.

Ce système de coopération, nous l'avons souligné, comporte à la fois convergence et divergence d'intérêts. Convergence, puisque la coopération accroît le volume global des biens disponibles, ce qui favorise l'intérêt de chacun; mais divergence aussi, dans la mesure où chacun souhaite recevoir la plus grande part possible des fruits de la coopération. Cette situation (convergence-divergence) exige la recherche de principes de justice dans la distribution, et, pour cette recherche, la mise en œuvre d'une délibération aboutissant à un choix acceptable par tous. Ainsi les coopérants sont appelés à «choisir ensemble, par un seul acte collectif, les principes qui doivent fixer les droits et les devoirs de base et déterminer la répartition des avantages sociaux». Ils sont appelés, non à formuler, mais à choisir dans une liste d'options alternatives, leurs principes de justice. Cette liste d'options alternatives est réglée

¹ *TJ* p. 37.

² *TJ* p. 29-30

³ *TJ* p. 40.

au fond par l'opposition cardinale de l'utilité (au sens de la maximisation du bien-être du plus grand nombre) et de la justice comme équité, entre lesquels interviennent un certain nombre de formes mixtes⁴. Rawls cherche, à partir d'une position originelle imaginée, correspondant à ce que les classiques appelaient état de nature⁵, les règles fondamentales de justice capables d'organiser un système coopératif consensuel.

On doit bien observer que la question de la justice concerne d'abord ce que Rawls appelle la «structure de base» : «l'objet premier auxquels s'appliquent les principes de la justice sociale est la structure de base de la société, c'est-à-dire l'organisation des institutions sociales majeures en un seul système de coopération»⁶. La notion de structure de base renvoie à celle d'institution. La structure de base est un système d'institutions organisant la coopération. Et l'idée d'institution renvoie, chez Rawls, à l'idée de règle publique : une institution est «un système public de règles qui définit des fonctions et des positions avec leurs droits et leurs devoirs, leurs pouvoirs et leurs immunités et ainsi de suite»⁷.

Pourquoi, dans la question de la justice, cette attention prioritaire à la structure de base ? C'est elle qui détermine fondamentalement les perspectives de vie des membres de la coopération sociale : «les institutions sociales favorisent certains points de départ au détriment d'autres. Il s'agit là d'inégalités particulièrement profondes»⁸. La structure de base est le lieu fondamental où se jouent égalité et inégalité, c'est-à-dire la possibilité même de la justice. Dans la suite de l'ouvrage, Rawls traite aussi des principes de justice «qui s'appliquent aux individus et à leurs actions dans des circonstances particulières»⁹, ce qu'on pourrait appeler la vertu de justice; mais la priorité revient aux principes de

⁴ TJ p. 156.

⁵ TJ p. 38.

⁶ TJ p. 85. Cf. aussi p.33 : «Pour nous l'objet premier de la justice, c'est la structure de base de la société ou, plus exactement, la façon dont les institutions sociales les plus importantes répartissent les droits et les devoirs fondamentaux et déterminent la répartition des avantages tirés de la coopération sociale».

⁷ TJ p. 86. L'idée de système public de règles est déjà introduit dans l'article inaugural *La justice comme équité*, pour donner son contenu spécifique à la notion de «pratique» : «j'utilise le mot «pratique» comme une sorte de terme technique qui signifie toute forme d'activités spécifiée par un système de règles qui définissent des fonctions, des rôles, des mouvements, des sanctions et des interdictions et qui donnent une structure à l'activité en question. A titre d'exemple, on peut penser à des jeux, à des rituels, à des procès, à des parlements, à des marchés ou à des systèmes de propriété...» (p. 39).

⁸ TJ p. 33.

⁹ TJ p. 86.

justice s'appliquant aux institutions, car c'est de celles-ci qu'il dépend, au premier rang, que les humains soient traités avec justice ou injustice.

Ces individus, qui cherchent, en vue de leur propre intérêt, les principes de justice organisant la structure de base de la société, sont supposés placés dans une situation d'*égalité*. Dans le choix des principes de justice, tout ce qui différencie les individus, dons de nature et avantages sociaux, doit être exclu. Et on comprend pourquoi: si dans la recherche des principes de justice, chacun prenait en compte sa situation personnelle et ses variables individuelles, chacun chercherait ce qui lui est favorable et utile (ce qui maximise son intérêt personnel), et non des principes de justice universels. Donc pour que l'individualité n'intervienne pas, pour que chacun puisse véritablement choisir des principes universels de justice, tout ce qui concerne les différences individualisantes, naturelles ou acquises socialement, doit être mis hors jeu. Et cette mise hors jeu a lieu dans la fiction méthodologique du «voile d'ignorance»¹⁰. Personne ne connaît sa place dans la société; et ainsi les principes de justice sont le résultat d'un accord ou d'une négociation équitables, où l'intérêt personnel qui entre en jeu est pour ainsi dire l'intérêt personnel *universel*.

Selon Rawls, dans la position originelle ainsi définie, les partenaires s'accorderaient nécessairement sur «un principe de justice qui exige une répartition égale pour tous», c'est-à-dire «un principe qui exige des libertés de base égales pour tous ainsi qu'une juste égalité des chances et un partage égal des revenus et de la fortune»¹¹. Le principe de justice est donc initialement unique. Mais il se dédouble, quand les partenaires prennent «en considération l'efficacité économique et les exigences de l'organisation et de la technologie», puisque cette considération va susciter la distinction de deux domaines : celui où la justice exige inconditionnellement l'égalité (premier principe) et celui où elle ne l'exige que conditionnellement (second principe).

Le premier est le *principe de liberté égale* ; il fonde le statut de la personne ou du sujet de droit. En voici une première formule : »Chaque personne doit avoir un droit égal au système le plus étendu de libertés de bases égales pour tous qui soit compatible avec le même système pour les autres»¹². Égalité du droit aux mêmes libertés dites fondamentales, telles que liberté d'expression, de réunion, liberté de pensée et de conscience, garantie de l'intégrité de la personne, droits politiques (vote et éligibilité).

On relèvera l'importance de l'idée de système : «il faut garder présent à l'esprit que les libertés de base doivent être évaluées comme un tout, comme un seul système. La valeur d'une forme de liberté normalement dépend de la

¹⁰TJ p. 168.

¹¹TJ p. 182.

¹²TJ p. 91.

définition des autres libertés»¹³. Rawls admet que «dans des conditions relativement favorables», un accord optimal des libertés de base peut être réalisé, «les partenaires [décidant] de la meilleure manière de préciser les diverses libertés de façon à produire le meilleur système total de libertés»¹⁴.

On remarquera également que pour répondre aux critiques d'origine marxiste sur le caractère formel des libertés de base, Rawls distingue liberté et valeur de la liberté :

«la liberté et la valeur de liberté sont distinguées de la façon suivante : la liberté est représentée par le système complet des libertés incluses dans l'égalité des citoyens, tandis que la valeur des libertés pour les personnes et les groupes, dépend de leur capacité à favoriser leurs fins dans le cadre défini par le système. La liberté en tant qu'égale pour tous est la même pour tous; et il n'est pas question de donner une compensation pour une liberté moindre. Mais la valeur de liberté n'est pas la même pour tous. Certains ont plus d'autorité et de fortune et donc des moyens plus importants pour mener à bien leurs objectifs»¹⁵.

Est-il acceptable et, si oui, qu'est-ce qui rend acceptable que certains aient une liberté de moindre valeur ? La réponse à cette question nous fait anticiper le second principe. Rawls poursuit ainsi :

«La valeur moindre de la liberté est, cependant, compensée; en effet la capacité des moins avantagés à mener à bien leurs objectifs serait encore diminuée s'ils n'acceptaient pas les inégalités existantes chaque fois que le principe de différence est respecté. Mais il ne faut pas confondre compenser la valeur moindre de la liberté et réparer une inégalité de liberté. En prenant en compte les deux principes à la fois, la structure de base doit être organisée de manière à maximiser, pour les plus désavantagés, la valeur du système complet des libertés égales pour tous. Telle est la définition du but de la justice sociale»¹⁶.

¹³*TJ* p. 238.

¹⁴*TJ* p. 239.

¹⁵*TJ* p. 240.

¹⁶ *Idem*.

Il n'y a pas de compensation à une inégalité de liberté; mais il peut y avoir compensation à une inégalité de *valeur* de liberté; et cette compensation consiste dans la conviction rationnelle qu'aucune autre organisation sociale ne favoriserait davantage la capacité des moins favorisés à réaliser leur idée du bien.

Cela nous conduit au second principe, qui concerne les règles de la répartition des richesses ou des revenus et les conditions d'accès aux fonctions d'autorité et de responsabilité. Il s'articule sur deux niveaux ou comprend deux volets : les inégalités sociales et économiques doivent être organisées de façon que, d'une part, on puisse raisonnablement s'attendre qu'elles soient à l'avantage de chacun (principe de différence); et qu'elles soient, d'autre part, attachées à des positions et à des fonctions ouvertes à tous (principe d'égalité des chances). Ce second principe énonce les deux conditions qui doivent être satisfaites pour que les inégalités puissent être acceptées par les partenaires de la coopération : les inégalités, si elles existent, doivent être à l'avantage de tous, profitables à tous; il faut qu'on ne puisse pas imaginer un état social qui, sans ces inégalités serait meilleur pour chacun; il faut que même les plus défavorisés puissent avoir la conviction rationnelle qu'on ne peut pas concevoir un État social plus juste d'où ces inégalités seraient absentes. En outre elles doivent correspondre à des fonctions en droit ouvertes à tous.

Rawls établit une hiérarchie entre les deux principes et au sein du second principe. C'est ce qu'il appelle ordre lexicographique ou lexical, c'est-à-dire l'ordre du dictionnaire : un mot commençant par la lettre A est toujours antérieur à un mot commençant par la lettre B, quelques soient les lettres qui suivent la première.

«c'est un ordre qui demande que l'on satisfasse d'abord le principe classé premier avant de passer au second, le second avant de considérer le troisième, et ainsi de suite. On ne fait pas entrer en jeu un (nouveau) principe avant que ceux qui le précèdent aient été entièrement satisfaits ou bien reconnus inapplicables. Un ordre lexical évite donc d'avoir jamais à mettre en balance des principes. Ceux qui se trouvent placés plus tôt dans la série ont une valeur absolue, pour ainsi dire, par rapport à ceux qui viennent après, et n'admettent pas d'exception.»¹⁷

Le premier principe est lexicalement antérieur au second. Autrement dit on s'interdit de pouvoir compenser des atteintes à la liberté (principe 1) par des avantages économiques plus grands (principe 2). La même règle vaut à l'intérieur

¹⁷ *TJ* p. 68.

du second principe: on ne doit pas restreindre l'égalité des chances au profit de l'amélioration des conditions de vie de chacun ¹⁸.

On dira donc, selon une formulation de A. Renaut, que le principe des droits égaux et des libertés égales, c'est-à-dire le respect de la démocratie formelle, est l'impératif catégorique de tout ordre juste et que toutes les inégalités qui ne peuvent pas être justifiées par le principe de différence sont inacceptables.

Après cette esquisse de la *Théorie de la justice* nous étudierons quelques unes des questions qu'elle suscite, concernant en particulier les différentes formulations des principes de justice.

La réélaboration du concept de justice : justice et justice sociale

Pour qu'il y ait justice, il faut que les membres de la coopération sociale parviennent à un accord sur une distribution correcte des parts ou sur la répartition des bénéfices et des charges de la coopération sociale. Cette préoccupation de la juste répartition, qui est déjà au centre du concept aristotélicien de «justice distributive», tend à disparaître du concept moderne du droit où l'accent est mis sur l'égalité formelle des citoyens intervenant dans l'élaboration et le vote de la loi. Rawls revient au souci aristotélicien de justice distributive, mais cette fois au sens d'une juste distribution des «biens sociaux primaires». Ces «biens sociaux primaires»¹⁹ que Rawls distingue des «biens naturels premiers», «comme la santé et la vigueur, l'intelligence et l'imagination», comprennent des droits, des libertés (dont traite le premier principe) et des possibilités offertes à l'individu, les revenus, la richesse (dont

¹⁸ Cette règle de priorité est directement dirigée contre l'utilitarisme. On constate en effet qu'il n'est, dans les principes eux-mêmes, jamais question d'utilité ou de bien-être, mais seulement des «biens sociaux premiers» ou des «principaux biens premiers à la disposition de la société»*TJ* p.93), c'est-à-dire des conditions et des moyens généraux dont les individus sont censés avoir tous besoin pour réaliser leurs buts dans la vie. Il n'est plus question d'additionner et donc de comparer des niveaux de bien-être, mais de veiller à ce que tous aient les mêmes libertés et les mêmes chances et que les avantages socio-économiques soient distribués de telle sorte que ceux qui en ont le moins aient cependant plus que dans n'importe quelle autre situation possible où libertés et chances seraient égales.

La priorité lexicale, à l'encontre de l'utilitarisme qui soumet tout le champ social à la maximisation du bien-être et réduit les droits de l'individu au rang de moyen de cette maximisation, établit le caractère absolu et inviolable de ces droits. Les droits-libertés ne peuvent être violés, même au prix d'une égalisation des chances ou de l'amélioration de la vie des plus défavorisés. On peut schématiser la priorité lexicale ainsi : principe d'égalité des chances > principe de différence. (1>(2a>2b)).

¹⁹*TJ* p. 93.

traite le second principe). C'est un point fondamental : la question de la justice ne concerne pas seulement les institutions politiques, mais aussi le système socio-économique.

Ainsi l'objet de la justice sociale, ce sont les «structures de base de la société» qui «répartissent les avantages tirés de la coopération sociale»²⁰. Sous le voile d'ignorance, chacun ne peut raisonnablement demander qu'un partage égal.

Mais cela ne veut pas dire que la justice coïncide avec l'égalité. Le projet de Rawls est de montrer qu'il n'y a pas d'exigence de justice sans exigence d'égalité, mais que cette exigence d'égalité doit être très précisément déterminée. Ce qui nous reconduit aux rapports de la justice et de l'équité.

L'exigence d'égalité inhérente à la justice s'exprime en premier lieu dans le concept de «justice comme équité». L'équité désigne la situation des partenaires choisissant, dans la position originelle, les principes de justice régissant la structure de base du système coopératif qu'ils vont former. Cette position originelle est une «position initiale d'égalité»²¹ : «il semble raisonnable de penser que, dans la position originelle, les partenaires sont égaux»²². Et «comme tous ont une situation *comparable* et qu'aucun ne peut proposer des principes favorisant sa condition particulière, les principes de justice sont le résultat d'un accord ou d'une négociation équitable»²³. On voit ce qui distingue égalité et équité. L'égalité qualifie la situation des partenaires. L'équité qualifie la procédure de délibération qui conduit au choix des principes de justice, et la justice désigne le contenu des principes choisis. La justice comme équité signifie qu'il n'y a pas de justice si ce n'est à partir d'un accord équitable, en situation d'égalité, sur les principes de justice. La justice dans la situation de délibération, c'est-à-dire l'équité, est censée se transférer au résultat de la délibération. C'est parce qu'il y a une *juste procédure de délibération* que les principes organisant la structure de base sont des principes de justice²⁴. Mais parler de justice comme équité ne signifie pas que la justice se réduise à l'équité.

Si, sous le voile d'ignorance, chacun ne peut raisonnablement demander qu'un partage égal, pourquoi l'inégalité ? Il faut ici se souvenir que, nonobstant le voile d'ignorance, les partenaires ont une connaissance de la psychologie géné-

²⁰TJ p. 33.

²¹TJ p. 37.

²²TJ p. 46.

²³TJ p. 38.

²⁴ A. Clair («L'affirmation du droit : réflexions sur la *Théorie de la justice* de Rawls») écrit justement : «on peut même se demander si ce concept [l'équité] n'est pas le seul à pouvoir être qualifié de principe, en ceci que l'équité caractérise la position originelle en fonction de laquelle et à partir de laquelle seraient choisis les principes de justice» (p. 550).

rale de l'humanité en ce qui concerne les passions et les motivations fondamentales; cette connaissance fait partie des présuppositions accompagnant les conditions du choix rationnel sous voile d'ignorance. Les partenaires savent que :

«la société doit prendre en considération l'efficacité économique et les exigences de l'organisation et de la technologie. S'il y a des inégalités de revenus et de fortune, des différences d'autorité et des degrés de responsabilité qui tendent à améliorer la situation de tous par rapport à la situation d'égalité, pourquoi ne pas les autoriser ?» Et Rawls continue : «Les partenaires ne refuseraient ces différences que si la simple connaissance ou perception que d'autres étaient plus avantagés les rendait malheureux; mais je suppose que leur décision n'est pas motivée par l'envie. Ainsi la structure de base devrait autoriser les inégalités aussi longtemps qu'elles améliorent la situation de tous, y compris des plus désavantagés, et à condition qu'elles soient compatibles avec la liberté égale pour tous et une juste égalité des chances»²⁵.

On voit ainsi que, comme l'utilitarisme, Rawls prend en compte la question de l'efficacité, tout en soutenant, contre l'utilitarisme, que l'efficacité doit être maintenue dans le cadre de la contractualité.

²⁵ *TJ* p. 182. L'idée est reprise dans *Justice et démocratie* : «Dès lors que les partenaires se considèrent comme des personnes de ce genre [libres et égales], il va de soi qu'ils font l'hypothèse de départ que tous les biens premiers sociaux, y compris le revenu et la richesse, doivent être égaux, c'est-à-dire que chacun doit en avoir une part égale. Cependant ils doivent tenir compte d'exigences organisationnelles et de l'efficacité économique. Il n'est donc pas raisonnable de s'en tenir à une répartition égale. La structure de base devrait autoriser les inégalités organisationnelles et économique, pour autant qu'elles améliorent la situation de chacun, y compris celle des plus mal lotis et pourvu que ces inégalité soient compatibles avec une liberté égale pour tous et la juste égalité des chances» (p. 63). Les inégalité sont admises, sous la condition limitative du principe de différence, parce que a) les partenaires acceptent les «relations d'opposition entre les hommes qui constituent le contexte de la justice» et b) «leur décision n'est pas influencée par l'envie». Il est clair que la notion de «contexte de justice», reprise de Hume (voir note 67), joue, en cette problématique, un rôle capital. Les partenaires sont censés admettre les relations d'opposition, tout en étant mutuellement désintéressés. D'où la mise hors jeu d'une certaine revendication d'égalité économique, au motif qu'elle relèverait, non du sens de la justice, mais de l'envie. Sur la question de l'envie, voir aussi *TJ* pp. 175-176 et 572-584.

En outre, les principes de justice débordent la seule question de la fondation de l'État et intègrent la société civile. Rawls propose donc un profond renouvellement du schème contractualiste.

Traditionnellement, celui-ci a eu pour effet de soustraire la sphère économique à la volonté générale. Considérons par exemple le *Contrat social* de Rousseau. Le contrat exige l'aliénation de tous les droits naturels et de toutes les forces des contractants. Parmi ces forces figure la propriété, et une propriété fort inégalement répartie, si l'on en croit le *Discours sur l'origine de l'inégalité*. Est-ce que l'État, au moment où il restitue à leur possesseur les biens aliénés -qui deviennent, dans l'État civil, propriété garantie par la puissance publique, exerce une redistribution rationnelle, normée par une règle de justice ? ou bien entérine-t-il seulement la situation pré-civile factuelle ? Le second *Discours* paraît aller dans le sens de la seconde réponse : le corps politique prend les individus avec leurs possessions factuelles et, loin de redistribuer les biens selon une règle de justice, se contente de donner au *statu quo ante* valeur de droit. D'où une certaine discontinuité entre deux modes de légitimation de la propriété, la légitimation préjuridique et *matérielle*, par le travail et le besoin, et la légitimation juridique et *formelle*, par la volonté du souverain.

Ainsi l'ordre politique et l'égalité de droit qu'il suppose perpétuent une inégalité économique (issue, selon Rousseau, de l'état social pré-civil) et dont on peut craindre qu'elle ne pervertisse ou n'annule l'identité de droit entre intérêt particulier et intérêt général. L'égalité des contractants que postule l'ordre politique risque de rester lettre morte à partir du moment où l'État civil retient en lui l'inégalité économique dont les dangers étaient précisément, selon le second *Discours*, l'un des ressorts de la création de l'ordre politique. Rousseau est tout à fait conscient de cette contradiction. Il observe que l'accumulation des richesses fait de la propriété privée une menace pour la liberté, et le *Projet de constitution pour la Corse* expose un certain nombre de mesures destinées à empêcher une trop grande inégalité des fortunes. Il s'agit de limiter le pouvoir politique de l'argent et d'empêcher que la démocratie ne dégénère en ploutocratie. Mais la prise en compte des facteurs économiques ne fait pas partie du contrat social lui-même. Rawls refuse cette restriction : les principes de justice concernent équivalement la sphère politique et la sphère économique.

La formulation des principes de justice et le concept d'ordre lexical.

Rawls donne plusieurs formulations du second principes de justice. Ainsi au § 3 de la *TJ*²⁶, le principe de différence n'est pas exactement formulé comme

²⁶ *TJ* p. 41.

il l'est au § 11²⁷. Selon ce dernier, les inégalités ne sont justifiables que si elles sont «à l'avantage de chacun», alors que le § 3 met l'accent sur l'intérêt des plus désavantagés :

«le second, lui, pose que des inégalités socio-économiques, prenons par exemple des inégalités de richesse et d'autorité, sont justes si et seulement si elles produisent, en compensation, des avantages pour chacun, et en particulier pour les membres les plus désavantagés de la société» - Plus loin : «il n'y a pas d'injustice dans le fait qu'un petit nombre obtienne des avantages supérieurs à la moyenne, à condition que soit par là-même améliorée la situation des moins favorisés»²⁸.

Au § 46²⁹, cette orientation est encore plus nette :

«les inégalités économiques et sociales doivent être telles qu'elles soient
a) au plus grand bénéfice des plus désavantagés dans la limite d'un juste principe d'épargne et b) attachées à des fonctions et à des positions ouvertes à tous, conformément au principe de la juste égalité des chances³⁰.

Sous quel angle la position des plus défavorisés joue-t-elle le rôle de critère ? Selon la formulation de la page 41, les plus défavorisés sont un cas quelconque de *tous* : l'inégalité ne contrevient pas à la justice si tous, y compris les plus défavorisés, y consentent pour un motif rationnel. Les règles de la distribution ne doivent pas exclure, sous peine d'injustice, les plus défavorisés de l'unanimité du consensus. Dans le contexte d'un concept procédural de la justice, la coopération et les règles de distribution des avantages de la coopération sont justes si chacun, avantagé ou non, peut y acquiescer librement.

Dans la formulation, plus radicale, de la page 341, l'accord des plus défavorisés devient un véritable critère du juste. On peut donc parler d'une sorte de priorité lexicale du plus défavorisé, comme en témoigne la règle du *maximin* ou de maximisation de la position des plus défavorisés. Cette radicalisation permet à Rawls de montrer qu'il existe deux grandes catégories de principes de justice. La première correspond au principe d'utilité, principe par excellence de l'utilitarisme, dont la règle est celle de la maximisation du plus grand bien de

²⁷ TJ p. 91.

²⁸ TJ p. 41.

²⁹ TJ p. 341.

³⁰ Formulation voisine in *JD* : «les inégalités sociales et économiques doivent procurer le plus grand bénéfice aux membres les plus désavantagés de la société» (p. 156).

l'ensemble. La règle d'utilité peut exiger que «certains, particulièrement les plus défavorisés, renoncent aux avantages, au nom d'un plus grand bien de l'ensemble»³¹, ce qui n'est possible, précise Rawls, que si ceux qui doivent faire des sacrifices «s'identifient fortement à des intérêts plus larges que les leurs». La seconde correspond à la règle du *maximin*. Ici, la sympathie ou l'identification à un intérêt supra-personnel n'est pas nécessaire; la raison, au sens d'une intelligence juste de l'intérêt réciproque suffit. C'est cette seconde règle qui aura la préférence des partenaires choisissant les principes de justice sous voile d'ignorance. Qu'est-ce qui justifie cette préférence³² ? Plusieurs raisons interviennent.

La première serait un argument moral : la règle du *maximin* organise les inégalités pour l'avantage réciproque; elle ne laisse pas jouer librement les contingences naturelles et sociales qui règlent arbitrairement la répartition des responsabilités, des pouvoirs, des avantages sociaux. Elle favorise donc le respect mutuel des personnes et le respect d'elles-mêmes³³. Elle est prescrite par la règle morale imposant aux hommes de se traiter les uns les autres, non seulement comme moyens, mais toujours en même temps comme fins³⁴.

La seconde prend en compte les règles de la délibération rationnelle. Quand nous avons à choisir entre plusieurs options et en l'absence de toute possibilité de calculer des probabilités, il est rationnel de hiérarchiser les diverses solutions en fonction de leur plus mauvais résultat possible : nous devons choisir la solution dont le plus mauvais résultat est supérieur à chacun des plus mauvais résultats des autres solutions. On a dit³⁵ que la règle du *maximin* est celle «que choisirait une personne pour planifier une société dans laquelle son ennemi lui assignerait sa place».

Un troisième argument concerne l'exigence de stabilité : «la condition du contrat exclut un certain recours à l'aléatoire. On ne peut pas se mettre d'accord sur un principe s'il y a une possibilité réelle qu'il ait un résultat que l'on ne

³¹ *TJ* p. 208.

³² Voir en particulier p.184-187 et 206-214.

³³ *TJ* p. 208-209 : «La reconnaissance publique des deux principes donne un plus grand soutien au respect de soi-même et ceci, à son tour, augmente l'efficacité de la coopération sociale».

³⁴ «dans la structure sociale, cela veut dire renoncer aux avantages qui ne contribuent pas aux attentes de tous. Au contraire, traiter des personnes comme des moyens veut dire qu'on est prêt à imposer à ceux qui sont déjà défavorisés des perspectives de vie encore plus limitées au nom des attentes plus élevées des autres».

³⁵ C. Audiard, «Principes de justice et principes du libéralisme : la «neutralité de la théorie de Rawls», in *Individu et justice sociale, Autour de J. Rawls* (Seuil, p. 181).

pourra pas accepter»³⁶. Or il n'est pas raisonnable d'espérer que les moins favorisés acceptent des sacrifices au nom des avantages du grand nombre, comme le demande le principe d'utilité. Nous retrouvons là une idée centrale de Rawls : les partenaires faisant choix des principes de justice sont mutuellement désintéressés³⁷. Cela répond à l'exigence de réduire au minimum les présuppositions. En l'occurrence, on s'abstient de supposer qu'il y ait en eux une sympathie ou une bienveillance ou un sens du sacrifice, en tant que condition de l'ordre social. Dire qu'ils sont mutuellement désintéressés ou mutuellement indifférents, c'est dire que l'on renonce à penser que les contradictions sociales puisse être dépassées par la sympathie naturelle (dont on peut par ailleurs reconnaître l'existence, mais sans soutenir que la justice est fondée sur elle). Les partenaires, dans la position originelle, agissent seulement en vue de leur avantage réciproque.

Selon ce troisième argument, donc, il est impossible d'attendre une stabilité de l'ordre social quand la règle de l'avantage réciproque n'est pas respectée (ce qui est le cas avec le principe d'utilité, où le désavantage des uns est compensé par le plus grand avantage du plus grand nombre), à moins que les défavorisés ne s'identifient à l'intérêt du tout. Or on ne peut fonder aucun principe de justice stable sur cette éventuelle identification des défavorisés à l'intérêt du tout.

On comprend aussi par là que, selon la *Théorie de la justice*, la mise en œuvre d'une exigence de justice ne présuppose pas une raison pratique au sens de Kant, mais puisse résulter des simples principes d'une délibération rationnelle, laquelle serait donc la condition suffisante du choix des principes justice.

Observons que le premier principe de justice comporte lui aussi plusieurs formulations. Ainsi, dans *Justice et démocratie*, Rawls ne parle plus du «système le plus étendu des libertés», mais de «système pleinement adéquat»³⁸ de libertés. Cette reformulation souligne que la liberté se réalise seulement par un accord raisonnable sur les *restrictions* qui doivent limiter les libertés, de telle sorte que leur exercice conjugué soit effectivement possible. Le système *adéquat* des libertés est celui dans lequel les restrictions constitutionnelles ou légales garantissent aux individus une faculté d'agir conforme à leur nature rationnelle. D'où peuvent venir ces restrictions ?

Elles viennent d'abord du conflit des libertés. Les libertés de base sont en conflit les unes avec les autres et se limitent réciproquement. Rawls parle ainsi

³⁶TJ p. 214.

³⁷TJ p. 40.

³⁸JD p. 156.

d'une tension entre la liberté des Anciens, représentée par Rousseau, qui «accorde la priorité aux libertés politiques égales pour tous et aux valeurs de la vie publique et considère les libertés civiles comme subordonnées», et la liberté des Modernes, représentée par Locke, et qui met au premier plan la liberté civile, en particulier la liberté de conscience et de pensée, les droits de base de la personne, droits de propriété et d'association³⁹. Rawls admet une priorité de la liberté des Modernes : «Bien que les deux sortes de liberté soient profondément enracinées dans les aspirations humaines, les libertés de pensée et de conscience, la liberté de la personne et les libertés civiques ne doivent pas être sacrifiées à la liberté de participer, dans l'égalité, aux affaires politiques»⁴⁰.

Les restrictions viennent aussi de la nécessité de prendre en compte la notion de «valeur d'une liberté»⁴¹. La liberté ne doit pas être égale seulement *formellement*, elle doit l'être, aussi *réellement*. Les principes de justice autorisent cependant que certains aient une richesse plus grande ou un revenu plus élevé, c'est-à-dire plus de moyens pour réaliser leurs fins, à la condition, comme nous l'avons vu, que le principe de différence soit respecté⁴². Il stipule que la richesse et les revenus doivent être répartis de telle sorte que le moins avantageux obtienne le maximum de valeur d'usage de ces libertés également réparties.

Le dédoublement des principes de justice (que Rawls désigne comme «assez différents») est destiné à permettre la priorité du premier sur le second. Cette priorité signifie que jamais une restriction de la liberté n'est autorisée par une maximisation du bien-être de tous⁴³. La priorité du premier principes de

³⁹ *JD* p. 79 et 197

⁴⁰ *TJ* p. 237.

⁴¹ *TJ* p. 240 et *JD* 184.

⁴² «Cette moindre valeur de la liberté est compensée dans le sens suivant : les moyens polyvalents disponibles afin que les membres les plus désavantagés de la société réalisent leurs fins seraient encore moindres si les inégalités sociales et économiques étaient différentes de ce qu'elles sont. La structure de base de la société est organisée de telle sorte qu'elle maximise les biens premiers disponibles pour les moins avantageux afin qu'ils utilisent les libertés de base à la disposition de tous» (*ID* p.184).

⁴³ «Une liberté de base dépendant du premier principe ne peut être limitée qu'au nom de la liberté elle-même, c'est-à-dire seulement pour garantir que la même liberté de base ou une autre est correctement protégée et pour ajuster le système unique de liberté de la meilleure manière» (*TJ* p. 239). Cf. aussi *JD* (p. 160) : «on ne peut pas refuser à certains groupes sociaux les libertés politiques égales sous prétexte que, s'ils les exerçaient, cela leur permettrait de bloquer des politiques essentielles à l'efficacité et à la croissance économiques». On remarque ainsi que la priorité lexicale de la liberté vise à assurer la primauté de la liberté sur l'efficacité économique, mais non à la rigueur sur l'égalité économique. La pensée rawlsienne veut manifestement échapper à l'opposition traditionnelle entre droits-liberté et droits-créances. Les principes de

justice signifie donc qu'il concerne «les intérêts de l'ordre le plus élevé». Les partenaires de la position originelle ignorent le contenu particulier de leurs intérêts, ils savent seulement qu'ils ont des intérêts et que les libertés de base sont les conditions qui les protègent (ainsi l'intérêt religieux est garanti par la liberté de conscience égale pour tous). Dans la mesure où les libertés de base protègent les intérêts, elles sont elles-mêmes des intérêts de l'ordre le plus élevé, ceux qui conditionnent tous les autres.

Le kantisme de Rawls

On se demandera, pour conclure, quel est le sens de la référence de Rawls à Kant dans la théorie de la justice comme équité. Cette référence peut être abordée sous deux points de vue, l'un concernant le concept de justice, l'autre concernant le concept de raison.

Rawls distingue deux types de conceptions de la justice : les unes sont d'ordre téléologique, les autres d'ordre déontologique.

La conception téléologique du juste fonde le juste sur une visée commune du bien. Elle remonte à Platon et Aristote. Dans l'esprit de Rawls, elle est exemplairement illustrée par l'utilitarisme : «le bien y est défini indépendamment du juste et ensuite le juste est défini comme ce qui maximise le bien»⁴⁴. Rawls précise que

«les théories téléologiques exercent une attraction profonde sur l'intuition puisqu'elles semblent incarner l'idée de rationalité. Il est naturel de définir la rationalité par la maximisation et, en morale, par la maximisation du bien».

Certaines des objections que Rawls leur oppose s'adressent à l'utilitarisme, et soulignent que celui-ci ne correspond pas à notre intuition de la justice, en ce qu'il est incapable de reconnaître le droit de la personne comme valable intrinsèquement. D'autres objections, moins tournées vers l'utilitarisme, font valoir que les régimes démocratiques modernes, foncièrement pluralistes quant aux conceptions du bien, sont incapables de fonder sur une telle diversité un accord réfléchi entre les citoyens sur les règles de justice. Il s'agit donc de fonder des règles de justice à partir d'une *epochè* frappant les conceptions du bien, ce qui est l'une des fonctions du voile d'ignorance

justice établissent à la fois les règles de la liberté et de la plus haute valeur d'usage -pour chacun- de liberté. La revendication d'égalité économique est censée être prise en compte dans le principe de différence, qui maximise la valeur d'usage de la liberté.

⁴⁴TJ p. 50.

La conception déontologique du juste est d'inspiration kantienne. Elle définit le juste indépendamment du bien par l'exigence rationnelle d'universalisation de la maxime. En outre le juste est d'emblée compris comme une limite imposée à chacun dans la recherche de son bien⁴⁵. Comprise dans l'orientation de la philosophie du contrat, l'exigence d'universalisation de la maxime signifie que le bien de la société ne peut être recherché que sous la présupposition d'une définition contractuelle de l'ordre social et de la justice.

L'orientation de Rawls est déontologique en ce qu'elle affirme la priorité du juste sur le bien⁴⁶ : «dans la théorie de la justice comme équité, le concept du juste est antérieur à celui du bien»⁴⁷. Il est vrai que toute la *Théorie de la justice* s'ordonne à un concept du bien, au sens du bien que vise une personne, la réalisation de son projet rationnel de vie, fondé sur ses aspirations, ses capacités et la connaissance du milieu social où elle a à agir, au sens aussi des «biens sociaux primaires» dont la distribution est l'objet des principes de justice. Mais ce concept premier du bien est formalisé : il «ne suppose pas que les partenaires aient certaines fins particulières, mais seulement qu'ils désirent certains biens premiers»⁴⁸. Cette formalisation assure la priorité du juste sur le bien, puisque, en décidant des principes de justice, les partenaires ne s'entendent pas sur une notion commune du bien, mais déterminent seulement «la forme acceptable de répartition des moyens, à partir desquels chacun pourra poursuivre son bien». Un ordre juste en général définit les conditions de compatibilité et d'acceptabilité universelle des projets de vie.

De là l'importance du concept de procédure. La fondation contractuelle des principes de justice est, déclare Rawls, une théorie purement procédurale de la justice ou une théorie de justice procédurale pure⁴⁹. Une procédure de justice est

⁴⁵ «leurs désirs et leurs aspirations sont limitées dès le début par les principes de justice qui définissent les bornes que nos systèmes de fins doivent respecter» (TJ p. 58).

⁴⁶Cette préséance du déontologique sur le téléologique ne signifie pas que TJ serait privée de toute inspiration aristotélicienne. On a noté antérieurement la réintégration de la justice distributive dans la théorie politique. A Clair signale également, et à juste titre, une référence à la philia : «Ce qui est présenté comme un prolongement et un accomplissement de la doctrine démocratique est un profond remaniement qui la fait même sortir de la problématique du contrat social et l'inscrit plutôt dans le sillage d'Aristote. En effet la fraternité de Rawls, qui exprime une estime sociale réciproque et qui suppose «un sens de l'amitié civique et de la solidarité sociale (§ 17, p. 136) est tout à fait apparentée à la philia d'Aristote» (art. cité, p. 561.)

⁴⁷TJ p. 57.

⁴⁸TJ p. 290.

⁴⁹TJ p. 118 : «A l'opposé, la justice procédurale pure s'exerce quand il n'y a pas de critère indépendant pour déterminer le résultat correct; au lieu de cela, c'est une procédure correcte ou

dite pure lorsqu'elle n'est pas soumise à la définition préalable d'un critère du juste et de l'injuste, lorsque, en d'autres termes, le critère du juste et de l'injuste, au lieu de précéder et de fonder la procédure de mise en œuvre, est censé résulter nécessairement de la forme même de la procédure. Ainsi dans la choix des principes de justice sous voile d'ignorance, on ne présuppose pas une définition matérielle du juste qui serait l'objet d'une reconnaissance commune et d'un accord. Ce n'est rien d'autre que l'accord unanime qui désigne les principes choisis comme principes de *justice*. Les règles de justice ne sont rien d'autre que ce qui est défini par l'accord équitable entre les membres de la coopération sociale.

C'est ici que prend sens la référence à Kant. Rawls écrit : «on peut considérer la position originelle comme une interprétation procédurale de la conception kantienne de l'autonomie et de l'impératif catégorique»⁵⁰. A l'encontre de l'utilitarisme, Rawls réaffirme la signification morale de l'exigence de justice, comprise, kantienement, comme exigence d'universalité⁵¹.

En outre, la priorité du juste sur le bien prolonge la problématique kantienne du devoir et de la non primauté des fins du vouloir. Les principes de justice ne sont pas des règles matérielles mais des règles d'évaluation formelle déterminant si une norme est équitable, quel que soit son contenu.

L'articulation avec Kant se fait encore par le concept de contrat. La fondation consensuelle des principes de justice sous voile d'ignorance peut être rapprochée du «contrat originaire» kantien⁵². Il s'agit dans les deux cas d'une idée régulatrice offrant une norme rationnelle aux principes de l'ordre politique.

Cependant, malgré cet héritage kantien, le concept rawlsien de la raison n'est plus exactement celui de Kant. Alors que Kant exclut toute considération du bonheur, de l'amour de soi ou de l'intérêt du champ de l'autonomie, Rawls présuppose que les partenaires choisissant les principes de justice sous voile d'ignorance sont «des personnes libres et rationnelles, *désireuses de favoriser leurs propres intérêts*»⁵³ et placées dans une position initiale d'égalité».

On peut exprimer cette distance d'une autre façon. Kant distingue rigoureusement deux régimes de la raison qu'il désigne par les termes d'«humanité» et de «personnalité», en soulignant que la première n'implique pas la

équitable qui détermine si un résultat est également correct ou équitable, quel qu'en soit le contenu, pourvu que la procédure ait été correctement appliquée».

⁵⁰TJ p. 293.

⁵¹ «Est juste toute action qui permet ou dont la maxime permet à la liberté de l'arbitre de tout un chacun de coexister avec la liberté de tout autre selon une loi universelle» (Kant *Doctrines du Droit*, § C).

⁵²*Doctrines du Droit*, § 47.

⁵³ TJ p. 34 (nous soulignons).

seconde⁵⁴. Le droit comme l'éthique ont pour présupposition le concept de personnalité et non le simple concept d'humanité. Or la fondation de la justice, chez Rawls relève plutôt de ce que Kant appelle humanité puisque, selon la *TJ*, le concept de raison opérant dans la fondation de la justice doit être interprété dans la mesure du possible au sens étroit courant dans la théorie économique, c'est-à-dire comme la capacité d'employer les moyens les plus efficaces pour atteindre les fins désirées.

Relève du même écart la mise hors jeu, dans la *TJ*, de la fondation transcendantale kantienne au profit d'une fondation strictement consensuelle⁵⁵. Paul Ricœur présente ainsi la *TJ* comme «une déontologie sans fondation transcendantale» en observant que, selon Rawls, la fondation transcendantale implique des critères objectifs du juste, risquant de réintroduire en dernier ressort des présuppositions matérielles concernant le bien. On peut aussi invoquer le niveau auquel se situe Rawls, pour penser la justice, c'est-à-dire le niveau institutionnel. Ce qui écarterait la fondation transcendantale kantienne, ce serait aussi le projet d'aborder la question du juste sur le plan institutionnel, et non par celui des individus et des rapports entre individus.

Mais le consensus, l'accord équitable peuvent-ils être vraiment considérés comme des fondements suffisants de la justice ? On rappellera que l'établissement des principes de justice est guidée par des «convictions bien pesées», au nombre desquelles figurerait le Règle d'Or ou une de ses variantes.

D'où l'ambiguïté du statut des partenaires choisissant les principes de justice. Rawls les présente à la fois comme des sujets strictement rationnels, au sens de la rationalité instrumentale, et comme des «sujets moraux, c'est-à-dire des êtres rationnels ayant leur propre système de fins et capables, selon moi, d'un

⁵⁴ *La religion dans les limites de la simple raison*, éd. Vrin, p. 45 : «De ce qu'un être a de la raison, il ne s'ensuit pas du tout que celle-ci contienne une faculté pour déterminer inconditionnellement le libre-arbitre par la simple représentation de la qualification de ses maximes pour une législation universelle et par conséquent pour être en soi pratique»

⁵⁵ Cette fondation consensuelle paraît commune à Rawls et à l'éthique de la discussion. A Renaut («Ou Habermas, ou Rawls, in *Réseaux*, n° 60, juillet-août 1993) a très justement montré que les divergences ne doivent pas cacher une orientation commune dans la réception de l'héritage kantien : la pragmatique universelle de Habermas-Apel poursuit un but similaire à celui du voile d'ignorance : reconstruire l'espace formel d'une discussion argumentée qui, sur la base d'exigences de validité reconnues en commun, aboutisse à l'explicitation et à la fondation consensuelle de principes de justice. Chez Rawls comme dans l'éthique de la discussion, la fondation des normes universelles a donc lieu à partir de la dimension transactionnelle de la sphère pratique. Voir aussi, sur cette question : J.F. Kervegan, «Y a-t-il une philosophie libérale ? Remarques sur les œuvres de J. Rawls et F. von Hayek», in *Rue Descartes*, n° 3, «Citoyenneté, démocratie, république », janvier 1992, p. 51-77, p. 60 ; J.-M. Ferry, *Philosophie de la communication*, 2, Cerf, 1994.

sens de la justice»⁵⁶. Rawls lui-même ne considère pas comme essentielle cette différence, puisque son propos est de fonder et de justifier par la seule puissance de la délibération rationnelle et de la raison instrumentale des principes de justice qui *pour nous* ont une signification morale, mais qui ne sont pas adoptés au motif de leur caractère moralement obligatoire. Ainsi raison instrumentale et raison morale pourraient-elles se rejoindre, au point que l'exigence de la seconde soit intégralement assumée par la première. Mais on peut alors se demander si la délibération rationnelle des partenaires choisissant les principes de justice n'est pas d'entrée de jeu et implicitement orientée par le caractère moral de l'exigence de justice, ce qui témoignerait du caractère irréductible de notre pré-compréhension du bien. On se demandera ainsi si la règle du *maximin* que les partenaires choisissent, au détriment du principe d'utilité, est vraiment la conséquence de l'intelligence, en chacun, de son intérêt bien compris, ou bien si elle n'est pas plutôt une conséquence de l'obligation faite à chacun de traiter l'humanité en sa personne, comme en la personne de l'autre, non seulement comme moyen, mais toujours en même temps comme fin. Cette question nous invite à évaluer le rôle, en éthique, des arguments rationnels et de la délibération, qui peuvent être considérés soit comme une véritable invention de la règle pratique, soit comme le passage de nos convictions antécédentes dans le crible de l'argumentation et de la libre discussion⁵⁷.

⁵⁶TJ p. 37.

⁵⁷A. Clair (art. cit. p. 566) fait apparaître une dimension éthique de la rationalité fondatrice de la justice jusque dans la position originelle : «Remarquons déjà que la construction de la position originelle n'est pas aussi dégagée de toute perspective éthique qu'il n'y paraît. En effet, le point essentiel, c'est la stricte égalité des partenaires qui, exempts de toute détermination particulière, partagent exactement les mêmes connaissances et les mêmes ignorances. La présentation de l'hypothèse est donc implicitement la présentation d'un modèle éthique, celui précisément de l'équité. Ainsi, d'une certaine manière, on ne déduit l'éthique qu'en se la donnant initialement, en la présupposant».