

Paul Ricœur, à propos de J Rawls

Le juste entre le légal et le bon (1991)

Les réflexions que je propose ici se situent au plan des principes de la justice, tels qu'ils peuvent être formulés et discutés en philosophie morale et politique. Avant toutefois de m'engager dans cette voie, je tiens à rappeler à quel contexte pratique ils appartiennent. L'idée de justice -quels qu'en soient le sens ou le contenu -régit une pratique sociale dont il importe de rappeler d'abord les occasions ou les circonstances, ensuite les voies ou canaux au plan institutionnel, enfin les arguments au niveau du discours. Parlant des circonstances de la justice, il nous faut rappeler que nous avons affaire à la justice lorsqu'il est demandé à une instance supérieure de trancher entre des revendications portées par des intérêts ou des droits opposés. Quant aux canaux de la justice, il s'agit de l'appareil judiciaire lui-même, comprenant plusieurs choses: un corps de lois écrites; des tribunaux ou des cours de justice, investis de la fonction de dire le droit; des juges, c'est-à-dire des individus comme nous, réputés indépendants et chargés de prononcer la sentence réputée juste dans une circonstance particulière; à quoi il ne faut pas oublier d'ajouter le monopole de la coercition, à savoir le pouvoir d'imposer une décision de justice par l'emploi de la force publique: Quant aux arguments de la justice, ils rappellent que celle-ci est une partie de l'activité communicationnelle, la confrontation entre arguments devant un tribunal offrant un exemple remarquable d'emploi dialogique du langage. Je reviendrai plus longuement sur cette séquence: occasions de la justice-canaux de la justice-arguments de la justice, quand je prendrai le chemin de retour des principes à la pratique de la justice. Ce sera ma troisième partie.

Cela dit, le concept de justice auquel nous allons maintenant consacrer les deux premières parties de cette leçon constitue l'idée régulatrice qui préside à cette pratique complexe mettant en jeu des conflits typiques, des procédures codifiées, une confrontation réglée d'arguments, enfin, le prononcé d'une sentence. A ce titre, l'idée de justice peut être tenue pour le moment réflexif de cette pratique.

Mais comment s'effectue cette réflexion?

Il faut dire tout de suite que les deux voies que nous allons explorer n'épuisent pas les ressources de ce qu'on peut appeler l'« idée de justice ». Celle-ci est une conquête de la raison, à mi-chemin de la pratique quotidienne, dont on vient de rappeler les urgences, et du fond mythique duquel l'idée émerge lentement -comme on voit chez les Présocratiques grecs, dans la tragédie d'Eschyle et de Sophocle et dans les plaidoiries des grands orateurs athéniens. Ces connotations sacrées sont si fortes qu'elles se perpétuent jusque dans les sociétés sécularisées, attestant ainsi que le sens de la justice ne s'épuise pas dans la construction des systèmes juridiques qu'ils ne cessent pourtant de susciter. C'est pourquoi je parle ici de sens plutôt que d'idée de la justice pour signifier ces émergences de l'immémorial. A cet égard, il faudrait sans doute avouer que c'est d'abord à l'injustice que nous sommes sensibles: « Injuste! », « quelle injustice! », nous écrivions-nous. C'est bien sur le mode de la plainte que nous pénétrons dans le champ de l'injuste et du juste. Et même au plan de la justice instituée, devant les cours de justice, nous continuons de nous comporter en « plaignants » et de « porter plainte ». Or, le sens de l'injustice n'est pas seulement plus poignant, mais plus perspicace que le sens de la justice; car la justice est plus souvent ce qui manque et l'injustice ce qui règne, et les hommes ont une vision plus claire de ce qui manque aux relations humaines que de la manière droite de les organiser. C'est pourquoi, même chez les philosophes, c'est l'injustice qui la première met en mouvement la pensée. En témoignent les Dialogues de Platon et l'éthique aristotélicienne, et leur souci égal de nommer ensemble l'injuste et le juste. Notre idée de justice est donc doublement réflexive: d'une part, au regard de la pratique sociale qu'elle régite; d'autre part, au regard de son origine quasi-immémoriale. Comme je l'ai annoncé à l'instant, deux

voies s'ouvrent à celle-ci, qui conduisent à deux conceptions rivales de la justice et dont je voudrais montrer que l'opposition n'est pas une invention des philosophes, mais qu'elle est constitutive de l'idée même de justice. Le prédicat « juste » paraît en effet alternativement tiré, comme le suggère le titre de ma leçon, du côté du « bon » et du côté du « légal ». Que signifie cette opposition? Marque-t-elle la faiblesse d'un concept ou, au contraire, en constitue-t-elle la structure dialectique qu'il importe de respecter? Selon cette seconde interprétation, qui sera la mienne, la dialectique du « bon » et du « légal » serait inhérente au rôle d'idée régulatrice qui peut être assigné à l'idée de justice par rapport à la pratique sociale qui se réfléchit en elle. Telle est l'hypothèse de travail que je me propose maintenant d'approfondir.

I. LE JUSTE ET LE BON

A première vue, les deux orientations placées sous le titre du « bon » et du « légal » apparaissent diamétralement opposées. En langage savant, elles relèvent l'une d'une conception *téléologique*, l'autre d'une conception *déontologique* de la vie morale et politique prise en général.

Placée en effet sous le signe du *bien*, la justice s'annonce comme l'une des vertus, au sens que les Grecs ont donné au terme *arête* - que l'on pourrait traduire par « excellence » et que les Latins (Cicéron, Sénèque, Marc-Aurèle) ont traduit par *virtus*. Tenir la justice pour une vertu, à côté de la prudence, de la tempérance, du courage - pour évoquer le fameux carré médiéval des vertus cardinales -, c'est admettre qu'elle contribue à orienter l'action humaine vers un accomplissement, une perfection, dont la notion populaire du bonheur donne une idée approchée. C'est cette visée d'une *vie bonne* qui confère à la vertu particulière de justice le caractère téléologique que je disais. Vivre bien est son *télos*. Mais on voit tout de suite ce que cette conception comporte à la fois de séduisant et de troublant. D'un côté, l'action humaine reçoit un sens de cette visée - je veux dire non seulement une signification, mais une direction, ce que le mot français « sens » suggère; de l'autre, l'absence de consensus sur ce que constitue véritablement et absolument le Bien fait que la signification attachée au prédicat « bon » se trouve frappée d'incertitude. Aristote, pourtant si proche de Platon, n'hésitait pas à railler le « Bien platonicien », qu'il tenait pour une idée nébuleuse, et entendait ne se référer qu'au bien humain. Mais qu'en est-il du bien humain? On connaît les débats qui se poursuivaient encore à l'époque hellénistique entre platoniciens, aristotéliens, épicuriens, stoïciens, etc., concernant le rapport entre plaisir et bonheur, entre vie active et vie contemplative. Mais la conception téléologique de la justice ne se borne pas à cette présupposition commune à l'analyse de toutes les vertus. La justice a toujours constitué un chapitre à part dans les traités des vertus, en raison d'un trait particulier qui annonce le renversement conduisant du point de vue téléologique au point de vue déontologique, qui fera prévaloir les idées d'obligation et de devoir, et celle corrélative de droit. Le trait en question est celui d'un formalisme qu'on peut dire imparfait, comparé au formalisme accompli qui ne se rencontre que dans les conceptions modernes purement procédurales. Par « formalisme imparfait » j'entends ceci: comme toutes les vertus, selon *l'Éthique à Nicomaque* d'Aristote, la justice est définie par l'équilibre fragile qu'elle établit entre un excès et un défaut, un trop et un pas assez, ce qui la fait considérer comme une « médiété

», un terme moyen entre deux extrêmes. Or, dans le cas de la vertu de justice, ce point d'équilibre est tout à fait remarquable: c'est la fameuse *isotès*, célébrée par Solon et Périclès, à savoir cette « égalité » qui règne à mi-chemin de l'excès du prendre trop, du vouloir-avoir-toujours-plus - la fameuse *pleonexia*, le vice d'avidité ou d'envie - et du défaut de ne pas contribuer assez aux charges de la cité.

A quelles grandeurs et selon quelles modalités cette égalité s'applique-t-elle? Deux nouvelles difficultés nous attendent ici. A la première question, il doit être répondu que la justice régit la distribution de toutes les sortes de biens, extérieurs et précaires, en rapport à la prospérité et à l'adversité-

té, qui s'annoncent comme des biens à partager et des charges à répartir. Arrêtons-nous sur ces verbes: «distribuer », «partager », « répartir ». Ils ne peuvent concerner que des institutions, principalement politiques, qui se laissent définir par cette fonction de distribution, de partage, de répartition. Cette idée est d'une grande portée et n'a rien perdu de sa force, comme la discussion de la seconde conception de la justice le confirmera. Peut-on se risquer à dire que toute société, en tant qu'instituée, répartit des rôles, des tâches, des avantages, des désavantages, des honneurs et des charges? L'idée de justice nous demanderait ainsi de partir de l'image d'une société qui ne se- rait pas seulement caractérisée par un vouloir-vivre ensemble, un vœu de coopération, mais par des règles de répartition -les parts distribuées faisant de chaque citoyen un partenaire, au sens pro- pre du mot.

Deux corollaires de cette idée de la société comme système de distribution méritent remarque. D'abord, c'est ce passage par l'institution, en tant qu'instance de répartition de rôles, qui distingue la vertu de justice de la vertu d'amitié, laquelle s'exerce directement entre égaux dans le face-à- face, sans médiation institutionnelle. L'amitié a pour vis-à-vis un prochain; la justice, un tiers. Ainsi, l'autrui de la justice n'est pas l'autrui de l'amitié, mais le *chacun* d'une distribution juste: *suum cuique tribuere*, selon l'adage latin bien connu. Second corollaire: ce concept de distribution qui, d'Aristote aux médiévaux et à John Rawls¹, est étroitement lié à l'idée de justice permet de renvoyer dos à dos les protagonistes d'un faux débat sur le rapport entre individus et société. Dans la ligne d'un sociologisme à la façon de Durkheim, la société est toujours plus que la somme de ses membres; de l'individu à la société il n'y a pas continuité. Inversement, dans la ligne de l'indivi- dualisme méthodologique d'un Max Weber, les concepts clés de la sociologie ne désignent rien de plus que la probabilité que des individus se comporteront d'une certaine façon. La conception de la société comme système de distribution transcende les termes de cette opposition. L'institution, en tant que régulation de la distribution des rôles, est bien plus et autre chose que l'addition des individus porteurs de rôles; autrement dit, la relation sociale ne se réduit pas aux termes de la relation. Mais la relation ne constitue pas non plus une entité supplémentaire. Une institution considérée comme règle de distribution n'existe que pour autant que les individus y prennent part. Et cette participation -au sens de prise de part -se prête aux analyses probabilistes qui n'ont pas d'autre point d'application que les comportements individuels. Mais la réponse donnée à la première question, à savoir la nature des grandeurs auxquelles s'applique l'idée de justice comme *isotès*, soulève une difficulté spécifique qui, elle aussi, contribuera à la substitution d'une conception déontologique à la conception téléologique. La difficulté est celle-ci: qu'est-ce qui définit aussi bien le concours des bénéficiaires du partage que la nature des choses à partager? Une procédure formelle de partage pourrait-elle faire l'économie d'une définition substantielle des biens en jeu?

Mais tournons-nous vers la seconde question. Selon quelles modalités une telle distribution de parts doit-elle s'opérer? C'est ici que nous attend une nouvelle difficulté que les sociétés modernes n'ont pu qu'aggraver. Aristote est le premier à avoir aperçu que la véritable pierre d'achoppement consiste dans la question posée par les partages inégaux. L'idée de partage arithmétique égal est aisée à concevoir et n'est d'ailleurs pas sans application, même dans les sociétés antiques -par exemple, sous la forme de la rotation dans l'exercice des charges publiques. Quant aux sociétés modernes, elles n'ont cessé d'élargir le champ d'application de l'égalité arithmétique: égalité de- vant la loi; droit égal d'expression, de réunion, de publication; droit de vote égal pour tous les ci- toyens; et, au moins à titre de vœu, égalité des chances, c'est-à-dire égalité des positions de départ dans l'accession aux fonctions d'autorité, de commandement et d'influence. Tocqueville veut nous persuader que c'est vers cette égalité que tendent les démocraties modernes. Mais en fait nulle

¹ Voir sa *Théorie de la justice*, Paris, Éd. du Seuil, 1987.

société ne fonctionne -et peut-être ne peut fonctionner -de façon efficace, principalement quant à la production des richesses, sur le mode de l'égalité arithmétique c'est-à-dire du partage égalitaire -, et cela eu égard à l'entière variété des biens à partager². Ne mérite considération que l'égalité proportionnelle qui définit cette justice que les médiévaux appelleront « distributive ». Elle est appelée « proportionnelle » parce que, comme dans la théorie des proportions mathématiques, l'égalité n'est pas entre des choses, mais entre des rapports, à savoir ici le rapport entre la contribution de tel individu et telle part, et le rapport de la contribution de tel autre individu et telle autre part. L'idée d'*isotês* est sauvée, mais au prix d'un artifice; celui d'un rapport à quatre termes: deux personnes et deux parts.

Ainsi se trouve posé par Aristote le redoutable problème que les contractualistes et Rawls à leur suite reprendront à nouveaux frais -, celui de justifier une certaine idée de l'égalité, sans cautionner l'égalitarisme pur et dur³.

II. LE JUSTE ET LE LÉGAL

Au terme de cette première série d'analyses, la question est posée de savoir si le passage d'un formalisme imparfait à un formalisme parfait, tel qu'il serait satisfait dans une conception purement procédurale de la justice, permettra de venir à bout des difficultés suscitées par l'idée d'égalité proportionnelle.

Passer d'un formalisme imparfait à un formalisme parfait, c'est trancher le lien qui rattache la vertu de justice des Anciens et des médiévaux à l'idée de Bien, qu'il s'agisse du Bien en général, de l'idée de vie bonne, du bien d'une communauté historique particulière, ou des biens substantiels donnant un contenu à l'idée de justice dans les partages inégaux.

C'est sous l'impulsion de la philosophie kantienne que la théorie de la justice a basculé du côté déontologique, c'est-à-dire d'une conception dans laquelle tous les rapports moraux, juridiques et politiques sont placés sous l'idée de légalité, de conformité à la loi. Mais cette conception est loin d'être homogène. Selon la ligne kantienne orthodoxe, ne méritent le nom de « lois » que les dispositions juridiques qui se laissent dériver d'un impératif suprême entièrement *apriorique* que Kant formule ainsi: « Agis de telle façon que tu traites l'humanité dans ta personne ou dans celle d'autrui non pas seulement comme un moyen, mais toujours aussi comme une fin en soi. » Mais, comme en témoigne sa théorie du droit dans la *Métaphysique des mœurs*, un très petit nombre de lois peuvent être tenues pour des corollaires indiscutables de l'impératif formel. Pour le reste, la conformité à la loi signifie conformité aux lois issues de l'activité législative du corps politique. On passe alors, par retournement à l'intérieur du formalisme, d'un *apriorisme* rigoureux à un positi-

2 C'était bien évidemment le cas de la cité antique, même réduite au cercle de ses citoyens de droit. La règle d'égalité arithmétique, admet Aristote, ne convient pas à la nature des personnes et des choses partagées.

3 1. Quelles que soient les difficultés que nous allons considérer plus loin, il vaut de retenir la force convaincante et durable de la liaison entre justice et égalité. L'égalité, de quelque manière qu'on la module, est à la vie dans les institutions ce que l'amitié -ou d'autres diraient la pitié, la sollicitude est aux relations interpersonnelles. L'amitié, nous l'avons déjà dit, donne pour vis-à-vis au soi un autre qui ait un visage, au sens fort qu'Emmanuel Lévinas nous a appris à reconnaître. La justice pensée comme égalité lui donne pour vis-à-vis un autre qui est un chacun. Par là, le sens de la justice ne retranche rien à la sollicitude; il la suppose, dans la mesure où elle tient les personnes pour irremplaçables. En revanche la justice ajoute à l'amitié, dans la mesure où le champ d'application de l'égalité est la cité, la communauté historique régie par l'État et, idéalement, l'humanité entière.

visme juridique où la question du fondement échappe à la raison pratique pour tomber sous le contrôle des instances légiférantes empiriquement et historiquement constituées.

Ce qui est toutefois commun à ces deux branches du légalisme juridique, c'est le passage du formalisme imparfait, caractéristique de la conception téléologique, à un formalisme complet, où aucune place ne devrait être faite ni à l'idée de bien commun ni à celle de biens substantiels donnant un contenu à la justice dans les partages inégaux. On peut affirmer que c'est dans une conception procédurale de la justice qu'une pareille formalisation atteint son but. En anticipant la discussion ultérieure, on peut se demander si pareille réduction à la procédure ne laisse pas un résidu qui demande un certain retour à un point de vue téléologique, non au prix d'un reniement des procédures formalisantes, comme j'essaierai de le montrer, mais au nom d'une demande à laquelle ces procédures mêmes donnent une voix de la façon également qu'on dira le moment venu. Mais il faut conquérir le droit de cette critique en accompagnant aussi loin que possible le processus de formalisation de l'idée de justice d'où le point de vue déontologique tire sa gloire.

Il est remarquable que l'approche déontologique n'ait pu prendre pied dans le champ institutionnel où s'applique l'idée de justice qu'à la faveur d'une conjonction avec la tradition contractualiste

-plus précisément avec la fiction d'un contrat social grâce auquel une certaine collection d'individus réussissent à surmonter un état supposé primitif de nature pour accéder à l'État de droit. Cette rencontre entre une perspective délibérément déontologique en matière morale et le courant contractualiste n'a rien de contingent. La fiction du contrat a pour but et fonction de séparer le juste du bon en substituant la procédure d'une délibération imaginaire à tout engagement préalable concernant un prétendu bien commun. Selon cette hypothèse, c'est la procédure contractuelle qui est supposée engendrer le ou les principes de justice. Mais cette conjonction réussie entre la perspective déontologique et le courant contractualiste n'a pas seulement un but polémique. On pourrait dire que le contrat occupe au plan des institutions la place que l'autonomie occupe au plan fondamental de la moralité. A savoir: une liberté suffisamment dégagée de la gangue des inclinations se donne une loi qui est la loi même de la liberté. Mais alors que l'autonomie de l'individu peut être appelée un «fait de raison», attesté par la conscience, le contrat ne peut être qu'une fiction -une fiction fondatrice certes, mais néanmoins une fiction -, parce que la république n'est pas un fait comme l'est la conscience, mais qu'elle reste toujours à fonder et que probablement elle ne le sera jamais à titre définitif. Demeure alors la fiction du contrat pour égaler une conception déontologique de la justice au principe moral de l'autonomie et de la personne comme fin en soi. L'énigme non résolue de la fondation de la république transpire à travers la formulation du contrat tant chez Rousseau que chez Kant. Chez le premier, il faut recourir à un législateur pour sortir du labyrinthe du politique. Chez le second, le lien est présupposé, mais non justifié, entre l'autonomie ou l'auto législation et le contrat social par lequel chaque membre d'une multitude abandonne sa liberté sauvage en vue de la recouvrer sous forme de liberté civile en tant que membre d'une république.

C'est à ce problème non résolu que Rawls a tenté de donner une solution, une des plus fortes qui aient été offertes à l'époque contemporaine. Si le *terme fairness* (qu'on a traduit par «équité») est proposé comme clé du concept de justice, c'est parce que la *fairness* caractérise la situation originelle du contrat dont est censée dériver la justice des institutions de base. Rawls assume donc entièrement l'idée d'un contrat originel entre des personnes libres et rationnelles, soucieuses de promouvoir leurs intérêts individuels.

Contractualisme et individualisme avancent ainsi la main dans la main. Si la tentative réussissait, une conception purement procédurale de la justice non seulement se libérerait de toute présupposition concernant le bien, mais libérerait définitivement le juste de la tutelle du bien -d'abord au niveau des institutions, puis, par extension, à celui des individus et des États-nations considérés comme de grands individus. Le projet de Rawls se comprend mieux si l'on garde présent à l'esprit le paradoxe provoqué par Kant lui-même, à savoir que, faute de pouvoir dériver un corpus articulé

de lois d'un principe aussi abstrait que le respect de la personne humaine, on s'en remet à la puissance législative de fait pour donner un contenu à ce vide du formalisme, et l'on bascule d'un formalisme abstrait au positivisme juridique le plus radical. Il serait répondu à ce danger interne au courant déontologique si, dans la situation irréaliste de délibération, on pouvait produire des principes de justice suffisamment complexes et articulés qu'ils suffissent à ériger le droit en véritable organisateur du champ social.

De l'ouvrage immense de Rawls je n'ai retenu que sa contribution à la résolution de ce problème. Les principes de justice censés dériver de la délibération dans une situation irréaliste, imaginaire, anhistorique, dite « originelle », suffissent-ils pour articuler le vouloir-vivre ensemble d'une communauté historique *réelle* dans un réseau de relations juridiques qui arracherait ce vouloir-vivre ensemble à l'indistinction fusionnelle, sans éloigner l'un de l'autre à l'infini des sujets réduits à l'état d'atomes juridiques? La réponse que je soumets à votre réflexion et à votre discussion ultérieure est très nuancée. Je ne doute pas que cette irréaliste délibération menée sous le voile d'ignorance conduise à des principes plus précis, et donc socialement plus féconds, que l'impératif vide du respect des personnes. Mais l'écart restant entre ces principes de justice, encore très formels, et la pratique juridique évoquée dans les premières lignes de ma conférence demande que l'on s'interroge sur les *relais* que les principes de justice doivent trouver dans une discussion non plus *irréaliste*, menée sous le voile d'ignorance, mais dans une discussion *réelle* conduite au niveau de ce que Hannah Arendt appelle l'« espace public d'apparition ». Disons tout de suite que c'est au niveau de ces relais, destinés à enraciner l'idée de justice dans une pratique judiciaire effective, qu'un certain recours à une idée transformée du bien ou des biens s'avérera nécessaire, à l'encontre de l'ascétisme d'une conception purement procédurale de la justice. Je retiendrai des analyses que Rawls consacre aux principes de justice ce qui les met sur la voie de cette fonction d'arbitrage entre demandes sociales conflictuelles. *Trois* points méritent d'être soulignés.

Premier point fort: les principes que nous allons énumérer sont des principes de distribution. Le bref résumé consacré plus haut à l'idée aristotélicienne, puis médiévale, de la justice distributive nous a familiarisés avec cette notion de distribution. La justice, en tant que distributive, s'étend en effet à toutes les sortes d'avantages susceptibles d'être traités comme des parts à distribuer: droits et devoirs d'une part, bénéfiques et charges d'autre part. Il est clair que pour Rawls l'accent ne doit pas être mis sur la signification propre des choses à partager, sur leur évaluation en tant que biens distincts, sous peine de réintroduire un principe téléologique et, à sa suite, d'ouvrir la porte à l'idée d'une diversité de biens, voire à celle de conflit irréductible entre biens. Le formalisme du contrat a pour effet de neutraliser la diversité des biens au bénéfice de la règle de partage. Il nous faudra revenir sur cette hypothèse de travail, lorsque la question se posera du passage de la situation originelle sous le voile d'ignorance aux situations conflictuelles réelles d'une société aussi complexe que la nôtre. Dans la mesure où la société se laisse appréhender comme système de distribution, tout partage apparaît problématique et ouvert à des alternatives également raisonnables. Puisqu'il y a plusieurs manières plausibles de répartir avantages et désavantages, la société se révèle être de part en part un phénomène consensuel-conflictuel; d'un côté, toute allocation de parts peut être contestée, spécialement (comme nous allons le voir) dans le contexte d'une répartition inégale; d'un autre côté, pour être stable, la distribution requiert un consensus concernant les procédures permettant d'arbitrer entre revendications concurrentes. Les problèmes de priorité que nous évoquerons plus loin résultent très exactement de ce caractère *problématique* de la règle de partage.

Second point fort: Rawls nous propose non pas un, mais deux principes de justice, le second reprenant le problème épineux des partages inégaux déjà évoqués par Aristote sous le titre de l'« Égalité proportionnelle ». Il est important toutefois que soit d'abord formulé un premier principe, égalitaire celui-là, dont il est dit qu'il est lexicalement prioritaire par rapport au second.

Ce premier principe assure l'égalité de tous les citoyens devant la loi⁴. Ce principe formalise l'acquis majeur des sociétés démocratiques avancées et leur conquête des libertés d'expression, de réunion, de vote, d'éligibilité aux fonctions publiques. C'est le triomphe moderne de l'*isotês* de Solon dans une sphère d'exercice considérablement plus vaste. Toutefois, une part des débats que nous évoquerons plus loin porte sur l'étendue de la sphère de citoyenneté égale, tout système qui définit une appartenance définissant aussi des exclusions. Ainsi, dès le premier principe, un débat est ouvert qui exige les *relais* évoqués plus haut. Mais un point est soustrait au débat: ce premier principe doit être satisfait prioritairement, sans que la règle des partages inégaux, incluse dans le second principe, donne licence à enfreindre l'égalité devant la loi. Autrement dit, l'ordre sériel ou lexical signifie que «les atteintes aux libertés de base, égales pour tous, qui sont protégées par le premier principe, ne peuvent être justifiées ou compensées par des avantages sociaux ou économiques plus grands ».

J'arrive au troisième point fort, le plus crucial et le plus controversé de tout l'ouvrage. Il s'agit du second principe de justice, qui prend en charge les principes inégaux concernant, rappelons-le, des différences de revenus et de richesse, certes, mais aussi des différences d'autorité et de responsabilité dans des organisations de tout genre. Le principe affirme que, parmi tous les partages in- égaux, il en est un qui est plus juste que tout autre. C'est celui dans lequel toute augmentation de l'avantage des plus favorisés est compensée par une diminution du désavantage des moins favorisés. Une formule résume le principe: «maximiser la part minimale ». D'où le nom de principe de *maximin*. Je ne m'intéresse pas ici à la démonstration très raffinée qui en est donnée, sur la base de la théorie de la décision dans des conditions d'incertitude. L'essentiel pour nous est l'idée qu'il existe dans les partages inégaux un point d'équilibre tel que certaines inégalités doivent être préférées à des inégalités plus grandes, mais aussi à une répartition égalitaire. En un sens, quelque chose du premier principe de justice est préservé au sein du second, sous la forme de l'égalité des chances ou, dans le vocabulaire de Rawls, des «positions de départ»; mais il reste à l'état de vœu et d'exigence non satisfaite, dans la mesure où c'est à des inégalités économiques et sociales, reconnues justes, que donnent accès lesdites positions ouvertes. La formulation de Rawls trahit cet embarras au point d'articulation des deux principes, dont l'un est égalitaire et l'autre non: «les in- égalités sociales et économiques doivent être organisées de façon que, à la fois, a) l'on puisse raisonnablement s'attendre à ce qu'elles soient à l'avantage de chacun, et b) elles soient attachées à des positions et à des fonctions ouvertes à tous ».

Cette ambiguïté pose une question de fond: jusqu'à quel point les principes de justice -et singulièrement le second-peuvent-ils exercer le rôle d'*idée directrice*, que nous avons présumé dans notre introduction, à l'égard de la justice en tant que pratique sociale? N'est-ce pas d'un débat public ininterrompu que peuvent procéder les *relais* requis entre ces principes encore trop abstraits et la pratique judiciaire effective?

III. DES PRINCIPES DE JUSTICE À LA PRATIQUE JUDICIAIRE

Ce que nous allons donc maintenant tenter d'explorer dans notre troisième partie, c'est l'*intervalle* qui demeure entre des principes de justice supposés issus de la pure procédure de discussion dans une situation originelle caractérisée par le voile d'ignorance, et une pratique caractérisée, comme nous l'avons vu en commençant, par ses occasions, ses voies et moyens, et son mode d'argumentation.

4 Plus précisément, « chaque personne doit avoir un droit égal au système le plus étendu de libertés de base égales pour tous qui soit compatible avec le même système pour les autres ».

L'exploration de cet intervalle peut se faire à partir de ses deux extrémités -l'idée formelle d'une part, la pratique concrète d'autre part -, en procédant à un jeu de va-et-vient visant à la sorte d'ajustement mutuel que Rawls lui-même appelle «équilibre réfléchi », mais qu'il n'applique qu'au rapport de la théorie à ce qu'il appelle les «convictions bien pesées» (*considered convictions*).

Commençons par les *circonstances*, ou *occasions*, de la justice. Elles ont toutes la forme d'un conflit opposant des droits présumés, des intérêts réels, voire des privilèges acquis. Dans toutes les subdivisions du droit -pénal, civil, social, international -la demande de justice surgit dans des situations de conflit auxquelles le droit donne la forme du procès. C'est en ce point que des considérations empruntées à la conception téléologique de la justice reprennent une première fois visage: les demandes entre lesquelles la justice est appelée à trancher -ou, plus exactement, nous y reviendrons, à laquelle il est demandé à la justice de faire leur juste part -sont porteuses de valeurs, d'évaluations en termes de biens. Une théorie purement procédurale requiert ici le relais d'une éthique des valeurs, elle-même chargée de difficultés et lourde de questions sans réponse. Et pourtant, même chez Rawls, l'évocation furtive de «considérations bien pesées» laisse déjà entendre qu'il n'est pas possible de s'en tenir à un simple calcul de maximum et de minimum, sous peine de passer à côté de la difficulté majeure que constitue *l'hétérogénéité réelle des biens* investis dans les choses à partager. Cette difficulté est la contrepartie inéluctable de la conception de la société comme système de répartition. La notion même de part change de sens selon qu'il s'agit de biens marchands -tels que revenus, patrimoines, services -ou de biens non marchands -tels que sécurité, santé, éducation, citoyenneté; pour ne rien dire des positions d'autorité, de responsabilité et d'influence, liées aux structures hiérarchiques de toutes les institutions qui, à l'image des institutions politiques, connaissent la distinction entre gouvernants et gouvernés, dirigeants et dirigés, administrateurs et administrés. L'entreprise, la cellule familiale, l'hôpital, le milieu carcéral connaissent bien ces problèmes de répartition d'autorité entre partenaires inégaux. Il ne suffit donc pas d'avoir une idée très largement ouverte de la notion de distribution de parts, de répartition de rôles; il faut encore être attentif à l'hétérogénéité réelle de ce qu'on peut appeler, avec Rawls encore (mais il n'en fait pas la théorie), des «biens sociaux primaires », lesquels sont l'enjeu concret de partages susceptibles d'être réputés justes. C'est sur cette hétérogénéité qu'insistent certains critiques de Rawls, parmi lesquels Michael Walzer, qui va jusqu'à démembrer l'idée unitaire de justice, fondée sur le schéma procédural supposé affranchi de toute référence à la qualité des biens à distribuer. De fait, le schème procédural aboutissant au principe du *maximin* ne tire son universalité que du caractère irréel de la situation originelle sur le seuil de laquelle les contractants se dépouillent non seulement de leurs particularités, de leurs intérêts, mais aussi de leurs convictions concernant le bien ou les biens. Or, dans une situation historique réelle, ces biens font retour avec la concrétude des choses à partager. Le problème de la justice devient alors celui de la priorité à donner, au sein d'une communauté historique, entre des biens qui empiètent les uns sur les autres et revendiquent chacun toute la place. On retrouve là un problème posé autrefois par Max Weber dans sa phase nietzschéenne, concernant le polythéisme des valeurs.

Anticipant sur la discussion portant sur les canaux de la justice et surtout sur son argumentaire, il

faut avouer que le relais d'une théorie des valeurs, requis pourtant par une conception purement procédurale de la justice, fonctionne très difficilement dans une société comme la nôtre, dépourvue de consensus fort en matière éthique. Mais je tiens néanmoins à faire ici trois remarques brèves. D'abord, les conditions du consensus ne sont par perdues: elles dépendent de la capacité que nos concitoyens ont conservée s'entrecroiser dans une laïcité vivante des héritages aussi divers que ceux reçus du passé judéo-chrétien, de la culture gréco-romaine, de la Renaissance et des Lumières, du XIXe siècle des nations et des socialismes. Deuxième remarque: il faut admettre qu'un tel consensus est lui-même pris dans une histoire. Si l'idée de valeur souffre d'une faiblesse conceptuelle certaine, faute de pouvoir

occuper la place du principe, sa force historique est

d'exercer la fonction *d'échangeur* entre un niveau abstrait où le consensus reste très fort (tout le monde a toujours su que les personnes ne sont pas des choses, même si ce principe élevé a toujours été bafoué) et le niveau de la vie quotidienne, où des situations nouvelles surgissent, appelant une décision. C'est pourquoi un platonisme des valeurs à la Max Scheler ne peut plus convaincre. Mais, troisième remarque, il dépend de la qualité de la discussion publique, dont nous allons maintenant parler, de donner vie au *consensus par recouplement* évoqué dans ma première remarque et à l'échange entre convictions d'« arrière-plan », à évolution très lente, et convictions de « premier plan », à évolution plus rapide.

Cela dit concernant le point de rencontre entre l'idée de justice et les circonstances de la justice, qu'en est-il de l'intersection avec ce que nous avons appelé les *voies et moyens* de la justice? Je rappelle en quels termes j'en ai parlé dans mon introduction. Quant aux canaux de la justice, di- sais-je, il s'agit de l'appareil judiciaire lui-même comprenant plusieurs choses: un corps de lois écrites; des tribunaux ou des cours de justice, investis de la fonction de dire le droit; des juges, c'est-à-dire des individus comme nous, réputés indépendants et chargés de prononcer la sentence juste dans une circonstance particulière. Comment l'idée de justice s'applique-t-elle dans ce contexte institutionnel? Et quels relais faut-il introduire entre les principes de justice et la pratique judiciaire ordinaire? Il me semble qu'il faut ici replacer l'appareil judiciaire, même aussi largement défini par la séquence lois-tribunaux-juges-sentence, *entre* une instance supérieure et une base porteuse. L'instance supérieure est l'État; l'appareil judiciaire attend de lui deux choses: qu'il garantisse le bon fonctionnement de la justice dans un espace protégé, délimité à l'intérieur de l'espace public; mais aussi qu'il décide par voie législative de l'ordre de priorité à instaurer à moyen terme entre les grandes catégories de biens sociaux primaires, biens marchands et biens non marchands. L'urgence de fixer un tel ordre de priorité résulte de la description que nous avons donnée plus haut de la société comme système de répartition dans lequel les demandes qui s'élèvent des différentes « sphères de justice » ne peuvent être toutes satisfaites, ni dans le même temps ni dans la même proportion. L'hétérogénéité réelle des biens correspondant aux parts et aux rôles à distribuer souligne le caractère aléatoire et toujours révocable de l'ordre de priorité choisi. Il dépend alors de la discussion *politique*, et de la décision *politique*, d'assurer ce cadrage global de la loi. C'est dans ce sens et dans cette mesure que l'idée de justice requiert la *médiation du politique* pour rejoindre la pratique de la justice et ses institutions propres.

Mais une autre médiation est requise, sur le bord inférieur en quelque sorte du judiciaire, à savoir l'existence d'un sol de discussion au niveau de ce qu'on tend aujourd'hui à appeler la « société civile ». C'est à l'État certes de fixer un ordre de priorité entre biens sociaux primaires en compétition afin de se donner une ligne politique, mais c'est au niveau de cet espace public plus vaste, dans lequel est taillé l'espace juridique, que s'affrontent les valeurs évoquées un peu plus haut. C'est dans cet espace public que sont pesées contradictoirement les évaluations conférant la signification de biens à ces parts et à ces rôles que la société distribue et assigne à des porteurs de droits. C'est au cours de cette discussion publique que se confirme le statut (que nous disions plus haut) ambigu des valeurs, lesquelles s'étagent entre valeurs d'« arrière-plan », au plus près des principes stables de justice, et valeurs de « premier plan », davantage soumises à la rude dynamique de la tradition et de l'innovation -comme c'est le cas dans les domaines neufs de l'environnement ou des sciences appliquées à la vie. Sans insister davantage sur cette dynamique de l'évaluation dans le cadre de la discussion publique, disons que l'institution judiciaire ne fonctionnerait ni dans une société sans État de droit ni non plus dans une société civile où l'on ne saurait pas discuter, où l'on n'aurait aucune idée des règles non écrites, traçant la frontière entre la violence et le discours, et où manquerait la pratique de l'exercice oral du jugement -dont le judiciaire est la manière formalisée. Donc, en haut et au-dessus, l'État; en bas, et à la base, l'espace public de discus-

sion; et, *entre les deux*, le procédural comme tel, pris hors de la médiation de l'État et dans son espace institué.

Entendons-nous bien: par «procédural» il faut entendre ici non le procédural irréal des contractua- listes, mais le procédural institué et opératoire qui régit la séquence lois-cours et tribunaux-sen- tence et juges. Disons un mot de chacun de ces moments constitutifs de la *praxis* judiciaire. Soumis à la juridiction de la loi, les conflits sont placés à bonne distance des passions, des intérêts, des fanatismes. Quant au procès lui-même, il instaure entre les parties ce qu'Antoine Garapon appelle une «juste distance », à mi-chemin de la collision, qui est une forme de confusion, et du mépris, qui éloigne de la discussion. Quant à la sentence, elle peut être interprétée comme une manière de mettre à leur juste place les parties elles-mêmes, principalement dans les partages inégaux de toutes sortes qui sont finalement la règle. Quant au juge, il apparaît ainsi comme la figure instituée de toutes ces distanciations : entre le judiciaire et le politique, entre le judiciaire et le conflit ouvert, entre les parties elles-mêmes.

Si l'on retient l'idée de juste distance dans l'espace juridique, la procédure tout entière peut être définie comme la régulation et la modulation de la proximité et de la distance dans l'espace public. Je retrouve ainsi de façon inattendue l'idée d'Aristote d'un milieu entre le *trop* et le *pas assez*, par lequel celui-ci définissait la vertu de justice. En termes quasi topologiques, «juste distance» veut dire médiété entre trop de distance et pas assez de distance. Il faudrait, bien entendu, spécifier cette recherche de la juste distance dans l'ordre pénal, dans l'ordre civil, dans l'ordre social, dans l'ordre international. Du moins, se trouve justifiée dans ses grands traits la grande médiation du procédural, d'où l'État tire légitimation tout autant qu'il exerce garantie, tandis que les conflits qui lacèrent la société civile assument la forme codifiée et distancée du procès.

Mais je me hâte vers ma conclusion, qui portera sur la dernière composante de ce que, dans mon introduction, j'avais appelé la «justice comme pratique sociale », à savoir les *arguments* de la justice (que j'avais nommés à la suite des *circonstances* et des *canaux* de la justice). Il est bon, en effet, que nos derniers mots soient réservés au *discours de la justice*. En un sens, nous n'avons cessé d'en traiter, sans le dire explicitement, sous les deux rubriques précédentes. D'une part, le discours de la justice est à l'œuvre dans le débat public concernant l'ordre de priorité à établir entre les biens sociaux primaires et entre les valeurs sous-jacentes à ces biens. D'autre part, la procédure tout entière, de la loi au prononcé de la sentence à travers le procès, n'est qu'un long discours. Il faut néanmoins insister sur ce caractère discursif et argumentatif de la justice, pour lui-même et en lui-même, de peur que l'on ne retienne du procès que sa conclusion, et surtout son exécution, et, dans celle-ci, que l'emploi de la force publique -comme si le monopole de la violence résumait l'œuvre de la justice, le glaive éclipsant la balance. C'est pourquoi je veux insister fortement sur la dimension argumentative de la justice, dans ses circonstances et dans ses voies et moyens. Avant de contraindre, la sentence vise à *dire le droit*, c'est-à-dire à situer les parties à leur juste place; c'est là sans doute le sens le plus important qu'il faut attacher au *jugement* tel qu'il est porté dans une circonstance particulière; et s'il en est ainsi, c'est parce que ce jugement conclut provisoirement la partie vive du *procès*, qui n'est autre qu'un *échange réglé d'arguments*, c'est-à-dire de rai- sons *pour* ou *contre*, supposées plausibles et dignes d'être considérées par l'autre partie. Pris sous cet angle, le procès est un segment de l'activité communicationnelle d'une société, la confrontation entre arguments devant un tribunal constituant un cas remarquable d'emploi dialogique du langage.

Or, cet emploi a sa logique et son éthique, l'une inséparable de l'autre.

Du point de vue logique, en effet, le discours de la justice illustre à merveille la place que tient l'argumentation, à mi chemin -à juste distance, oserions-nous dire -entre la preuve qui contraint intellectuellement, comme en mathématiques, et l'usage sophistiqué du langage. Certes, dans un procès, il est demandé de fournir des preuves, des preuves matérielles et des témoignages irrécu-

sables; mais le procès pris dans son entier n'est pas de l'ordre de la preuve, c'est-à-dire de la nécessité logique. Et pourtant, faute de prouver en ce sens rigoureux, l'argumentation juridique n'est pas condamnée au sophisme, c'est-à-dire à cette sorte de discours qui emporte la faveur par sa puissance de plaire et de séduire, en connivence avec des passions partisans et mauvaises. Nous touchons là au point de *fragilité* que le discours judiciaire a en commun avec d'autres types de discours: le discours politique bien entendu, mais aussi celui de l'historien, de l'éditorialiste, historien du présent. Fragilité donc d'un discours qui, faute de prouver, vise néanmoins à convaincre, sans se réduire à plaire. Ce statut épistémologique, si vous me permettez cette expression un peu technique, est celui de la *logique du probable*, par quoi Aristote définissait la « dialectique » et à quoi il rattachait la « rhétorique », ou *l'art d'user d'arguments probables dans l'usage public de la parole*. Un trait remarquable de cette structure argumentative de la justice mérite réflexion: l'assaut d'arguments est en un sens infini, dans la mesure où, dans l'ordre du probable, il y a toujours place pour un « mais » - sous la forme par exemple de recours et de voies d'appel à des instances supérieures. En un autre sens, il est fini, dans la mesure où le conflit d'arguments s'achève dans une décision, à savoir le *jugement* exercé dans une situation particulière. Mais, pour ne pas être arbitraire, celui-ci doit tirer sa justification de la délibération qu'il conclut et de la qualité argumentative de cette délibération.

Or, cette qualité dépend du lien qui unit *logique* et *éthique* dans l'argument. Cette éthique n'est autre que celle du *meilleur* argument, celui que *l'autre* peut entendre. Quelle formule résumerait mieux cette éthique de l'argumentation que l'antique adage: *Audi alteram partem?*