Université Paris IV – Sorbonne
ÉCOLE DOCTORALE V : CONCEPTS ET LANGAGES

THÈSE

pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ PARIS IV – SORBONNE

Discipline : Philosophie
présentée et soutenue publiquement par

Pascal Solignac

---
date de soutenance

Titre :

LA JUSTICE COMME SOLLICITUDE : DE RONALD DWORKIN À LA QUESTION DE L'ÉDUCATION

Directeur de thèse : M. Alain Renaut

JURY

M. Alain Renaut, professeur en philosophie politique et éthique, Université Paris IV - Sorbonne
Mme Monique Castillo, professeur en philosophie politique et éthique, Université Paris XII - Val de Marne
M. Christian Nadeau, professeur en philosophie politique et éthique, Université de Montréal
M.Pierre-Henri Tavoillot, professeur en philosophie politique et éthique, Université Paris IV - Sorbonne

VOLUME I

REMERCIEMENTS

Les remerciements sont toujours en deçà de la dette véritablement due.

Tous mes remerciements vont à mon directeur, Monsieur Alain Renaut, de m'avoir permis d'entreprendre cette thèse. Ses indications comme ses écrits ont été à chaque fois l'occasion de découvrir et redécouvrir des pans entiers de la philosophie.

Merci à Monsieur Jean Roy qui m'a transmis son enthousiasme pour la lecture et la re-lecture, l'écriture et la ré-écriture des textes philosophiques.

Je tiens particulièrement à remercier mes principaux conseillers, relecteurs, interlocuteurs dévoués, disponibles et patients qu'ont été mon père, Alain Solignac, et Yvette Palardy. Leurs conseils avisés ont considérablement amélioré et aidé à mener à terme cette tâche qu'est la rédaction d'une thèse en philosophie. Dans le même esprit, je ne saurai passer sous silence l'apport significatif et la célérité avec laquelle Kristine Metz a revu la dernière version du manuscrit.

Sur une note plus personnelle, ce travail n'aurait pas été possible sans le support de mes parents, Marie et Alain, de mon frère Laurent et de ma petite sœur Sandrine, dont le jeune âge ne l'a pas empêchée de terminer sa thèse avant moi. Merci aussi à François Laurier dont les réponses patientes à mes nombreuses questions imprègnent ces pages.

Merci à mes amis grâce à qui les études en philosophie n'ont pas empêché le contact et le dialogue avec le monde vécu. Merci de nouveau à Kristine, Tomasz, Philippe, Marco, Fred, l'autre Fred, Luc, Simon, Eve, François, Richard, Max, Elena et, bien entendu, Bruno, Chantal, Amélie, Vincent, Matys et Cassandre.

Enfin, surtout, je ne saurais trouver les mots pour remercier Catherine qui, par son soutien de tous les instants, son écoute patiente et ses suggestions, a toujours su insuffler le bonheur en l'absence duquel il n'est de sens. Tu es la preuve que le plus beau est indicible.

SOMMAIRE

VOLUME I 2

REMERCIEMENTS 3

SOMMAIRE 4

INTRODUCTION 7

PREMIÈRE PARTIE : LE LIBÉRALISME D'INTÉGRATION 27

Chapitre 1. Des pratiques sociales à l'éthique 28
1. L'ANTI-ARCHIMÉDISME DWORKINIEN 28
2. L'INTERPRÉTATION CRÉATIVE 32
3. SCEPTICISME CONTRE CONSTRUCTION ÉTHIQUE 48
4. RÉCAPITULATION 77

Chapitre 2. De l'éthique au politique 80
1. LE CONTRACTUALISME COMME STRATÉGIE DISCONTINUE 84
2. LIBÉRALISME INTÉGRÉ : MODÈLE DE DÉFI ET INDIVIDUALISME ÉTHIQUE 91

Chapitre 3. Du politique au droit 133
1. PREMIÈRE FIGURE DE L'ÉGALE LIBERTÉ : QU'EST-CE QUE LA DÉMOCRATIE? 133
2. DEUXIÈME FIGURE DE L'ÉGALE LIBERTÉ : LE DROIT-INTÉGRITÉ ET LA COMMUNAUTÉ DE PRINCIPE 156
3. LE DROIT COMME INTERPRÉTATION : CONVENTIONNALISME, PRAGMATISME ET INTÉGRITÉ 196

Chapitre 4. Du droit à l'égalité 248
1. TROISIÈME FIGURE DE L'ÉGALE LIBERTÉ : L'ÉGALITÉ DE RESSOURCES 248
2. UNE SEULE ÉGALE LIBERTÉ : L'ÉGALITÉ EN DROIT 254
3. RESPECT ET SOLLICITUDE : LE LIBÉRALISME SOLIDARISTE 264
4. DROITS AUX RESSOURCES : L'ASSOCIATION CONSTITUTIVE DE L'ÉGALITÉ ET DE LA LIBERTÉ 303
5. LIBERTÉ, ÉGALITÉ, FRATERNITÉ… CAPABILITÉ? LES THÉORIES CONVERSIONNISTES DE LA JUSTICE 320
6. RÉCAPITULATION 328

VOLUME II 331

DEUXIÈME PARTIE : L'ACTUALISATION DE LA JUSTICE COMME SOLLICITUDE 332

Liminaire 333

Chapitre 5. La précipitation 338
1. LE CYCLE DE L'INTERPRÉTATION ET LE CERCLE DE L'IDENTITÉ 338
2. JUSTICE DISTRIBUTIVE ET PRÉCIPITATION : L'ASCRIPTION DU BÉNÉFICIAIRE 346

Chapitre 6. Deux lectures de la justice comme sollicitude : néoclassicisme et républicanisme 367
1. LA MEILLEURE FIN POSSIBLE : LE NÉOCLASSICISME DE LÉO STRAUSS 367
2. LA CRISE DE LA MODERNITÉ 371
3. UNE TÉLÉOLOGIE DE L'EXCELLENCE : LE DROIT NATUREL 386
4. LA JUSTICE COMME SOLLICITUDE SOUS LA LUNETTE NÉOCLASSIQUE 400

5. Une question de domination : la liberté républicaine 426
6. Liberté, égalité, participation 436
7. La précipitation comme déviance de l'imperium 451

Chapitre 7. L'éducation libérale 471
1. Produire les producteurs : éducation juste, éducation à la justice 471
2. L'éducation contemporaine 479
3. L'éducation du libéral intégré 488
4. L'éducation démocratique d'Amy Gutmann 496
5. Un excès de projet éducatif ? 497
6. Un manque de projet éducatif ? 502
7. L'État démocratique de l'éducation 515
8. Discussion : quelle éducation pour la justice comme sollicitude? 523

CONCLUSION 539

BIBLIOGRAPHIE 556
1. Monographies 556
2. Ouvrages collectifs 562
3. Ouvrages de référence 564
4. Articles de périodiques 564
5. Documents électroniques 566

TABLE DES MATIÈRES 567

Les ouvrages de Ronald Dworkin sont indiqués selon les sigles suivants :

DPH :	Is democracy possible here ?
ED :	L'empire du droit
FL :	Freedom's law
JR :	Justice in robes
LD :	Life's dominion
PDS :	Prendre les droits au sérieux
QP :	Une question de principe
SV :	Sovereign virtue

INTRODUCTION

La justice est équivoque. À la fois idéal, institution ou revendication, elle semble n'exister que pour être disputée, au lieu d'être rendue. De plus, elle est fragile; en fait, toutes les controverses qui l'entourent exhibent plus ses limites que ses forces. Pourtant, à l'origine, il s'agissait de quelque chose de simple, presque prosaïque. À chacun son dû, ou « *suum cuique tribuere* », d'après la formule consacrée. D'où l'image classique de la balance et du glaive, mesurant les proportions, récompensant les mérites et punissant le reste, le tout dans les mains d'une femme aux yeux bandés, symbole d'impartialité et de justice aveugle.

Ainsi commencent les problèmes car la justice n'est pas aveugle; pas plus que la définition traditionnelle n'est complète. Il lui manque une préposition : selon. À chacun son dû selon…? Alors les discussions, querelles et autres polémiques reprennent de plus belle; d'aucuns mentionnent la vertu tandis que d'autres brandissent les besoins; on parle de sphères de justice, de pluralité, de communauté, de capacité, de bien-être ou de ressources matérielles. Dans un esprit de précision, des cadres sont instaurés; la justice devient judiciaire, juridique, politique, économique, internationale ou culturelle. Enfin, de statut, elle se décline selon ses fonctions et distribue, rétribue, commute. À défaut d'unanimité, le sujet est le ferment d'une créativité inégalée.

Mais pourquoi parler de justice? Qu'en attendre pour qu'elle suscite un débat dont la permanence ne s'est jamais démentie? De façon abstraite, on pourrait suggérer qu'à la justice correspond la recherche d'un guide des actes. Elle se tourne ainsi vers ce qui n'est pas encore pour indiquer ce qu'il convient de faire. Dans ce rapport à l'agir, la justice se pose comme sélectrice des objets et des modalités d'action. Elle désigne, selon une fonction de légitimation ou d'amélioration des actions, ce sur quoi il vaut la peine, mieux, il est impérieux d'agir, et selon quelles modalités. De ce point de vue, à partir de la problématique de l'action — que doit-on faire? —elle touche celle du pouvoir, de l'effectivité — que peut-on faire? —, pour les intégrer dans une dynamique réciproque : d'une part, que peut-on devoir faire, que nous

incombe-t-il de faire pour une puissance donnée, d'autre part, que doit-on pouvoir faire, que doit-on chercher à pouvoir faire advenant l'impuissance des moyens?

Enjeu non négligeable dont le terme « recherche » ne rend pas pleinement compte : la justice est traversée de part en part de son rapport au pouvoir. Elle en justifie l'usage qu'elle prétend réguler, mais elle en présuppose la concentration afin de s'exercer. Pour peu que ce dialogue s'instaure à une échelle collective, et la justice se pose comme la réflexion normative sur l'élément qui semble y être le plus réticent, le politique. De même, l'expression « guide des actions » relève de l'euphémisme. Car il s'agit bel et bien d'influencer des vies, d'interdire certains projets et d'en permettre d'autres, de poser des structures, de coordonner les personnes, bref, de mouler les volontés individuelles et collectives. Or, volonté et pouvoir font mauvais ménage : la première ne s'accommode du second que si elle en a le plein usage alors que ce dernier ne se mesure qu'au nombre des premières qui s'y plient.

À la justice donc d'ordonner, de peser sous les auspices de la raison cette tension des passions qui incite chacun à apprécier une règle pourvu qu'elle ne s'applique qu'au voisin. Aussi, il semble bien que sa manifestation initiale ait été la réciprocité des limites : si j'y suis obligé, si je dois m'y soumettre, qu'il en soit ainsi pour les autres. De même, si tous adhèrent au projet d'individus justes vivant dans une société juste, chacun en conserve une représentation qui lui est propre, autant pour lui-même que pour autrui. Non que la recherche de la justice soit dépourvue de motivations altruistes, elle s'en prévaut autant que d'intérêts bien compris, mais bien parce qu'elle porte à conséquence. La quantité de délibérations autour de la justice et de ses modalités est en proportion des résultats attendus ou redoutés. L'unanimité autour de la question se retourne ainsi contre elle et en fait un pandémonium de significations. La justice devient l'idée normative première, à laquelle tout état de fait politique ou éthique est ramené, au risque de devenir l'auberge espagnole des idéologies. Comment lui attribuer un contenu sans y voir une appropriation supplémentaire d'un vocabulaire voué à changer selon la mode de l'instant ou les rapports de force?

Réciproquement, que dire d'une procédure de validation qui, pour rester imperméable aux particularités du réel, sacrifie l'évaluation des implications concrètes des principes — lesquelles constituent plus souvent qu'autrement le matériau des débats évoqués plus haut — au profit de la seule description formelle des interprétations en présence? Autrement dit, si à toute valeur substantielle on ne peut associer qu'une revendication affective et, à toute procédure, l'expulsion de l'évaluation de la mise en situation du principe au nom d'une certaine objectivité méthodique, reste-t-il à la justice autre chose qu'un scepticisme érigeant en absolu l'équivalence de toutes les conceptions?

À l'encontre de ce qui nous semble un luxe intellectuel, le scepticisme étant souvent autorisé par une situation déjà juste, cette thèse entend explorer la mise en œuvre de l'idée de justice. En effet, quelle meilleure manière de contester la portée du scepticisme normatif que de se pencher sur l'actualisation de principes de justice? Toutefois, nous ne partirons pas à l'aventure pour tenter la synthèse qui épuisera une fois pour toutes les polémiques attenantes à la justice. Nous construirons notre propos autour de l'étude de l'œuvre de Ronald Dworkin dont la contribution à la philosophie pratique nous apparaît marquante.

Juriste américain de renom, Dworkin a participé aux débats entourant la justice et a suscité autant de commentaires enthousiastes qu'il a soulevé de questions. Les sujets abordés, allant d'une théorie générale du droit à l'analyse d'enjeux plus précis dont le financement des campagnes électorales ou des systèmes de santé, ont présidé à l'élaboration d'une théorie originale et nuancée qui conjugue avec élégance philosophie du droit, éthique et morale politique. Initiée en 1963, son importance n'a cessé de croître. Si ses écrits prennent racine dans le contexte du droit et de la jurisprudence anglo-saxonne, marqués en cela de la *Common Law* et d'enjeux *a priori* locaux, l'analyse normative qu'il y développe dépasse de loin leur cadre culturel d'origine[1].

[1] Voir à ce sujet la préface de Pierre BOURETZ, in DWORKIN Ronald, Prendre les droits au sérieux, traduit de l'anglais par Marie-Jeanne Rossignol et Frédéric Limaire, traduction révisée et présentée par Françoise Michaut, préface de Pierre Bouretz, 1ere éd., Paris : Presses Universitaires de France, 1995. 515 p. Léviathan. Traduction de : Taking Rights Seriously. ISBN 2-13-045908-0.

État de la situation : les théories contemporaines de la justice.

Afin de situer les travaux de Dworkin, un rapide survol du débat contemporain sur la justice s'avère pertinent. À l'échelle de la philosophie, Dworkin en perpétue l'une des plus anciennes traditions, remontant au moins à Socrate : à qui doit revenir le pouvoir et comment doit-il être organisé? À qui est-il juste que le pouvoir revienne? De la Cité platonique au *Léviathan* de Hobbes, en passant par *La Cité de Dieu* de Saint-Augustin et *Le Prince* de Machiavel, nombre de réponses furent formulées au cours des siècles. Autant de tremplins qui mènent à un point tournant de l'histoire des idées, aux environs du XVIIe siècle, lorsque le problème fut résolu par la doctrine de la souveraineté populaire : le seul dépositaire légitime de la souveraineté serait dorénavant celui qui en est le sujet, le peuple.

Pour autant, cette doctrine ne signifiait pas que le débat eût été clos. Bien que partageant le même horizon, les discussions autour de la justice politique n'en reprirent que de plus belle : admettant la souveraineté du peuple, comment lui donner forme? Quelles en sont les conditions d'exercice? Qui plus est, le sens même à accorder à l'idée de peuple fut questionné : s'agit-il d'une somme d'individus, d'un tout organique, d'une classe ou d'une ethnie? L'essence de ce tout que l'on nomme la Modernité politique, l'idée selon laquelle des êtres humains concourent également à la substance d'une volonté souveraine aura présidé, avec ou contre elle, à l'apparition des régimes politiques contemporains et des théories qui les ont inspirés ou s'en sont réclamées. Aussi relèvera-t-on autant de différences entre l'unanimité de la volonté générale d'un Rousseau et la séparation des pouvoirs d'un Montesquieu qu'entre une république présidentielle unitaire et une monarchie constitutionnelle fédérale. De même, les critiques d'un contre-révolutionnaire comme de Maistre se distinguent des thèses de Marx aussi sûrement qu'une démocratie pluraliste des totalitarismes de droite et de gauche.

Parmi les pensées ainsi déployées, le libéralisme se démarque par la relation étroite qu'il entretient avec la Modernité. Sans prendre part au débat sur la coïncidence exclusive

entre la théorie et l'époque, un fait demeure : les premiers auteurs à consacrer la souveraineté du peuple comme solution au problème du meilleur régime étaient libéraux[2]. À partir de ce moment fondateur, que l'on peut associer à la publication du *Traité du gouvernement civil* de Locke, le libéralisme s'est distingué par le principe selon lequel le juste exercice du pouvoir réside dans l'octroi d'une liberté égale pour tous. Singulière idée qui, si l'on en juge par la postérité qu'elle a engendrée, fournit autant de réponses qu'elle soulève d'interrogations : comment assurer l'équilibre des libertés individuelles? Quel est le vecteur privilégié de leur garantie? Ce questionnement s'est peu à peu cristallisé autour du thème de la justice distributive, expliquant ainsi le visage polymorphe du libéralisme contemporain[3]. En effet, la mention d'une liberté égale pour tous rendait inévitable, à plus ou moins longue échéance, une réflexion sur les capacités de chacun à en profiter. S'il revient au marxisme d'avoir popularisé la distinction entre liberté formelle et liberté réelle, laquelle imprègne la justice distributive, c'est sans nul doute à la publication d'une *Théorie de la justice* que l'on attribuera le développement sans précédent des théories de la justice au cours du dernier quart de siècle[4].

Ainsi, tout en reconnaissant la modulation substantielle apportée par le principe d'égale liberté à l'exercice de la souveraineté populaire, son apparente simplicité ne doit pas tromper : si de prime abord, l'égalité n'y joue que le rôle d'un schème de distribution, donc d'une variable dépendante de la liberté, la question des moyens de la liberté en fait un objet de l'égalité. Ainsi comme Amartya Sen le souligne fort à propos, « la liberté fait partie des champs d'application de l'égalité, et l'égalité fait partie des schèmes de distribution de la

[2] Cette affirmation, qui ne prétend pas reproduire toute la complexité de l'histoire de la pensée politique, sera évidemment nuancée selon la manière dont on perçoit la relation modernité-libéralisme, voir à ce sujet GARANDEAU Mikaël, Le libéralisme, 1ère éd., Paris : Flammarion, 1998. 252 p. Corpus. ISBN 2-08-073016-9. pp. 9-44.

[3] Nous reprenons la description d'A.Renaut de l'évolution historique de la problématique de la justice et la manière dont la liberté s'y intègre, voir RENAUT Alain, Qu'est-ce qu'une politique juste? Essai sur la question du meilleur régime, 1ère éd., Paris : Éditions Grasset et Fasquelle, 2004. 277 p. ISBN 2253082716. pp.28-34.

[4] RAWLS John, Théorie de la justice, traduit de l'anglais (Etats-Unis) par Catherine Audard, nouv. éd., Paris : Seuil, 1997. 665 p. Points. Essais. ISBN 2-02-029976-3.

liberté »[5]. De ce point de vue, la question de la justice distributive se confond avec celle de l'égalité : si égalité il doit y avoir, égalité de quoi[6]?

Un tel problème est d'autant plus délicat qu'il a pour toile de fond le pluralisme naturel et social des êtres humains : l'égalité normative ne se préoccupant pas de rendre tout le monde identique, mais seulement de certains paramètres de vie qui devraient le devenir, la variation des caractéristiques individuelles et collectives multiplie presqu'à l'infini les points de comparaisons potentiels – dans une telle mesure qu'il est légitime de se demander si ce n'est pas cela qui confère à l'égalité toute son importance. Or, la liberté entretient cette multiplicité des points de liaison. Par définition muette quant à son usage, elle constitue le vecteur dont la portée prolonge les singularités de chacun. Restituant ainsi à l'individu sa qualité d'agent, la liberté acquiert une valeur intrinsèque, non plus celle de moyen, mais celle de dignité reconnue à son dépositaire. À son tour, la liberté fait écho à la question posée par l'égalité : liberté de quoi?

De ce reflet, on retiendra une propriété qui nous semble essentielle à l'analyse et la compréhension des théories contemporaines de la justice : outre leur valeur substantielle, liberté et égalité se présentent comme des grilles d'analyse conceptuelles des conceptions de la justice. En effet, le concept de justice suppose, ne serait-ce que de manière formelle, la présence d'un critère de comparaison des personnes ou des choses, donc d'une commune mesure. Il y a relation nécessaire de l'égalité vers la justice : rationnellement, la seconde doit son impartialité à la première[7].

De même, si l'on accepte que la justice puisse être question d'arbitrage des revendications et d'attribution de responsabilités, il devient difficile d'en proposer une

[5] Traduction libre de « Liberty is among the possible the possible fields of application of equality, and equality is among the possible patterns of distribution of liberty », in, SEN Amartya, Inequality reexamined, 1ere éd. New York : Russell Sage Foundation, Cambridge Massachusetts : Harvard University Press, 1992. xiv, 207p. ISBN 0-674-45256-9.

[6] SEN Amartya, Ibid., p.14, mais aussi, DWORKIN Ronald, Ibid., p.1 et p.128.

[7] L'idée d'égalité comme condition minimale de l'articulation rationnelle de la justice est commune à l'ensemble de la philosophie politique : DWORKIN Ronald, SV, introduction et chap.5, PDS, pp.274-275, Une question de principe, traduit de l'américain par Aurélie Guillain, 1ere éd., Paris : Presses Universitaires de France, 1996. viii, 504 p. Recherches politique. Traduction de : A matter of principle. ISBN 2-13-047838-7. p.257, KOLM Serge-Christophe, Ibid., pp.l35-38, SEN Amartya, Ibid., p.ix, pp.3-4, et WILLIAMS Bernard, In the Beginning Was the Deed : Realism and Moralism in political argument, textes sélectionnés, édités et introduits par Geoffrey Hawthorn, Princeton, New Jersey : Princeton University Press, 2005. xx, 174 p. ISBN 10 : 0-691-12430-2. p.98.

conception qui fasse l'économie d'un minimum d'intentionnalité et de libre arbitre. Il est aussi absurde de départager des revendications involontaires que d'attribuer une responsabilité à un agent dont les actions sont l'objet d'une détermination exclusivement hétérogène[8]. La liberté constitue l'objet présupposé qui fixe l'étendue de la justice : il s'agit d'une condition d'imputabilité nécessaire au déploiement de la justice. Même une théorie de la justice qui estimerait que les êtres humains ne sont ni ne doivent être libres ou égaux inclurait la liberté et l'égalité parmi ses conditions d'énonciation, sous forme d'opérateurs logiques. À ce titre, le spectre complet des théories de la justice peut être considéré comme l'ensemble des combinaisons qui répondent à la double question « égalité et liberté de quoi? ». Tel est le nœud du problème que Dworkin entend résoudre.

Prendre chacun au sérieux : la morale politique de Ronald Dworkin.

La justice réside dans la construction de la meilleure interprétation de l'égalité de respect et de sollicitude. *« Aucun gouvernement qui ne démontre la même sollicitude envers le sort des citoyens sur lesquels il exerce son empire et desquels il demande l'allégeance n'est légitime »*[9]. Telles sont la forme et la substance de la théorie de la justice de Dworkin que nous désignerons pour cette raison par l'appellation *justice comme sollicitude*. En appui sur ce qui tient à la fois de prémisse à toute morale politique et de condition indépassable de légitimité, Dworkin développe une compréhension nuancée de la justice dont les multiples facettes imposent une lecture prudente.

Riche en intuitions fertiles, la pensée dworkinienne apparaîtra tantôt d'une appréhension ardue, tantôt d'une clarté limpide, laissant l'impression d'un système de vaste portée mais allusif et ambigu[10]. Dès lors, est-il possible de considérer l'œuvre de Dworkin comme un système unifié, dont l'appréhension de la justice procède d'une méthode définie qui articule de manière cohérente positions fondamentales et positions dérivées? Il importe

[8] KOLM Serge-christophe, Ibid., p.45.
[9] Traduction libre de : « No government is legitimate that does not show equal concern for the fate of all of those citizens over whom it claims dominion and from whom it claims allegiance », in, DWORKIN Ronald, SV, p.1.

alors de garder à l'esprit le squelette qui la constitue : l'interprétation créative, la théorie de la démocratie partenariat, du droit-intégrité et de l'égalité des ressources.

Au cours de la première partie de cette thèse, nous montrerons en quoi les trois derniers pôles interprètent au sein de leurs pratiques respectives, nommément, la démocratie, le droit et les politiques de redistribution des ressources matérielles, le principe directeur du pouvoir d'État qu'est l'égale sollicitude, lui-même fondé sur le modèle éthique présenté par Dworkin, le modèle de défi. De prime abord, si l'interprétation créative apparaît davantage relever de l'architectonique conceptuelle que du contenu normatif de la justice, elle en représente néanmoins la clef de voûte et l'élément distinctif.

De façon lapidaire, l'interprétation créative est la position selon laquelle la valeur de vérité d'une proposition normative — ceci est bien ou mal, cela est juste ou injuste — est déterminée par l'ensemble des principes qui fournit la meilleure interprétation de la pratique sociale dont elle procède. Le contenu de la justice sera déterminé par les principes qui offrent la meilleure interprétation des pratiques institutionnelles. D'habitude, celle-ci relève de l'interprétation des œuvres artistiques et se distingue par la manière de percevoir le phénomène concerné. Tandis que l'interprétation scientifique établit une structure articulée autour des causes de l'objet d'étude, l'interprétation artistique se préoccupe des buts qui y sont assignables[11]. L'interprétation des pratiques sociales relève de la même démarche.

Les concepts construits par l'interprétation créative se situent ainsi à mi-chemin entre la normativité pure et la positivité des pratiques sociales. S'ils assignent un but à un objet, il n'en reste pas moins que c'est selon cet objet que l'on fait appel aux valeurs. Position privilégiée entre la *praxis* et le *logos* qui dégage une valeur inscrite dans la procédure même. L'interprétation créative ne se réduit pas à un mode d'emploi des notions politiques, elle

[10] CAMPBELL Tom D., The contribution of legal studies. In GOODIN Robert E. et PETTIT Philip, éd., A Companion to Contemporary Political Philosophy, 2e éd., Cambridge, Massachusetts : Blackwell, 1995. xiii, 679 p. Blackwell companions to philosophy. ISBN 0631199519. p.190.
[11] DWORKIN Ronald, ED, p.54.

introduit une exigence de continuité entre l'éthique, le politique et le droit qui constitue une prise de position substantielle, et ce, de deux manières[12].

D'une part, l'interprétation qui développe les principes de justice prolonge les convictions éthiques de l'interprète qui doit en répondre. Cette affirmation de l'unité de la réflexion évaluative, non seulement entre ses domaines, soit la politique, le droit, la morale et l'éthique, mais aussi entre ses registres de discours, substantiels et méthodologiques, constitue le noyau de la pensée de Dworkin qui s'oppose ainsi aux théories discontinues de la valeur, les différentes variantes de l'*archimédisme normatif*, selon lesquelles il serait possible d'envisager les polémiques normatives d'un point de vue dégagé ou de les scinder en différentes parties indépendantes[13]. D'autre part, dans la mesure où l'interprétation doit rester proprement *créative*, c'est-à-dire autant éviter de justifier le principe par les faits que d'énoncer une norme dépourvue d'effet pratique, elle participe d'une entreprise d'insertion des valeurs politiques dans la durée. En effet, une fois passé le moment interprétatif au cours duquel il y a élaboration et justification de l'objectif normatif de la pratique sociale, l'interprète retourne à cette dernière pour y ajouter un élément à son tour susceptible d'interprétation.

Il s'agit donc de superposer, à la pratique politique en général, un objectif normatif susceptible de l'éclairer sous son meilleur jour et de l'améliorer[14]. À ce titre, en raison du dialogue entre pratique et valeur, l'interprétation créative pose immédiatement la question de la légitimité, c'est-à-dire, de la justification du pouvoir d'État. La réponse de Dworkin, qui constitue la clef de voûte de son œuvre, tient à une interprétation du principe égalitaire abstrait, l'égalité d'attention et de respect :

> *« Un gouvernement doit traiter ceux qu'il gouverne avec attention, c'est-à-dire comme des êtres humains capables de souffrance et de frustration, et avec*

[12] Pour le rôle des convictions éthiques dans l'élaboration des principes de justice, voir DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », in G.B.Petersen, éd., The Tanner Lectures on Human Values, Salt Lake City : Utah University Press. 1990, vol. XI, pp.3-119. Pour le caractère engagé de l'interprétation constructive, voir DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe It », Philosophy & Public Affairs, Princeton, New Jersey : Princeton University Press. 1996. vol. 25, n° 2, pp. 87-139.

[13] Voir notamment, RIPSTEIN Arthur, « Introduction : Anti-Archimedeanism », in RIPSTEIN Arthur, éd., Ronald Dworkin, 1ère éd., Cambridge : Cambridge University Press, 2007. x, 186 p. Contemporary Philosophy in Focus. ISBN 9780521664127. pp.5-7.

[14] DWORKIN Ronald, Idem.

respect, c'est-à-dire comme des être humains aptes à former des jugements intelligents sur la manière selon laquelle ils doivent mener leur vie et à agir selon ces jugements »[15].

Tous recevront leur dû : justice comme sollicitude et identité des justiciables

« La théorie de Dworkin était et reste assez bizarre »[16]. Cette remarque d'Alexander Larry sur la théorie du droit-intégrité, résume les critiques les plus courantes adressées à Dworkin. Malgré le caractère séduisant des principes invoqués et l'élégance des démonstrations, la structure et le contenu de ses thèses soulèvent de nombreuses objections. Ses tentatives répétées de concilier des valeurs opposées, tels les droits individuels et la communauté, sont parfois qualifiées d'excentriques[17]. L'apparente sophistication de l'interprétation créative le mène, au mieux, à se réfugier dans les cieux de l'abstraction pour y développer des systèmes inapplicables, au pire, à étendre un simple écran de fumée dont les conclusions *ad hoc* cachent mal les pétitions de principe[18] . Si l'élocution est brillante, les expressions marquantes, « les droits sont des atouts », « l'interprétation est un récit à la chaîne », le principe égalitaire abstrait recouvre plus qu'il n'unit ses principales valeurs, dont les tensions réapparaissent dès qu'elles deviennent susceptibles de guider l'action politique. Bref, la filiation entre le concept et ses modalités concrètes semble ténue[19].

De notre point de vue, la difficulté vient de ce que la justice comme sollicitude dworkinienne provoque un déplacement du centre de gravité de l'interrogation libérale sur la justice dont l'impartialité se double d'une exigence de solidarité, s'insérant ainsi de plein pied dans le registre du paradoxe d'une identité en dignité au nom de laquelle s'exprime une

[15] DWORKIN Ronald, PDS, p.389.
[16] Traduction libre de « Dworkin's theory was and remains quite bizarre » in ALEXANDER Larry, « Stricking back at the Empire : a brief survey of problems in Dworkin's theory of law », Law and Philosophy, D.Reidel Publishing Company. 1987, vol.6, p.419.
[17] MICHELMAN Frank, « Democracy and Positive Liberty », Boston Review. Octobre-novembre 1996. URL = <http://bostonreview.net/BR21.5/michelman.html.>.
[18] VAN PARIJS Philippe, Qu'est-ce qu'une société juste? Introduction à la pratique de la philosophie politique, 1ère éd., Paris : Éditions du Seuil, 1991. 316 p. La couleur des idées. ISBN 2-02-013116-1. p.183. Voir aussi KOLM, Modern Theories of Justice, p.244, KYMLICKA, Les théories de la justice : libéraux, utilitaristes, libertariens, marxistes, communautariens, féministes, pp.93-94 et OTSUKA Michael « Liberty, Equality, Envy and Abstraction », p.73, in BURLEY Justine, éd., Dworkin and his critics : with replies by Dworkin, 1ère éd., Malden, Massachusetts : Blackwell, 2004. xxiii, 412 p. Philosophers and their critics. ISBN 0631197656. BAYLES Michael D., Hart's legal philosophy : an examination, 1ère éd., Boston : Kluwer Academic Publishers, 1992. xi, 316 p. ISBN 0792319818. Chap.7.
[19] ANDERSON Elizabeth S., Ibid., p.295 et ARNESON, Richard J., « Equality », in A Companion to Contemporary Political Philosophy, p.505.

reconnaissance de la différence[20]. On observera avec raison que c'est le cas de la plupart des théories de la justice contemporaines, à l'exception peut-être des positions libertariennes; néanmoins, l'opération comporte chez Dworkin deux traits distinctifs qui encadrent notre problématique.

D'une part, prolongeant l'idée platonicienne selon laquelle la vie bonne ne peut se passer d'une société juste, Dworkin fonde les principes de justice sur les convictions éthiques[21]. Pour ce faire, il développe le modèle de défi, lequel propose un étalon de mesure de la vie bonne. Ainsi, selon le modèle de défi, la réussite d'une vie se mesure selon la performance effectuée pour un ensemble de circonstances données[22]. Son adoption fait dépendre le bonheur des convictions morales, parmi lesquelles une société juste. En effet, s'il n'est pas possible d'être heureux aux dépens de la conduite envers autrui, il n'est pas possible de profiter de l'injustice d'une société et bien vivre[23]. Autrement dit, la justice libérale ne vise plus la neutralité axiologique : elle procède d'une réflexion sur ce que peut être une vie bonne[24].

Au-delà de l'opération formelle, la continuité entre convictions éthiques et principes de justice représente l'un des objectifs d'une authentique communauté politique : la libre insertion des expériences éthiques individuelles au sein du débat public[25]. De fait, les conditions d'obligations associatives présidant à l'exercice légitime du droit s'y appuient, en accord avec la position générale de Dworkin selon laquelle les principales vertus politiques se reflètent au sein de l'éthique pour se transmettre au droit[26]. L'adhésion à la justice ne résulte

[20] MESURE Sylvie et RENAUT Alain, Alter Ego, Les paradoxes de l'identité démocratique, 1ère éd., Paris : Aubier,1999. 304 p. Alto. ISBN 270073677X. p.29.
[21] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », p.8.
[22] DWORKIN Ronald, Ibid., p.8.
[23] La réciproque est d'autant plus évidente : une personne qui subit l'injustice d'une société ne peut bien vivre.
[24] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », p.20. On remarquera que ce raisonnement entraîne l'exclusion des convictions éthiques contraires à la justice dworkinienne avec toutes les questions que cela soulève.
[25] DWORKIN Ronald, « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court », Alberta Law Review, 1990, vol.XXVIII, nº 2, pp.334-335.
[26] DWORKIN Ronald, ED, pp.221-222.

pas d'un consensus par recoupement d'individus mutuellement désintéressés, mais d'une attitude motivée par les convictions éthiques de chacun[27].

D'autre part, Dworkin étend la portée de la justice distributive à la compensation directe des inégalités naturelles. S'opposant ainsi à la position de Rawls selon qui la justice ne porte pas sur les inégalités naturelles en tant que telles, mais sur la manière dont les institutions les traitent[28], Dworkin propose une autre interprétation de l'intuition commune à la plupart des théories libérales solidaristes selon laquelle les inégalités naturelles ne devraient pas influencer la distribution des biens matériels et des avantages sociaux[29]. À ses yeux, l'indépendance de la distribution des ressources matérielles à l'endroit des circonstances naturelles repose sur leur identification la plus exacte possible en vue de leur annulation et non sur leur intégration à un système de distribution lui-même juste[30].

Les exigences découlant de la continuité des principes de justice avec, d'une part, les convictions éthiques et, d'autre part, la compensation des inégalités naturelles, en rendent donc la mise en œuvre d'autant plus sensible aux moyens employés qu'ils sont étroitement liés à la représentation de l'autre comme *alter ego*, c'est-à-dire comme un semblable dont la reconnaissance de principe s'accompagne néanmoins de la prise en compte de ses irréductibles différences, au premier chef desquelles les caractéristiques susmentionnées[31]. Le déplacement opéré par Dworkin nous semble donc comporter des conséquences pour l'entreprise politique qui consiste à traiter chacun *en* égal plutôt qu'*également*, au point de dépasser la double interrogation « égalité de quoi? » et « liberté de quoi? » pour en soulever une autre : égalité de qui?

---

[27] Quoique la manière dont Dworkin pose le contraste, visant la Théorie de la justice, ait été relativisée par les écrits ultérieurs de Rawls; voir par exemple, Libéralisme politique, traduit de l'américain par Catherine Audard, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 1995. 450 p. Philosophie morale. Traduction de : Political Liberalism. ISBN 2130471935. Dans la même optique, on lira avec profit les livres de C.GUIBET LAFAYE qui relisent l'œuvre de Rawls précisément selon cette optique; voir, GUIBET LAFAYE Caroline, La justice comme composante de la vie bonne, 1ère éd., Sainte-Foy : Les Presses de l'Université Laval, 2006. xi, 232 p. Inter-Sophia. ISBN 2763782987, du même auteur, Justice sociale et éthique individuelle, 1ère éd., Sainte-Foy : Les Presses de l'Université Laval, 2006. xiii, 441 p. Inter-Sophia. ISBN 2763783651.

[28] RAWLS John, Théorie de la justice, p.133.

[29] KYMLICKA Will, Les théories de la justice, p.90. C'est notamment sur ce point que s'opposent libéralisme solidariste et libertarisme.

[30] En effet, Dworkin considère que l'égalité des ressources établit d'authentiques comparaisons interpersonnelles tandis que le principe de différence n'établit que des comparaisons de groupe, voir, DWORKIN Ronald, Ibid., p.114.

[31] MESURE Sylvie et RENAUT Alain, Alter Ego, Les paradoxes de l'identité démocratique, p.39.

La précipitation de la différenciation

Nous construirons notre réflexion autour de l'aptitude de la justice comme sollicitude à assurer l'intégration de chacun au sein d'une communauté politique fondée sur son interprétation de l'égale liberté. Cette réflexion sur l'intégration introduira la problématique de l'égalité différenciée. Nous défendrons l'hypothèse selon laquelle la justice comme sollicitude suscite l'émergence de représentations de la vie bonne qui, s'intégrant aux pratiques sociales, alimentent la formation de sous-communautés qui gênent l'entreprise d'intégration de tous à la communauté politique. Nous rendrons compte de cette dérive par la notion de *précipitation*[32]. En tant qu'altération du rapport entre universalisation et différenciation, la précipitation se manifeste par une assimilation forcée à un groupe, donc une forme de stigmatisation.

Dans ce contexte, la différenciation se retourne contre l'individu et occulte la reconnaissance universelle pour faire écho au dilemme de la relation d'aide : comment aider un individu sans par le fait même l'identifier aux circonstances de l'aide apportée et, en revanche, comment considérer chacun comme un égal sans qu'il ne s'agisse d'une reconnaissance vide de contenu? Afin de répondre à cette question, nous nous approprierons la méthode de Dworkin pour nous livrer à une interprétation créative de sa conception de la justice au cours de laquelle nous nous interrogerons sur le complément à apporter à la justice comme sollicitude.

Identité naturelle ou civique : les alternatives néo-classique et républicaine.

De ce point de vue, le problème de la précipitation est susceptible de deux lectures. Que la dynamique de l'égale liberté se conclut par l'apparition d'appartenances différenciées qui lui sont contraires, soit. Mais quelle interprétation donner du problème qui soit susceptible de lui apporter une solution? S'agit-il, conformément au fondement moral du libéralisme compréhensif de Dworkin, d'une dérive provoquée par la pauvreté des contenus moraux qui

pénètrent la sphère publique ? Ou doit-on y voir une discrimination à l'encontre d'une partie de la population dont la situation précaire — sociale, naturelle, économique — est entretenue par le mauvais fonctionnement des institutions politiques?

L'interprétation straussienne de la justice s'inscrit dans le constat d'une crise des Dans cette optique, nous examinerons successivement deux positions, à savoir le néo-classicisme de L.Strauss et le républicanisme. Tant par leur critique de la tradition libérale que par les alternatives qu'elles présentent au modèle dworkinien, ces deux compréhensions de la justice éclaireront les deux termes de l'alternative. En effet, dans la mesure où l'interprétation constructive affirme la continuité du discours éthique vers les valeurs politiques et les pratiques institutionnelles, le néo-classicisme et le républicanisme en interrogent les pôles : une authentique construction de l'identité exige-t-elle un investissement plus substantiel de la justice par la morale, ou relève-t-elle d'une amélioration des pratiques institutionnelles?

valeurs qui affecterait l'époque contemporaine. Au cours de l'évolution de la Modernité, la connaissance aurait été amputée de la réflexion sur le bien et sur les choses essentielles au profit d'une science relativiste circonscrite à son contexte immédiat[33]. En ce qui concerne la philosophie politique et la philosophie du droit, cette dérive s'est manifestée par l'abandon graduel de l'étude des choses publiques en termes de fin et de totalité pour les circonscrire au domaine de la convention historiquement contingente, donc à jamais relative et changeante[34]. Le droit naturel et l'authentique philosophie politique ont cédé la place aux sciences sociales et au refus de l'évaluation morale. Or, la compréhension des phénomènes, *a fortiori* des actions, dépend de leur évaluation[35]. De même, la connaissance intégrale de la politique ou du droit suppose l'identification de sa fin en référence à sa nature qui en constitue alors le critère d'évaluation[36].

---

[32] Nous utilisons ce terme dans son sens chimique, c'est-à-dire, la naissance dans une phase liquide d'un corps solide insoluble.
[33] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique? traduit de l'anglais par Olivier Sedeyn, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 1992. 296 p. Léviathan. Traduction de : What is political philosophy? ISBN 213043973X. p.23.
[34] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, traduit de l'anglais par Monique Nathan et Éric de Dampierre, 1ère éd., Paris : Flammarion, 1986. 323 p. Champs. Traduction de : Natural right and history. ISBN 2080811584. p.24.
[35] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.26.
[36] STRAUSS Leo, Ibid., p.27.

Dans cette perspective, les dérives des figures de l'égale liberté dworkinienne sont compréhensibles. Hésitant entre une rationalité instrumentale, les droits fondamentaux et l'égalité des ressources, et une visée téléologique mal assumée, la communauté de principes comme but normatif, la justice-sollicitude est une procédure incomplète. D'unique étalon des appétits dont il est la source, l'individu devient à son tour le moyen, certes différé, des appétits des autres. Autrement dit, à travers le prisme néo-classique, le problème ne tient pas tant à l'atteinte portée à une identité en droits-libertés par la différenciation, mais au fait que celle-ci doive se conformer à une norme délibérément conventionnelle qui n'a plus rien de moral parce que dépourvue de toute référence à une essence[37]. Il s'agirait ainsi de rendre à chacun la place qui lui revient selon ce qu'il y a de plus proprement humain, et non, par exemple, en fonction de la fréquence des comportements.

Ainsi, la justice comme sollicitude partagerait plus de caractéristiques avec une conception jusnaturaliste classique de la justice que Dworkin ne serait prêt à le reconnaître. En effet, dans quelle mesure le fondement éthique du libéralisme politique par le modèle du défi et les intérêts critiques suggère-t-il une éthique téléologique? Si la vie bonne consiste à relever le défi posé par un certains paramètres de vie, n'est-ce pas reconnaître implicitement l'existence d'un critère évaluant les performances? Le modèle de défi conserve-t-il quelque sens s'il ne suppose le caractère transcendant des convictions éthiques, faisant ainsi du bien l'objectif normatif assignable à la justice[38]?

Dans la mesure où Dworkin considère qu'une distribution idéale inclut la liberté selon les termes mêmes de sa définition, si la liberté de la communauté de principes comporte une nuance positive, ne peut-on en dire autant de l'égalité des ressources[39]? Dès lors, pourquoi ne pas organiser les mesures de redistribution selon un critère d'excellence, c'est-à-dire en

[37] EWALD François, L'État providence, pp.18-19.
[38] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », pp.64-65.
[39] En ce sens, la conception dworkinienne de la justice s'expose à une critique différente de celle adressée à Rawls. S'il est arrivé que l'on reproche à Rawls une apparente contradiction entre principe d'égalité des libertés de base et principe de différence, en ce qui concerne Dworkin, la donne est sensiblement différente : l'égalité relève d'une conception substantielle du bien en raison de la liberté dont elle est étroitement solidaire. À ce sujet, voir : SANDEL Michael, « Le moi désincarné et la république procédurale », in Libéraux et Communautariens, BERTEN André et al., 2e éd., Paris : Presses Universitaires de France, 2002, c1997. 412 p. ISBN 2130482635 et DWORKIN Ronald, SV, p.135. Élément intéressant, c'est en partie en

fonction de la contribution à l'avènement d'une communauté de principes? N'y aurait-il pas quelque légitimité à espérer une aristocratie, qui attribuerait les charges publiques et les ressources aux personnes soucieuses de la perfection de l'ensemble de la Cité[40]? Est-ce à dire que la justice comme sollicitude n'échapperait aux apories de la rationalité du risque qu'en lui assignant la nature pour objectif normatif? Ou la pertinence de la pensée de Strauss résiderait-elle dans un autre aspect de son diagnostic à l'endroit de la Modernité[41]?

La seconde alternative au modèle dworkinien que nous étudierons, le républicanisme, éclaire le problème d'une lumière plus familière pour le lecteur contemporain. Se réclamant d'une tradition qui regroupe, parmi ses représentants les plus illustres, Machiavel et Rousseau, le républicanisme se distingue du libéralisme classique par une conception de la liberté comme indépendance vis-à-vis de toute forme de pouvoir arbitraire, fût-il le fait de l'État ou d'autres individus[42]. Cette dernière prend deux formes, le *dominium*, la domination d'individu à individu, et l'*imperium*, la domination de l'État sur l'individu[43].

À travers le prisme du républicanisme, l'apparition de sous-communautés se révèle plus complexe qu'il ne le semble. Ainsi, doit être souligné l'*imperium* présent dans le schème institutionnel de la justice comme sollicitude qui se présente non seulement sous la forme de la puissance administrative nécessaire à l'égalisation des circonstances, mais aussi par l'intermédiaire du juge, gardien de la constitution dont la contribution au roman à la chaîne, si elle fait appel à une justification, n'en est pas moins rigoureusement indépendante de la volonté générale.

Les droits tout comme la couverture sociale sont représentatifs des travers des sociétés contemporaines : fondés et articulés uniquement autour d'aspirations privées, ils laissent le pouvoir échapper des mains de ses seuls dépositaires légitimes, les citoyens, au détriment de

raison de la manière dont Dworkin échappe aux critiques communautariennes modérées que l'on peut déceler une composante téléologique au sein de ses thèses.

[40] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.131.

[41] Hypothèse de lecture inspirée de l'avant-propos d'Olivier Sedeyn in, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.13.

[42] SPITZ Jean-Fabien, La liberté politique. Essai de Généalogie conceptuelle, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 1995. 509 p. Léviathan. ISBN 2130471897. p.183.

[43] PETTIT Philip, Ibid., p.130.

la sphère publique. Obnubilé par les bénéfices attendus d'une réduction superficielle du *dominium*, l'individu néglige ses devoirs civiques et entretient le déploiement de l'*imperium* en déléguant ses prérogatives au magistrat et au calcul actuariel[44]. Or, l'un et l'autre se renforcent mutuellement et président ainsi à l'instauration de rapports de domination qui entretiennent la précipitation[45]. La solution consisterait à équilibrer droit et politiques de redistribution par une plus grande égalité politique : la participation aux affaires publiques préviendrait la sujétion aux instances judiciaires et administratives.

Perçue selon la perspective des objets de l'égalité, l'intuition républicaine ne manque pas de force : égalité de droits et égalité des ressources se combineraient à l'égalité politique esquissée dans la théorie de la démocratie partenariat. L'absence de domination, le droit et les ressources refléteraient les diverses facettes de la liberté et dégageraient l'espace nécessaire au respect égal à la fois des particularités et de l'identité commune des citoyens. De plus, l'absence de liberté dans l'injustice et l'inégalité fait écho à l'association constitutive des valeurs démocratiques telle que défendue par Dworkin. La participation politique s'insèrerait dans la vision dworkinienne de la démocratie partenariat[46].

En revanche, si la critique républicaine révèle la composante politique des inégalités matérielles et explore un aspect de la question quelque peu laissé de côté par la justice comme sollicitude, elle procède d'une vision de la vie démocratique qui dépasse de loin le cadre institutionnel d'une démocratie constitutionnelle type. De fait, si l'étendue des inégalités matérielles est telle que les mesures correctrices se retournent contre le bénéficiaire, que penser de la détérioration de la sphère publique qui la sous-tend? Vu sous cet angle, nos sociétés auraient-elles déjà dépassé le point de non-retour? Dès lors, l'évocation de la reconstitution d'un tissu public risque de tenir plus de la nostalgie que du projet politique.

[44] SPITZ Jean-Fabien, Ibid., p.222.
[45] Comme l'indique, par exemple, le problème du financement des campagnes électorales.
[46] Conception développée dans DWORKIN Ronald, « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court », Alberta Law Review.

L'éducation, condition d'actualisation de la justice comme sollicitude.

Les difficultés rencontrées à la fois par le néoclassicisme et le républicanisme semblent mener à une impasse, ou à tout le moins, au retrait du libéralisme compréhensif de Dworkin vers une conception de la justice moins sensible à la différence quitte à ce qu'elle soit plus discontinue. En effet, si le réinvestissement de la justice par la morale ou par la participation politique se révèlent impuissants à garantir le traitement de chacun en égal, que reste-t-il à envisager si ce n'est une justice dont l'égalité s'exprime en termes d'identité universelle ? Toutefois, une telle conclusion signifierait un retour sur ce qui apparaît, en dépit des problèmes soulevés, un enrichissement de la réflexion sur la justice, lequel retour manifesterait une incompréhension du pluralisme des sociétés contemporaines. Dans la mesure où cette alternative n'est pas satisfaisante, il y aurait lieu d'adopter une perspective différente qui prenne acte des paradoxes de la pensée de l'*alter ego* à travers ce qui nous apparaît être leur archétype, nommément, la relation éducative à l'enfant.

Reprenant la pensée d'Alain Renaut qui souligne en quoi l'avancée de la dynamique de l'égalité impose l'enfant comme un *autre moi* dont les différences excluent néanmoins un traitement identique, nous estimons plausible de considérer que l'éducation représente le nœud de la problématique du traitement de l'autre en égal selon une logique d'équivalence, à la fois distincte de l'uniformisation au même et de la distanciation du « tout autre »[47]. De ce point de vue, il est permis de s'interroger sur la relation de condition à conditionné entre l'éducation comme traitement de l'enfant en égal et les autres figures de l'égale liberté. Dans la mesure où la précipitation représente une dérive du traitement de chacun en égal, peut-être la solution se retrouve-t-elle là où la question se pose avec le plus d'acuité.

De surcroît, dans la mesure où la précipitation remet en question le sens de la justice, en tant qu'entreprise de reproduction sociale, il nous semble pertinent de défendre l'idée selon

[47] RENAUT Alain, La libération des enfants : contribution philosophique à une histoire de l'enfance, 1ère éd., Paris : Hachette littératures, 2003. 456 p. Pluriel. ISBN 2012791190. p.16. Voir aussi, du même auteur, RENAUT Alain, Égalité et discriminations, un essai de philosophie politique appliquée, 1ère éd., Paris : Éditions du Seuil, 2007. 210 p. La couleur des idées. ISBN 9782020815611. pp.36-38.

laquelle la réponse à cette question doit, en dernière analyse, provenir des membres de la communauté politique à qui il revient de lui insuffler sa raison d'être. Or, ce jugement critique qui dépend de la prise de conscience de la question de la justice, quitte à n'y voir qu'une chimère, repose en premier lieu sur l'éducation. On comprendra alors que le rôle que nous attribuons à l'éducation est sensiblement différent de son appréhension par le thème de l'égalité des chances ou de la transmission intergénérationnelle des inégalités, bien qu'il y mène.

Cela dit, puisqu'il s'agit de compléter la conception de la justice de Dworkin, qu'entend-on par éducation libérale? En raison du contexte dans lequel nous insérons l'éducation, celui de la justice, du rapport de l'État aux individus et des individus entre eux, la question première est celle du contenu. Plus directement, le traitement des enfants en égaux admet-il l'instauration d'un cours d'éducation morale et civique? La communauté de principes est-elle matière à enseignement? Ce second enjeu abordant la question des fins de l'éducation, son interaction avec la question de la justice est immédiate. Doit-on considérer l'éducation comme une formation vocationnelle préparant au métier de citoyen? S'agit-il au contraire d'éducation libérale — avec toutes les ambiguïtés que recouvre l'expression — pour qui une tête bien formée ne l'est en vue d'aucune utilité, fût-elle civique? Faut-il la percevoir sous l'angle de la stricte instruction, c'est-à-dire de la transmission de connaissances, ou selon une appréhension plus large qui inclut les aptitudes intellectuelles et sociales? Si l'on ne peut bien vivre qu'au sein d'une société juste, est-il légitime d'asseoir la justice sur les bancs d'école? Reflet de cette interrogation initiale, la question de son autonomie institutionnelle se pose. En d'autres termes, qui doit déterminer le contenu du *cursus*?

Sachant que ces deux dimensions, contenu de l'éducation et autorité éducative, ne peuvent être séparées, donc que les positions adoptées au sujet des deux registres s'influencent mutuellement, nous adopterons pour fil conducteur la manière dont Dworkin pose la relation entre action individuelle et action collective au sein de la démocratie

partenariat[48]. Celle-ci exprime l'idée selon laquelle les individus partagent une responsabilité collective à l'endroit des gestes posés par leur gouvernement et par leurs institutions, tandis que le jugement sur leur mérite reste foncièrement personnel[49]. Interprétant cette distinction comme une manifestation de la tension entre identité, en l'occurrence collective, et différenciation, par le biais du jugement, nous nous interrogerons sur la manière dont l'éducation peut en susciter l'avènement. Le problème de l'éducation et de la justice peut-il recevoir une réponse définitive? Nous ne prétendrons pas atteindre cet objectif dans le seul cadre de cette thèse; toutefois, pour paraphraser Dworkin, nous soutiendrons que si aucun gouvernement qui ne démontre la même sollicitude envers tous est légitime, tout État qui ne se soucie pas de l'éducation ne démontre ni sollicitude, ni respect envers sa population.

* * *

Cette thèse se divisera en deux parties. La première, composée de quatre chapitres, aura pour objectif la présentation unifiée de la théorie de Dworkin, de l'interprétation créative à l'égalité des ressources, en passant par sa conception de la vie bonne, soit le modèle de défi, la démocratie partenariat et le droit-intégrité. La seconde partie critique se composera de trois chapitres qui porteront successivement sur les dérives possibles du modèle dworkinien, sur les perspectives néo-classiques et républicaine concernant ce sujet et sur la relation entre éducation et justice.

[48] DWORKIN Ronald, « Equality, Democracy, and Constitution : We the People in Court », p.335.
[49] DWORKIN Ronald, Ibid., p.336.

PREMIÈRE PARTIE : LE LIBÉRALISME D'INTÉGRATION

CHAPITRE 1. DES PRATIQUES SOCIALES À L'ÉTHIQUE

1. L'ANTI-ARCHIMÉDISME DWORKINIEN

L'œuvre de Dworkin ressemble à une mosaïque, dont le thème et les principes dominants sont déployés par touches successives. Précisant ici des positions générales, éclairant là quelque aspect resté dans l'ombre, ses articles rendent l'image d'une arborescence dont les ramifications se recoupent et se superposent. Un survol succinct de sa bibliographie en rend compte : sur sept monographies, seuls *L'Empire du droit* et *Is Democracy Possible Here?* ont été rédigés d'un seul tenant[50]. Tant *Prendre les droits au sérieux*, *Une question de principe* que *Life's Dominion*, *Freedom's Law*, *Sovereign Virtue* que *Justice in Robes* sont des recueils d'articles[51]. Chaque article se dédouble alors entre l'unité manifeste de son propos et son autonomie, laquelle varie selon le référentiel adopté.

À titre d'exemple, si la question du fondement du droit imprègne les textes de Dworkin dès son premier article, *Judicial Discretion*, ce sont deux articles sur les valeurs fondatrices du libéralisme – réédités dans *Une question de principe*[52] – qui en esquissent l'amorce, laquelle est par la suite explicitée dans l'introduction de *Sovereign Virtue*. Bref, elles s'inscrivent dans le cadre de réflexions qui, bien que connexes, relèvent d'abord de la théorie politique et de la justice distributive – et non du droit. Aussi, avant toute évaluation critique, les travaux de Dworkin posent un problème de lecture : existe-t-il une théorie unifiée

[50] DWORKIN Ronald, Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate, 1ère éd., Princeton, New Jersey : Princeton University Press, 2006. 177 p. ISBN-13 9780691126531.
[51] DWORKIN Ronald, Life's dominion : an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom, 1ère éd., New York : Knopf, 1993. 273 p. ISBN 0394589416.
[52] En l'occurrence, QP, chap.8 « Le libéralisme » et chap.9 « Pourquoi les libéraux doivent se soucier de l'égalité » p. 257.

de la justice comme sollicitude ou ne s'agit-il que d'un ensemble d'intuitions, certes pénétrantes, mais néanmoins ponctuelles[53]?

Le fil conducteur de la pensée dworkinienne pourrait résider non dans les questions explicitement posées dans les articles, telles le droit est-il uniquement composé de règles? Qu'est-ce que l'égalité matérielle? Le contrôle de constitutionnalité est-il démocratique?, mais dans l'approche qui leur est commune : l'anti-archimédisme. Selon cette position épistémologique de la philosophie pratique, les conditions de vérité des énoncés normatifs ne peuvent être définies dans une perspective externe, à la manière du point d'appui extérieur grâce auquel Archimède aurait soulevé la Terre – d'où l'expression « théorie archimédienne ». Dworkin défend plutôt la continuité entre, d'une part, les différents niveaux d'abstraction du discours normatif et, d'autre part, les divisions traditionnelles de la philosophie pratique – éthique, morale, philosophie du droit et philosophie politique – unies au sein d'une théorie générale de la valeur[54].

Implicite dans la plupart de ses écrits, la perspective anti-archimédienne de Dworkin explique son recours à l'interprétation, qualifiée de créative, comme méthode de résolution des controverses normatives[55]. Ces dernières étant exclusivement composées de convictions substantielles, la justification de la solution proposée ne peut qu'être à son tour une croyance substantielle qui interprète les différents éléments du débat en vue de les présenter sous leur meilleur jour. L'accent placé sur l'interprétation et sur le caractère substantiel des arguments développés, explique, ne serait-ce qu'à titre d'hypothèse de lecture, l'impression de dispersion laissée par la diversité des questions abordées.

En premier lieu, en raison de ses axiomes, l'anti-archimédisme dworkinien se doit de prêcher par l'exemple en s'impliquant dans le plus grand nombre de débats substantiels possibles. Cette hypothèse est d'ailleurs confirmée par le principal intéressé qui qualifie les

[53] GUEST Steven, Ronald Dworkin, p.1.
[54] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice » in Dworkin : un débat, p. Voir aussi, JR, p.34.
[55] RIPSTEIN Arthur, éd., Ronald Dworkin, 1ère éd., Cambridge : Cambridge University Press, 2007. x, 186 p. Contemporary Philosophy in Focus. ISBN 9780521664127. p.5.

polémiques méta-éthiques « *d'interruptions inutiles, peu fructueuses et fatigantes »*[56]. S'ajoute en second lieu l'argument selon lequel un système articulé autour de concepts interprétatifs appelle une discussion perpétuelle, et par contraste, génère un sentiment d'incomplétude et cela, non parce que la remise en question représente une fin en soi, mais parce que l'on ne peut présumer de l'entière détermination d'un concept normatif, dont le compte rendu est fonction des croyances substantielles auxquelles il est lié et qu'il explique en retour[57]. L'interprétation créative qui anime l'ensemble de la justice comme sollicitude répond donc aux deux dérives de l'archimédisme : le dogmatisme qui affirme l'existence d'un point de référence validant absolument les croyances substantielles, et lorsque cette existence se révèle illusoire, le scepticisme[58].

Cette hypothèse de lecture comporte certaines particularités. D'abord, l'interprétation créative ne fera pas l'objet d'une compréhension restreinte, qui la limiterait à la délibération judiciaire, mais sera saisie dans un sens large qui englobe l'ensemble des pratiques sociales susceptibles d'évaluation. Nous ne procéderons donc pas à une présentation strictement chronologique des textes de Dworkin qui supposerait que le pan juridique de sa pensée soit présenté en premier. Au contraire, notre exposé portera d'abord sur les conditions de validité des convictions axiologiques puis des fondements éthiques du libéralisme dworkinien. Ce n'est qu'ensuite que nous nous pencherons sur sa conception de la démocratie, du droit et de la justice distributive.

Deux raisons justifient cette démarche. La première est stratégique. Quoi que l'on pense de l'interpénétration de l'éthique et du droit présente dans la justice comme sollicitude, étant donné le caractère central des concepts qui en résultent – telle la distinction entre règles

[56] Traduction libre de « pointless, unprofitable, wearying interruptions ». DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe It », Philosophy & Public Affairs, Princeton, New Jersey : Princeton University Press. 1996, vol. 25, n° 2, p.139.
[57] Élément reconnu par Dworkin et souligné par Ricoeur. Voir DWORKIN Ronald, ED, p. et RICOEUR Paul, Le juste, vol. I et II, 1ère éd., Paris : Éditions Esprit, 1995-2001. Philosophie. ISBN 2909210162 et 290921026X (vol. II).
[58] Nous reprenons ici le raisonnement de J.Allard, voir ALLARD Julie, Dworkin et Kant : réflexions sur le jugement, 1ère éd., Bruxelles : Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001. 181 p. Collection de philosophie politique et juridique, ISBN 2800412593. p.18.

et principes[59] –, force est de reconnaître que l'on ne peut pleinement la critiquer ou en apprécier la teneur sans au préalable s'être livré à une analyse des positions éthiques de Dworkin[60].

Ensuite, plus substantiellement, Dworkin défend l'idée selon laquelle la justice est condition de la vie bonne[61]. Ce qui implique non seulement l'interdépendance des questions « qu'est-ce qui est juste? » et « comment dois-je vivre? », mais encore le caractère fondateur de la démarche éthique qui démontre alors la pertinence de la justice[62]. Ainsi, pour reprendre ses termes : « *Cela m'apparaît être le meilleur point de départ. La vie bonne est une vie qui répond de son mieux aux circonstances adéquates, ce qui explique pourquoi il est plus facile de bien vivre dans une société juste* »[63]. Là encore, l'étude de la structure des positions en théorie éthique se révèle nécessaire à l'appréhension de l'ensemble du système.

De ce point de vue, notre présentation poursuivra les objectifs suivants : présenter une interprétation unifiée de la théorie de Dworkin et, dans la mesure du possible, mettre en relief les débats qui ont accompagné la réception de ses écrits.

À cette fin, nous diviserons cette première partie en quatre chapitres. Le premier présente l'interprétation créative comme structure du discours normatif. Le second porte sur les fondements éthiques du libéralisme dworkinien et sa conception de la démocratie. Les chapitres trois et quatre concernent respectivement la théorie du droit-intégrité et sa conception de la justice distributive, l'égalité de ressources.

[59] On se rappellera que la pertinence du principe juridique, par opposition à la règle de droit, est mesurée à son poids éthique; DWORKIN Ronald, PDS, p.80.
[60] Et ce, même si les principaux textes en théorie éthique de Dworkin, nommément, « Foundations of Liberal Equality » (1990) et « Objectivity and Truth : You'd Better Believe It » (1996), sont postérieurs à l'affirmation de la continuité entre droit et principes moraux, dans Taking Rights Seriously (1977).
[61] DWORKIN Ronald, « Reply to Paul Ricoeur », p.288.
[62] Sans que cela ne fasse pour autant de Dworkin un jusnaturaliste, voir infra, chap.3-2-c, pp.182-194.
[63] Traduction libre de : « That seems to me the best place to start. The good life is the life that is the best response to the right circumstances, and that explains why it is easier to live well in a just society ». DWORKIN Ronald, « Reply to Paul Ricoeur », p.289.

2. L'INTERPRÉTATION CRÉATIVE

> *L'élucidation conceptuelle de l'idée d'une justice politique et, si possible sa traduction en normes applicables et en principes de justice, compte parmi les premières tâches de la philosophie depuis son commencement* [64].

Est-il possible d'articuler une théorie philosophique qui obéisse à la vocation qu'O. Höffe lui attribue? Plus précisément, dans la mesure où les normes susmentionnées sont inévitablement confrontées aux institutions politiques ou elles-mêmes susceptibles d'être instituées, comment éviter le double piège du réalisme – tant sa version descriptive que pratique – ou d'un faux idéalisme dont l'abstraction voile plus qu'elle n'éclaire? Questions qui se déclinent selon trois axes. Celui des faits et des valeurs, d'une part, celui de l'objectivité et de la subjectivité, de l'autre. Ensemble, ils délimitent les conditions d'intelligibilité des théories. Le troisième, celui de la justification et de l'application procure à la philosophie pratique sa profondeur. L'interprétation créative se situe à leur intersection[65].

Quelle entrée en matière pour situer une démarche dont nous posons, par hypothèse, qu'elle anime une œuvre riche et complexe? Peut-être l'image du pont, avec tout ce qu'elle a d'éculé, convient-elle. Un pont, d'abord, entre littérature et droit par le biais de la narration pour s'élargir à l'ensemble du discours normatif[66]. Ensuite entre la facticité des pratiques sociales et ce qu'elles portent de sens capable d'en moduler le contenu.

> *En gros, dans l'interprétation constructive, il s'agit de superposer un but à un objet ou à une pratique pour en faire le meilleur exemple possible de la forme ou du genre dont on le donne pour représentant*[67].

Pont enfin, dans ce qu'il a de plus ambitieux, entre l'action et la pensée par l'entremise du jugement. Et peut-être, aussi, entre une philosophie anglo-saxonne, marquée par la

---

[64] HÖFFE Otfried, La justice politique : Fondement d'une philosophie critique du droit et de l'État, traduit et adapté de l'allemand par Jean-Christophe Merle, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 1991. 397 p. Léviathan. Traduction de : Politische Gerechtigkeit : Grundlegung einer Kritischen Philosophie von Richt und Staat. ISBN 2130434894. p.6.

[65] Nous reprenons ici la traduction de « creative interpretation » adoptée par E.Soubrenie dans L'Empire du droit. Bien que d'autres auteurs, J.W.Harris par exemple, utilisent l'expression « constructive interpretation » qui se traduirait alors par « interprétation constructive », et que l'on entende parler du constructivisme dworkinien, la première traduction nous semble plus exacte. En effet, si l'interprétation créative est une forme de constructivisme, l'inverse n'est pas vrai.

[66] DWORKIN Ronald, QP, chap.6. Incarnant par la même une contribution du droit, comme domaine de pensée, à la réflexion politique; voir, CAMPBELL Tom D., « The contribution of legal studies » in A Companion to Contemporary Political Philosophy, pp.191-192.

philosophie analytique, qui résonne néanmoins des échos de la philosophie continentale – notamment par la référence à l'herméneutique gadamérienne et au criticisme kantien. Eu égard à ses origines analytiques, nous initierons cette première partie par une topographie conceptuelle de l'interprétation constructive.

a. Des concepts et de leur construction

Toute pratique sociale est susceptible de plusieurs appréhensions, chacune en proposant un concept. Ainsi, le concept de « droit », comme synthèse d'une pratique sociale, revêt deux sens distincts : un sens sociologique et un sens doctrinal[68]. Le concept sociologique du droit en explique la structure et les propriétés selon ses conditions d'existence, son fonctionnement structurel ou les comportements qui s'y rapportent. Corrélativement, les données récupérées sont de l'ordre du fait et des rapports mesurables[69]. Bref, un concept sociologique correspond à la description d'un phénomène social.

Le concept doctrinal d'une pratique sociale l'aborde à travers ses effets, c'est-à-dire, les gestes qu'elle encadre et qui la composent[70]. Alors que le concept sociologique traite de l'aspect factuel d'une pratique sociale, le concept doctrinal en retrace les éléments selon une logique de justification[71]. Les pratiques sociales envisagées par Dworkin sont le droit et la distribution des ressources matérielles, qu'il appréhende à travers le sens qu'il est possible de leur attribuer. Par exemple, quelle est la valeur légale d'un testament? La désobéissance civile constitue-t-elle toujours un délit? Quels sont les éléments sur lesquels appuyer une réponse pertinente? Pourquoi? Énonçant des propositions dont la véracité porte à conséquence au nom d'un référent normatif, le concept doctrinal est plus controversé que ne le sont les concepts sociologiques[72].

---

[67] DWORKIN Ronald, L'empire du droit, p.57.
[68] Traduction libre de « sociological sense » et « doctrinal sense ». DWORKIN Ronald, JR, pp.2-5.
[69] DWORKIN Ronald, JR, p.3.
[70] DWORKIN Ronald, JR, p.2.
[71] DWORKIN Ronakd, JR, note n° 1, p.263.
[72] Dworkin distingue un troisième sens qualifié « de référence » – aspirational sense – qui retrace l'idéal de la pratique sociale concernée sans pour autant tenter d'en justifier les traits concrets. Voir, DWORKIN Ronald, JR, p.5.

Bien que formelle, cette première distinction marque l'ensemble de la démarche dworkinienne d'un rapport de l'être au devoir-être à contre-courant de la saisie spontanée du réel[73]. Intuitivement, de la description de l'être sont déduits les possibles dont l'évaluation définit le devoir-être. Or, le concept doctrinal, portant sur les us et objectifs d'une pratique sociale, inverse le rapport et définit une pratique *selon les buts* qu'elle se reconnaît[74]. Il s'ensuit que le volet normatif de la conceptualisation doctrinale d'une pratique sociale en sous-détermine le compte rendu descriptif.

L'antériorité du normatif sur le descriptif à l'intérieur du concept doctrinal se répercute sur le concept sociologique dont il détermine les conditions de vérité. Les limites de la description adéquate d'une pratique sont fixées par l'identification de son but, donc par l'expérience normative qui s'y meut. Il en résulte que les polémiques entretenues au sujet des pratiques sociales ne sont pas susceptibles d'être tranchées par la découverte d'une structure naturelle indépendante[75].

Les concepts doctrinaux fournissent le canevas de la conception de la justice de Dworkin. Ainsi, l'interprétation créative propose une conception de la justice, soit la justice comme sollicitude, appréhendée à la lumière des fondements éthiques du libéralisme, dans le cas précis, l'égale liberté. À partir de ce tronc commun, Dworkin propose trois concepts doctrinaux plus particuliers : la démocratie partenariat, le droit-intégrité et l'égalité des ressources qui, simultanément, représentent chacun une facette du concept doctrinal de la justice comme sollicitude. Autrement dit, les concepts doctrinaux de démocratie, d'égalité des ressources et de droit s'enchâssent dans une conception plus générale de la justice.

Ce renversement de perspective soulève un certain nombre de questions. Si le concept doctrinal fait partie des critères de vérité du concept sociologique, la distinction entre les deux reste-t-elle pertinente? Plus substantiellement, le statut du concept doctrinal, à mi-chemin

[73] Que l'on pourrait qualifier de compréhension naïve du discours scientifique.
[74] DWORKIN Ronald, JR, p.4.
[75] DWORKIN Ronald, JR, p.152.

entre la description d'une pratique et sa justification, demeure ambigu : s'agit-il d'une perspective critique, qui en vise l'amélioration, ou d'une description effectuée selon une modalité différente de celle des sciences humaines[76]? La souplesse du concept doctrinal démontre-t-elle un authentique apport à la réflexion ou ne tient-elle qu'au flou d'une notion trop hybride pour être d'un quelconque poids méthodique? Les dernières questions donnent le ton et appellent une explicitation de l'herméneutique dworkinienne pour conjurer, ne serait-ce que provisoirement, le soupçon de perte de rigueur méthodologique entretenu à l'égard des concepts doctrinaux. Bref, quel est le fonctionnement de l'interprétation créative?

b. La valeur du fait et le fait de la valeur

Au vu de ce qui précède, l'interprétation créative est la position selon laquelle les concepts doctrinaux des pratiques sociales ne sont adéquatement construits qu'à partir d'énoncés interprétatifs. Néanmoins, cette description classificatoire ne rend pas justice à sa caractéristique la plus distinctive : *« L'empire du droit se définit par une* attitude*, et non par un territoire, un pouvoir ou des principes de procès »*[77]. C'est à cette attitude, avec tout ce qu'elle comporte, qu'il convient à présent de s'attarder.

Avant de continuer, il importe de souligner que, des concepts doctrinaux mis de l'avant par Dworkin, celui de droit est le plus accompli[78]. Pour autant, cela ne signifie pas que sa structure ne soit pas transposable à l'ensemble des pratiques sociales : le concept de droit représente un archétype dont la portée systématique dépasse la connotation plus proprement juridique de sa terminologie. À cet effet, nous estimons possible de considérer la structure du concept doctrinal du droit comme le microcosme de la justice comme sollicitude.

L'attitude d'interprétation se pose en relation à un instant particulier de l'évolution d'une pratique sociale. Elle apparaît lorsqu'une pratique sociale, cessant d'être observée de

[76] Ainsi que J.W.HARRIS le souligne, in HARRIS James William, Legal Philosophies, 2e éd., London, Toronto : Butterworths, 1997. xiv, 318 p. ISBN 0406507163. pp.202-203.
[77] DWORKIN Ronald, ED, p.449. Nous mettons le mot en italique.

façon automatique et incontestée, sort du domaine du rituel pour entrer dans celui de la réflexion. L'émergence de cette situation ne suppose nécessairement pas une révolution ou un bouleversement des traditions, mais uniquement l'apparition de cas inédits ou de cas limites.

Imaginons la situation suivante : un club privé pour misanthropes dont la principale règle est d'observer le silence le plus complet à partir du moment où l'on rentre dans ses salons, sous peine d'expulsion[79]. Au cours des années suivant sa fondation, la règle est respectée à la lettre, et les quelques malheureux qui se sont hasardés sur le terrain de la sociabilité ont promptement perdu leur carte de membre. Toutefois, cette période heureuse est brusquement interrompue lorsque survient un évènement : un candidat, en visite dans les salons pour remplir les formulaires d'adhésion, remarque un membre régulier qui, s'étant malencontreusement assoupi à côté de l'âtre, y a laissé tomber son journal. Il commet l'irréparable et crie « au feu! », enfreignant la règle avant même d'être membre. En regard de son statut, doit-on considérer qu'il était assujetti à la règle du silence ou non? Étant donné l'enjeu, soit la destruction d'une partie ou de la totalité des salons du club, faut-il, dans ce cas précis, déroger à la règle? L'incident pousse les membres du club, non forcément à remettre en question le bien-fondé de leur règle, mais à en évaluer la raison d'être, les objectifs et la portée. Bref, le club des misanthropes entre de plein pied dans une ère d'interprétation[80].

À ce stade de l'attitude interprétative, les participants aux débats peuvent répondre aux questions selon une démarche sémantique ou naturelle. Par exemple, ils chercheraient à préciser et à circonscrire le plus précisément possible le sens des termes « silence » et « membres » ou encore ils essaieraient, par l'analyse comparative des différents types de

[78] D'une part, en raison de l'intérêt que Dworkin porte au droit, d'autre part, des débats, plus nombreux, qui ont entouré la dimension méthodologique de sa théorie du droit. On peut ainsi supposer que si les débats au sujet de l'égalité de ressource avaient autant porté sur son caractère interprétatif que sur son objet – les ressources transférables – Dworkin en aurait offert une structure formelle plus aboutie.

[79] Exemple inspiré du club auquel appartient le frère de Sherlock Holmes, Mycroft dans la nouvelle « L'interprète Grec ». On remarquera que certains ordres monastiques se prêtent bien à l'exercice. Dworkin quant à lui propose l'exemple des règles de politesse dans une communauté dite « de courtoisie », voir ED, chap.II, p.51 et suivantes.

[80] On pourra saisir dans ce passage de la répétition d'une pratique sociale à son interprétation à cause de cas inédits l'esquisse de la rupture identifiée par J-M.Ferry entre discours narratif et discours argumentatif, voir « Narration, interprétation, argumentation, reconstruction. Les registres du discours et la normativité du monde social », in RENAUT Alain, dir., Histoire de la philosophie politique, tome 5, Les philosophies politiques contemporaines, p.244.

clubs privés et des clubs de misanthropes en particulier, d'identifier une structure sur laquelle appuyer une réponse.

L'interprétation créative combine deux postulats. Le premier pose qu'à la règle de silence correspond une raison d'être, un principe qui en signale la valeur et ne se réduit pas à sa seule énonciation ou à sa description. Le second stipule que les comportements requis par la règle de silence et les jugements qui y sont associés varient selon le cas : son application n'est pas mécanique, imperméable à toute nuance[81]. Dit autrement, la règle de silence est auto-excédante, c'est-à-dire ouverte à des schèmes principiels[82] et à des situations qui en dépassent l'expression initiale et cessent de commander une *« déférence spontanée à l'égard d'un ordre unique »*[83].

L'attitude interprétative recouvre en outre plusieurs types d'interprétation. Ces derniers résultent de la combinaison de trois modalités : d'abord, le caractère créé ou donné de l'objet interprété, ensuite, sa position vis-à-vis de son auteur, enfin, la direction de l'interprétation – selon les causes ou les buts. En résultent l'interprétation du langage, l'interprétation scientifique et l'interprétation artistique[84]. La première vise l'identification des intentions du locuteur selon ses propos, donc interprète un objet créé mais indistinct de son auteur selon les buts que ce dernier lui assigne. L'interprétation scientifique interprète des objets donnés, donc distincts, selon leurs causes. Quant à l'interprétation artistique, elle analyse un objet créé mais distinct de son auteur selon un but[85].

L'interprétation artistique fait appel aux théories de l'interprétation littéraire. Celles-ci répondent, selon diverses approches, à la question de la lecture d'une œuvre, c'est-à-dire, de la compréhension de son sens. À cet effet, Dworkin présente l'hypothèse esthétique selon laquelle l'interprétation d'un texte littéraire a pour but la mise en relief de sa valeur

[81] DWORKIN Ronald, ED, p.51.
[82] ROVIELLO Anne-Marie, « Conflit de Droits ou Conflit des Interprétations? » in Dworkin : un débat, p.226.
[83] DWORKIN Ronald, ED, p.51.
[84] DWORKIN Ronald, ED, p.54.
[85] DWORKIN Ronald, ED, p.54.

artistique[86]. La comparaison avec l'étude des pratiques sociales devient alors éclairante puisqu'il s'agit là aussi d'illustrer ce qui confère une raison d'être à l'objet de l'interprétation. Ainsi, au même titre que le critique littéraire suggère une valeur ou un objectif à sa discipline pour évaluer l'œuvre dont elle relève, l'interprète d'une pratique sociale construit un pont entre celle-ci et la valeur qui l'animerait[87]. Soulignons que plus les composantes clairement identifiables de la pratique concernée sont nombreuses, plus le but assignable le sera aussi : en ce qui concerne le club de misanthropes, sa raison d'être est relativement simple, et ses activités suffisamment réduites – profiter d'un lieu silencieux – pour qu'il soit affirmé, sans examen supplémentaire, que son principe opératoire est la tranquillité.

En revanche, dès qu'une pratique sociale est complexe, en raison, par exemple, du nombre d'activités qui lui sont associées, ce qui semble assimilable à un ensemble de faits donnés perd de sa clarté : la sélection des faits considérés comme constitutifs résulte d'une interprétation, elle-même construite en regard des valeurs potentielles. Autrement dit, le jugement de valeur identifie les faits pertinents tandis que ces derniers président à l'énonciation de la première.

Stades d'interprétations

L'opération d'interprétation comporte trois stades. Le premier, le stade pré-interprétatif, consiste à identifier les règles ou les normes établies qui représentent le contenu de la pratique[88]. Leur sélection résulte déjà d'une interprétation : les éléments constitutifs d'une pratique n'apparaissent pas d'emblée pourvus d'une carte d'identité. Elles doivent faire l'objet d'un fort consensus qui manifeste l'existence d'une communauté d'interprétation[89]. En ce sens, les faits retenus sont comparables aux textes canoniques d'une œuvre donnée[90].

[86] DWORKIN Ronald, QP, p.189.
[87] DWORKIN Ronald, ED, p.54.
[88] DWORKIN Ronald, ED, p.72.
[89] DWORKIN Ronald, ED, p.72.
[90] DWORKIN Ronald, QP, p.189.

Le second stade, l'interprétation au sens strict, construit une justification globale des éléments pré-interprétatifs en respectant deux critères : celui de la coïncidence avec les faits bruts de la pratique identifiés au stade pré-interprétatif et celui de la valeur de la justification proposée[91].

La notion de coïncidence – le *fit* dworkinien – distingue l'interprétation de l'invention pure. Tenu de rendre compte d'un minimum de traits de la pratique afin d'en conserver le caractère général, l'interprète ne peut y plaquer inconsidérément n'importe quelle justification. Son rôle est en cela comparable à celui d'un chef d'orchestre : s'il lui appartient de diriger son orchestre pour faire un tout de la pièce interprétée, il ne peut en ignorer ni la partition ni les instruments.

Néanmoins, l'exigence de coïncidence laisse suffisamment de latitude pour que plusieurs justifications soient proposées. Les interprétations en présence sont sélectionnées selon leur valeur respective comprise comme la meilleure présentation possible de la pratique. Ce critère suppose une relative autonomie de l'interprète qui reste libre de spécifier en quoi sa justification, plutôt qu'une autre, montre vraiment la pratique sociale sous son meilleur jour. Les contraintes d'adéquation représentent la condition nécessaire, mais non suffisante, de la création d'une interprétation.

Enfin, le stade qualifié de post-interprétatif mènera à s'interroger sur les modifications à apporter aux règles selon la justification proposée. Ainsi, en ce qui concerne la règle du silence au sein du club de misanthropes, dans la mesure où la tranquillité en constitue le principe opératoire, la conclusion à tirer pourrait être qu'elle s'applique au candidat qui se trouvait effectivement sur les lieux du club, sans que soit exigé son renvoi puisque son geste, bien que troublant momentanément la tranquillité du club, en a préservé l'existence.

Les stades d'interprétation susmentionnés représentent la version interprétative des étapes de construction juridictionnelle et doctrinale : si les énoncés choisis lors de l'étape

[91] DWORKIN Ronald, ED, p.73.

sémantique sont interprétatifs, les étapes juridictionnelle et doctrinale prennent dès lors respectivement la forme de l'interprétation et de la post-interprétation.

Il n'est donc pas possible d'affirmer la préséance d'une référence qui s'impose à l'interprète, fût-elle factuelle ou normative[92]. Là n'est pas le but de l'exercice, puisqu'il ne s'agit pas tant de définir ce qu'*est* réellement la pratique sociale concernée, mais ce qui lui *confère* un contenu portant à conséquence[93]. À cet effet, l'interprétation créative se distinguerait des théories selon lesquelles les concepts doctrinaux sont hybrides : la construction ne constitue pas un filtre qui lie les éléments pertinents de deux réalités préexistantes, identifiées au préalable, mais bien leur moule[94]. Pour reprendre la métaphore du pont, celui-ci ne fait pas que joindre les faits et les valeurs, il en aménage les abords.

Telle est la signification de l'affirmation selon laquelle l'interprétation créative est essentiellement question de but et non de causes[95] : il ne s'agit pas seulement d'une modalité d'explication, mais bien d'attribution d'un sens. La simple description causale d'un phénomène social – envisagé par exemple sous l'angle de sa dimension sociologique – explique, mais n'est pas porteuse de sens, ne serait-ce que parce qu'elle aurait pu être autre[96]. La cause ne justifie pas. En fait, le caractère constructif de l'interprétation créative articule à la fois les composantes archéologique et téléologique de la pratique[97]. À ce titre, la dichotomie dans l'interprétationnisme dworkinien résiderait davantage dans l'apparent paradoxe d'un héritage qu'il appartient de saisir comme ouverture qu'au sein de l'opposition faits-valeurs. La référence à une valeur posée comme but oriente les faits de la pratique vers un sens qui les réunit tous deux. Néanmoins, cette approche se heurte à une puissante objection qui préfigure l'ensemble des débats entourant les thèses de Dworkin : au vu de la relation de l'interprétation créative à l'égard de toute forme de donné, pourquoi interpréter?

---

[92] COPPENS Philippe et BERTEN André, « Objectivité et Représentation », in Dworkin : un débat, p.167.
[93] STAVROPOULOS Nicos, « Interpretivist Theories of Law », The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2003 Edition), Edward N. Zalta (éd.), URL = <http://plato.stanford.edu/win2003/entries/law-interpretivist/.>
[94] DWORKIN Ronald, JR, p.149.
[95] DWORKIN Ronald, ED, p.55.
[96] DWORKIN Ronald, JR, pp.152-153.
[97] COPPENS Philippe et BERTEN André, « Objectivité et Représentation », in Dworkin : un débat, p.181.

c. Pourquoi interpréter? L'interprétation entre factualisme et pragmatisme.

Sachant que l'interprétation d'une pratique sociale relève de la critique littéraire plutôt que de la compréhension du langage, la question qui demeure concerne le motif même de l'acte d'interpréter. Dworkin reconnaît non seulement la dimension controversée de l'interprétation – elle aussi sujette à interprétation – mais aussi l'existence d'alternatives : en quoi la résolution de polémiques normatives par l'interprétation créative se distingue-t-elle de ses rivaux non-interprétatifs? Une amorce de réponse serait de considérer que l'interprétation créative propose une compréhension plus complète des circonstances du désaccord normatif, puisqu'elle rend compte des divergences sur la sélection des faits pertinents, des principes à mettre en œuvre et de leur relation[98].

Toutefois, cette justification générale de l'interprétation créative apparaît comme un argument à double tranchant. Rien, *a priori*, n'empêche que le compte rendu évoqué ne doive son exhaustivité qu'à un pouvoir discriminant réduit. Réciproquement, un champ de désaccord plus restreint faciliterait l'apposition du point final qui clorait le débat pour arrêter une décision. Dans cette optique, l'interprétation créative prend pour prétexte un principe méthodique tellement fin qu'il autorise n'importe quelle construction, tant en terme de signification que d'ampleur.

Le factualisme sémantique

Deux formes d'anti-interprétationnisme sont envisageables selon l'angle sous lequel est appréhendé le concept doctrinal. La première privilégie l'alternative à l'interprétation créative ou autre qui consiste à considérer les énoncés lexicaux comme des faits linguistiques. Une question relativement simple s'impose alors: pour telle pratique sociale donnée, quels faits se rapportent à quelle règle afin de déterminer le comportement à tenir? Ainsi, dans le cas du club des misanthropes, un certain nombre d'événements se sont enchaînés et ont

[98] DWORKIN Ronald, ED, p.50.

culminé dans le bris du silence. Y a-t-il eu ou non infraction de la règle du silence? La règle subsume-t-elle les faits? Si tel n'est pas le cas, en quoi lesdits évènements se distinguent-ils des autres situations clairement concernées par la règle du silence? Existe-t-il une règle plus pertinente?

En regard des étapes de l'interprétation créative, il ne serait donc pas nécessaire de dépasser le niveau pré-interprétatif pour accéder au niveau interprétatif marqué par la controverse, non seulement entre les buts concurrents mais quant à la signification même à accorder au type de but. Les gestes posés, comme les règles d'une pratique sociale, sont des faits dont il s'agit d'examiner les connexions à la manière d'un syllogisme, sans éprouver le besoin d'en extirper un quelconque sens caché[99].

Une pratique sociale existe en vertu de ses règles qui, comme expression de critères de signification partagée, ont pour attribut la conclusion et non la perpétuation de la discussion. On remarquera que l'absence de règles ne constitue pas une objection primordiale : si, les ressources de la casuistique épuisées, la situation se révèle inédite, le factualiste s'appuiera sur les faits exhibés pour édicter une nouvelle règle non moins explicite que les autres, donc soumise aux critères de signification partagée. Jouant sur la pluralité des fins assignables, le tenant de l'interprétation créative se rend coupable de surcharger les règles d'un contenu moral dont elles n'ont pas besoin, plutôt que d'admettre leur caractère limité pour mieux y remédier. L'interprétation créative passe du pré-interprétatif vers un niveau interprétatif embrumé pour revenir à un post-interprétatif éternellement contestable lorsqu'une appréciation nette du premier niveau suffirait. L'identification d'un but est un détour superflu.

L'adjonction d'une dimension morale ne réussit qu'à ajouter à la complexité des débats sans aider leur résolution. Les circonstances de désaccord sont certes restreintes, mais pour de bonnes raisons : lors de controverses, tout bois ne fait pas forcément de bonnes

[99] HART Herbert L.A., Le concept de droit, traduit de l'anglais par Michel Van De Kerchove, avec la collaboration de Joëlle van Drooghenbroeck et Raphaël Célis, 1ère éd., Bruxelles : Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976. 314 p. Traduction de : The Concept of Law. ISBN 2802800582. p.158.

flèches. Bref, selon le modèle proposé, qui esquisse le positivisme juridique de H.L.A.Hart, l'explicitation du comportement requis par une pratique sociale et ses règles est d'abord question d'informations, plus ou moins complètes, plus ou moins précises, et non d'une construction élaborée en fonction de contenus moraux.

Néanmoins, cette conception anti-interprétationniste surestime la valeur pratique de l'étude des faits, qu'il s'agisse de gestes posés ou de significations partagées. L'approche par les faits semble atteindre plus directement le noyau d'une pratique sociale puisqu'elle se concentre sur la signification des concepts qui la décrivent. Ainsi, le club des misanthropes est défini par ses règles. Or, ce sont précisément ces dernières qui sont sujettes à controverse puisque l'on est en présence d'un cas qu'elles ne subsument pas. Il s'ensuit qu'au moins une part des faits pris en compte par le factualiste, soit les règles, ne constituent pas une base pour évaluer, puisqu'elles sont elles-mêmes objet d'évaluation. Les faits n'indiquent pas la solution puisque leur pertinence même est sujette à interprétation[100]. Il n'existe pas de significations partagées susceptibles de résoudre le problème posé parce qu'elles font partie de l'enjeu du problème. De même, elles ne peuvent fonder l'élaboration de la nouvelle règle, celle-ci devant résulter d'un moment interprétatif. Cette réfutation du factualisme est une conséquence de l'articulation des concepts sociologiques et doctrinaux d'une pratique sociale. Selon le factualisme sémantique, le concept sociologique et ses significations partagées sont indépendants. Aux yeux de Dworkin, le concept sociologique d'une pratique sociale est dérivé du concept doctrinal, précisément parce qu'il s'agit d'une *pratique* sociale, et représente donc un enjeu des discussions.

Le défi pragmatiste de Richard A. Posner

Si le factualisme sémantique critique la structure théorique de l'interprétation créative, le pragmatisme en rejette l'idée même. Selon son principal représentant, Richard A. Posner,

[100] DWORKIN Ronald, JR, p.150.

l'attitude pragmatique se caractérise *« par l'état d'esprit dénoté par l'usage courant du mot « pragmatique », signifiant pratique et sérieux, direct, dédaigneux des théories abstraites et des prétentions intellectuelles, méprisant des moralisateurs et des rêveurs utopiques »*[101]. Dans cette optique, l'attitude pragmatique se situe à l'opposé de sa contrepartie interprétative, laquelle fait de la spéculation normative son point de départ.

Le « pragmatisme de tous les jours » place les théories sous la bannière du formalisme[102]. À ce titre, l'assignation d'un but inscrit dans une pratique représente une variante sophistiquée de l'application syllogistique d'une norme[103]. Nous estimons que cette forme de pragmatisme constitue la position rivale la plus importante de la justice comme sollicitude, tant en ce qui a trait à sa démarche qu'à ses valeurs. Si la justice comme sollicitude est considérée comme une théorie politique complète, articulant une conception de la démocratie, du droit et de la justice distributive, le pragmatisme de Posner en constitue le reflet iconoclaste[104]. Le défi lancé est à la mesure de la contestation de l'idée même de concept doctrinal et touche ainsi la plupart des thèses de Dworkin.

D'abord, le pragmatiste ne considère pas forcément une pratique sociale comme la manifestation d'un principe éthique, ni, *a fortiori*, d'un principe universel. Si l'éthique a quelque rôle à jouer dans la compréhension d'une pratique sociale, c'est en tant que trait contingent, reflet des circonstances et de la culture du moment. En second lieu, confronté à la question de ce qui est requis par une situation particulière, le pragmatiste préférera à toute construction abstraite une information empirique le renseignant sur les conséquences possibles de sa décision. À cet égard, la question qui se pose dans l'exemple du club des misanthropes n'est pas d'en déterminer la finalité, mais bien de mesurer les conséquences du renvoi ou de l'inscription du candidat. Élément caractéristique de l'épistémologie pragmatiste,

---

[101] Traduction libre de : « is the mindset denoted by the popular usage of the word « pragmatic », meaning practical and business-like, « no-nonsense », disdainful of abstract theory and intellectual pretension, contemptuous of moralizers and utopian dreamers ». POSNER Richard A, Law, Pragmatism, and Democracy, 1ère éd., Cambridge, Massachusetts : Harvard University Press, 2003. xii, 398 p. ISBN 067401081. p.50.

[102] Par opposition au pragmatisme philosophique défendu, entre autre, par J.Dewey, R.Rorty et S.Fish, duquel R.Posner se distingue. Voir, Law, Pragmatism and Democracy, chap.1. À moins d'une indication contraire, le pragmatisme auquel nous faisons référence dans ce chapitre est le pragmatisme de tout les jours.

[103] POSNER Richard A., Law, Pragmatism and Democracy, p.19.

ne seront retenues que les informations dont la prise en compte est susceptible de provoquer un changement dans les comportements des agents concernés. Il s'ensuit que toute recommandation est contextuellement située et voit sa valeur mesurée à l'aune de son contexte[105].

À titre de comparaison, les diverses variantes du formalisme, auxquelles Dworkin est assimilé, se rendent coupables de surenchère théorique : affirmer qu'une pratique sociale renvoie à un concept sociologique, lexical ou doctrinal et que ce dernier offre une compréhension supérieure en raison de quelconques structures conceptuelles coupe l'agent, en amont, de l'enseignement de l'expérience et des exemples similaires, et, en aval, de l'ouverture envers les diverses démarches qui se révéleraient appropriées[106].

Suivant la lecture pragmatique, l'ensemble du champ conceptuel interprétatif est bouleversé. Les étapes d'interprétation représentent autant d'obstacles qui retardent l'accès à la question première, la décision. Au lieu de l'adopter pour point de départ et d'accorder toute l'attention nécessaire aux choix disponibles, les critères de l'interprétation supposent la recension de tous les éléments susceptibles de justifier la pratique. Or, rien ne spécifie l'ampleur de la tâche à accomplir : il est possible qu'un objectif normatif construit à partir d'éléments contigus, lorsque porté à une plus grande échelle, soit contredit par d'autres aspects de la pratique, exigeant alors sa reformulation[107]. Réciproquement, la résolution de certains cas pourrait exiger la construction d'un objectif exhaustif, justifiant toute la pratique, avec ce que cela suppose en termes d'ajustements. Pour peu que la pratique soit complexe, en ce qu'elle véhicule plusieurs valeurs potentiellement contradictoires, et la construction repousse indéfiniment l'étape post-interprétative, cherchant une hypothétique clef de voûte sur laquelle s'appuieraient tous les arcs-boutants du système.

---

[104] POSNER Richard A., Law, Pragmatism and Democracy, p.12.
[105] POSNER Richard A., Law, Pragmatism and Democracy, p.52-53.
[106] POSNER Richard A., Law, Pragmatism and Democracy, p.60.
[107] DWORKIN Ronald, JR, p.53.

De plus, quelle que soit la forme de l'édifice créé, celui-ci ne sera jamais que le résultat d'énoncés dépourvus de valeur de vérité[108]. En effet, distincts des énoncés empiriques, ou des principes qui en guident l'élaboration, les jugements de valeurs ne peuvent être confirmés ni infirmés par l'expérience. Au travers du prisme pragmatiste, ce qui constitue un avantage de l'interprétation créative vis-à-vis du factualisme sémantique, à savoir l'antériorité des énoncés interprétatifs et le statut contesté des énoncés descriptifs, devient un défaut : si l'interprétation est possible, c'est simplement parce qu'elle ne dispose pas de critères d'évaluation partagés. Il s'ensuit que la supériorité d'une valeur sur une autre ne peut être démontrée; *« infiniment malléables[109] »*, les conviction normatives suivent plutôt qu'elles ne précèdent les contraintes de l'instant pour les recouvrir d'un pieux vernis : le *« meilleur éclairage possible »* n'est qu'un reflet. Le pluralisme moral est une donnée irréductible de nos sociétés, quelles que soient les pratiques envisagées. Celui qui, en dépit de l'évidence, persiste à départager les divers systèmes moraux, entretient une forme plus ou moins explicite de dogmatisme métaphysique.

Le portrait de l'interprétation créative brossé par le pragmatisme est-il fidèle? Faut-il n'y voir qu'un ensemble de préceptes flous, qui ne seraient aptes qu'à l'amélioration du statut académique et professionnel de leur auteur[110]? Bien que la critique pragmatiste soulève des points intéressants, ce n'est pas tout à fait le cas. Force est de reconnaître que l'interprétation créative peut provoquer une ascension justificative, mais il s'agit d'un risque propre à toute délibération – y compris la délibération pragmatiste dont l'approche empirique ne l'immunise pas contre la complexité des situations présentées[111]. De surcroît, le problème présenté par l'ascension justificative n'importe qu'en proportion de la confusion entre la délibération et son horizon méthodologique. Ainsi, le reproche d'ascension justificative n'est pertinent que si l'on estime obligatoire de justifier l'ensemble de la pratique avant même l'apparition de cas

[108] POSNER Richard A., Law, Pragmatism and Democracy, p.67.
[109] POSNER Richard A., Law, Pragmatism and Democracy, p.67.
[110] POSNER Richard A., Law, Pragmatism and Democracy, p.7.
[111] POSNER Richard A., Law, Pragmatism and Democracy, p.62.

exigeant interprétation. Or, rien dans la structure de l'interprétation créative n'indique une telle antériorité de la justification de la pratique : celle-ci relève de l'idéal épistémique, pas d'une condition nécessaire[112].

La seconde critique du pragmatisme atteint plus directement le noyau de l'interprétation créative. À toutes fins pratiques, l'absence de valeur de vérité des énoncés axiologiques ruine l'interprétationnisme dworkinien puisque chaque interprétation, donc chaque décision, n'aurait d'autre justification que les préférences de son auteur ou l'influence du contexte pré-interprétatif. Plus subtilement, mais peut-être de manière plus menaçante, la position pragmatiste défend une hypothèse sceptique, non plus sur les énoncés axiologiques proprement dits, mais sur leur relation aux pratiques sociales : une fois le processus interprétatif échu, il est possible qu'aucune justification ne soit au rendez-vous.

Néanmoins, ces deux questions présentent aussi un problème pour qui les pose : si les énoncés axiologiques sont vides de contenus, selon quelle perspective le pragmatiste sceptique évalue-t-il une décision? Comment peut-il déclarer telle décision meilleure ou pire que telle autre? L'unique réponse cohérente consiste à attribuer une valeur intrinsèque à la décision. Dans un tel contexte, la critique ne peut cependant porter sur la présence de considérations éthiques dans le processus décisionnel, les premières motivant le second. Le pragmatisme ne peut alors s'imposer comme une alternative supérieure à l'interprétation créative : l'adoption d'une attitude devient indifférente.

En outre, la position pragmatiste pourrait s'avérer plus limitée; les concepts éthiques fins seraient trop abstraits pour être pertinents, et devraient être remplacés par des critères plus fonctionnels. Ainsi, une décision serait justifiée lorsqu'elle fonctionne, étant données les contraintes et les circonstances de la situation. Mais cette conclusion repousse plus qu'elle ne résout le problème : comment évaluer ce qui fonctionne? D'où le diagnostic posé par Dworkin : *« En droit et en morale (...), l'exhortation selon laquelle les questions épineuses*

[112] DWORKIN Ronald, JR, p.55.

sont évitées par l'identification de « ce qui marche » n'est pas seulement inutile. Elle est inintelligible »[113].

Le débat entre Dworkin et Posner ne se clôt pas sur cette critique. Au contraire, la confrontation de ces deux attitudes traverse l'ensemble des niveaux de réflexions de la pensée politique, à tel point que l'on peut se demander si elles n'en représentent pas deux archétypes fondamentaux, l'un percevant le politique comme le lieu de confrontations de principes, l'autre comme la concurrence des intérêts. Dans l'immédiat, elle met en relief la valeur primordiale des conditions de validité des objectifs normatifs de l'interprétation créative. En effet, en dépit de la pertinence des réponses adressées aux différentes critiques, une question demeure : dans la mesure où l'interprétation créative se réclame d'une herméneutique des pratiques sociales, comment la laver du soupçon de relativisme – historique ou subjectif – qui lui est souvent associé[114]?

3. SCEPTICISME CONTRE CONSTRUCTION ÉTHIQUE

La menace que représente le scepticisme axiologique prend l'allure d'une épée de Damoclès protéiforme[115]. Si, spontanément, une quelconque vérité est attribuée aux convictions morales, ses critères s'insèrent dans une structure composée de plusieurs interrogations : quelle est la nature d'une croyance morale? Nos convictions sont-elles vérifiables? Le discours éthique est-il objectif? Etc. À grands traits, le scepticisme axiologique correspond à toute position qui conteste la cohésion d'une telle structure et son aptitude à justifier les énoncés axiologiques par une valeur de vérité. Le scepticisme éthique se décline alors en trois approches, selon l'ordre de réflexion concerné.

[113] Traduction libre de : « In law and morals, particularly, the admonition to avoid thorny questions by seeing « what works » is not just unhelpful. It is unintelligible ». DWORKIN Ronald, JR, pp.64-65.
[114] GRONDIN Jean, L'herméneutique, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 2006. 128 p. Que sais-je? ISBN 2130555241.
[115] Nous utilisons le qualificatif « axiologique » pour désigner tous les énoncés qui font référence au devoir-être. Dworkin distingue trois types d'énoncés axiologiques, nommément, les énoncés éthiques, qui répondent à la question « comment dois-je vivre? », les énoncés moraux « quelles sont mes obligations envers autrui? » et les énoncés de psychologie morale qui portent sur la motivation et le plaisir retiré de l'observation des croyances morales et éthiques. Si l'on accepte la continuité entre discours axiologique et philosophie politique, les principes de justice et les normes légales relèvent de la morale appliquée à l'action collective. Voir notamment, DWORKIN Ronald, SV, p.241.

La première conteste la réalité des croyances axiologiques, c'est-à-dire, l'existence de faits dont les énoncés axiologiques décriraient les propriétés – au même titre que l'énoncé « le cœur est un muscle doté d'une masse *x* » renvoie à une réalité biologique. Le non-réalisme ainsi conçu constitue une position ontologique qui nie l'existence d'un tel substrat et donc toute tentative visant à établir l'objectivité des convictions axiologiques[116]. Leur signification ne dépendrait que des sentiments ou des attitudes sous-jacents: selon cette lecture, le caractère honorable de la charité se réduirait à l'approbation du locuteur. Dans sa version la plus stricte, le non-réalisme considère les discours éthiques et méta-éthiques comme l'élaboration d'une théorie de l'erreur expliquant en quoi les croyances axiologiques sont dépourvues de contenu indépendant[117]. D'autres variantes du non-réalisme insisteront sur la dimension subjective des valeurs pour en déduire une conception relativiste : les croyances axiologiques ne sont alors plus les propriétés d'objets inexistants mais des propriétés relationnelles émanant du sujet[118]. La plupart des conceptions non-réalistes comparent implicitement le discours axiologique aux disciplines scientifiques – lesquelles dépeignent véritablement une réalité indépendante; toutefois, certaines formes de non-réalisme axiologique dérivent d'un scepticisme qui englobe toute forme de connaissance.

La seconde stratégie concerne le statut épistémologique des croyances axiologiques, soit leurs conditions de connaissance. À titre de comparaison, peut être soutenue l'existence d'une réalité axiologique, mais contesté son accès épistémique, en raison de lacunes cognitives ou méthodologiques, par exemple[119]. Réciproquement, on peut nier l'existence de faits moraux et néanmoins connaître les énoncés axiologiques, par assimilation aux états psychologiques ou aux énoncés logico-conceptuels. Cette forme de scepticisme sera qualifiée de non-cognitiviste, par opposition au cognitivisme axiologique. En termes de valeur de

[116] « Réalisme moral », BRINK David O., Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale, CANTO-SPERBER Monique dir., 3e éd., Paris : Presses Universitaires de France, 2001. xxii, 1809 p. ISBN 2130510868. p.1342.
[117] Notamment John MACKIE, MACKIE John Leslie, Ethics : Inventing Right and Wrong, 1ère éd., Harmondsworth : Penguin, 1977. 249 p. Pelican books. Philosophy. ISBN 0140219579. p.35.
[118] TAPPOLET Christine, Émotions et valeurs, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 2000. 296 p. Philosophie morale. ISBN 2130508421. p.44.
[119] TAPPOLET Christine, Émotions et valeurs, p.67.

vérité, la différence entre non-réalisme et non-cognitivisme peut être saisie comme suit : selon le non-réalisme, l'absence de valeur de vérité des énoncés moraux résulte de l'absence de référent, tandis que le non-cognitivisme l'explique par l'impossibilité de les justifier, à savoir de leur attribuer des raisons épistémiques.

La troisième approche sceptique porte sur les valeurs elles-mêmes dont elle affirme l'équivalence, l'incommensurabilité ou la rivalité. Ainsi, l'équivalence des croyances morales postule la pluralité des solutions adéquates à un dilemme ou à un problème éthique. Ensuite, l'incommensurabilité des jugements moraux repose sur la thèse selon laquelle ces derniers dépendent de leur contexte respectif et ne peuvent donc être appliqués à d'autres cas. Dans sa version forte, cette thèse mène au relativisme et s'oppose à l'universalisme. On remarquera qu'il n'est pas nécessaire de percevoir les valeurs comme des propriétés strictement relationnelles pour la défendre – une valeur pourrait être la propriété d'un fait social, rendue unique par le pluralisme culturel et historique. Enfin, il y a rivalité entre les valeurs substantielles lorsque ces dernières sont également valides mais contradictoires; le choix de l'une s'exerce alors au détriment de l'autre. Le pluralisme moral d'Isaiah Berlin en est l'exemple contemporain le plus renommé[120].

Ces trois types de scepticisme moral se résument comme suit :

Ces trois types de scepticisme moral se résument comme suit :

- S1, non-réalisme : il n'existe pas de fait possédant de propriétés axiologiques;
- S2, non-cognitivisme : les propositions axiologiques n'admettent pas de valeurs de vérité;

[120] BERLIN Isaiah, *Liberty*, 1ère éd., Henry Hardy éd., avec un essai sur Berlin et ses critiques par Ian Harris, Oxford : Oxford University Press, 2002. xxxiv, 382 p. ISBN 9780199249893.

- S3 : on ne peut départager les valeurs substantielles parce que :
    - $S3_e$: il existe plusieurs réponses équivalentes à un problème donné,
    - $S3_i$: elles sont relatives à leur contexte, donc incommensurables,
    - $S3_r$: elles entretiennent une relation de rivalité.

Dworkin les regroupe au sein de deux catégories, nommément, le scepticisme externe et le scepticisme interne en fonction de leur relation entretenue aux énoncés substantiels. Le scepticisme externe, ou archimédisme, conteste l'objectivité et la vérité des croyances axiologiques à partir d'un point de vue qui n'est pas lui-même axiologique, à l'instar d'un scientifique qui pourrait contester l'objectivité des jugements esthétiques[121]. Le scepticisme externe combine donc le non-réalisme ontologique (S1) et le non-cognitivisme épistémologique (S2) sans prendre position sur l'indétermination des énoncés substantiels (S3). Élément non fortuit, puisque si le sceptique souhaite éviter la réduction à l'absurde – il n'existe pas d'énoncé objectif ou vrai y compris le présent énoncé – il se doit d'appuyer sa théorie sur une plateforme elle-même objective. La critique d'un domaine de connaissance à partir d'un autre domaine, ou selon une perspective méthodologique, semble de prime abord appropriée.

À l'inverse, le scepticisme interne remet en question la validité des croyances axiologiques à partir d'autres croyances substantielles, elles-mêmes véridiques[122]. Il s'ensuit que l'absence de valeur de vérité attribuée à un groupe d'énoncés moraux est justifiée par un autre énoncé moral, telle une valeur contradictoire plus fondamentale, par exemple[123]. On remarquera que le scepticisme interne n'est pas forcément limité, ou ponctuel; il est possible,

[121] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe It », Philosophy & Public Affairs, p.88.
[122] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe It », Philosophy & Public Affairs, p.89.
[123] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe It », Philosophy & Public Affairs, p.90.

à partir d'hypothèses contrefactuelles de contester la validité de l'ensemble des croyances axiologiques ou de rejeter une activité à l'extérieur de l'évaluation morale.

Par exemple, « les croyances morales ont une valeur si et seulement s'il existe une entité transcendante dont elle émane, il n'existe pas d'entité de ce type, les croyances morales n'ont donc pas de valeur ». Plus concrètement, « les croyances morales ne peuvent être imposées de force, or, la politique est entièrement composée de rapports de force, donc l'activité politique se situe au-delà de l'horizon de l'éthique ». Ces deux raisonnements, tout en s'opposant à la véracité de la quasi-totalité des croyances axiologiques, supposent des valeurs substantielles, respectivement, une source morale transcendante et la condamnation de la coercition. À ce titre, le scepticisme interne se déploie dans l'intervalle allant de l'affirmation de l'indétermination de certaines valeurs substantielles (S3) jusqu'au non-cognitivisme (S2).

Au scepticisme, tant interne qu'externe, Dworkin oppose un réalisme dit « *de surface* »[124]. Celui-ci prend à contrepied les thèses sceptiques, soutenant:

- R1 : que non seulement nous disposons de convictions morales : x est bon ou mauvais,
- R2 : mais aussi l'objectivité de l'attribution de propriétés morales aux évènements : il y a lieu de qualifier tel fait d'odieux ou d'admirable,
- R3 : lesquelles disposent de valeur de vérité : si « x est bien » est vrai, alors son contraire est faux[125].

La stratégie de Dworkin consiste à transférer le fardeau de la preuve du réalisme d'apparence au tenant du scepticisme, qui doit alors démontrer en quoi ses arguments sont plausibles, et non simplement pointer les difficultés du discours éthique. La discussion dworkinienne du scepticisme externe dégagera sa conception de la justification normative et complétera la présentation du modèle interprétatif.

a. Neutre et austère : le scepticisme externe

Deux pierres de touche méthodologiques confèrent attrait et efficacité théorique au scepticisme archimédien dans son entreprise critique. La première, l'austérité, soutient que les jugements au sujet de l'éthique ne reposent pas sur des énoncés substantiels[126]. Tel un urbaniste qui étudierait la circulation des grands boulevards de Paris du haut de la Tour Eiffel sans y prendre part, le sceptique austère dénonce, selon une perspective méthodologique ou philosophique, les prétentions à l'objectivité et à la vérité des énoncés substantiels, elles-mêmes erreurs systématiques et non substantielles. Perspective intéressante car, contrairement à son homologue interne qui doit démontrer ne serait-ce que la primauté de son hypothèse contrefactuelle, le sceptique externe ne semble pas tenu de s'immerger dans la substance des croyances axiologiques pour défendre sa position[127].

La seconde, la neutralité, soutient que le doute à l'endroit de la vérité des jugements moraux sur un sujet donné ne constitue pas une prise de position[128]. Par exemple, soit deux personnes qui débattent sur le terrorisme, l'une le considérant comme une stratégie de guérilla légitime et l'autre comme un innommable chantage exercé contre des populations civiles. Le sceptique neutre contestera autant que l'une ou l'autre de ces croyances ne se prévale d'une authentique vérité. Il ne prendra donc parti ni en faveur ni à l'encontre du terrorisme. Ce faisant, il démontrera une agréable tolérance envers les différents systèmes de valeur, puisque son agnosticisme normatif suspend tout jugement à l'endroit de leur valeur relative, et ce, sans renier l'intensité de ses propres convictions[129]. Comme quoi, lorsque certaines conditions méta-éthiques sont satisfaites, l'argent et le beurre vont de pair.

Il importe de souligner que ces deux arcs-boutants du scepticisme doivent leur existence à une séparation catégorique des paliers de réflexions susmentionnés que sont la réalité, la connaissance et le contenu substantiel des croyances axiologiques. Si l'on cite en

[124] Traduction libre « face-value realism ». Littéralement, fondé sur les apparences.
[125] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe it », Philosophy & Public Affairs, p.92.
[126] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe it », Philosophy & Public Affairs, p.93.
[127] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe it », Philosophy & Public Affairs, p.94.

exemple le squelette du réalisme de surface, les sceptiques externes postulent une différence qualitative entre R1, d'une part, et R2 et R3 d'autre part. Seul le premier type de croyance est à proprement parler moral, les deux autres, concernant la réalité et la vérité, ou les conditions de justification, ne le sont pas. Le caractère strict de cette différence autorise l'attribution d'une nature non-substantielle à R2 et R3 extérieure aux croyances morales[130]. De ce fait, même la remise en question la plus radicale des énoncés externes préserve les énoncés substantiels puisqu'elle identifie des erreurs de méthode et non des contenus immoraux ou iniques. En ce sens, le scepticisme externe n'implique pas forcément le nihilisme axiologique : un individu peut orienter son action selon un ensemble de convictions morales tout en restant conscient qu'elles n'expriment rien de plus que ses affects.

Quelle neutralité? Le problème des énoncés externes

En dépit de la souplesse exhibée par le scepticisme neutre, il appert que la scission entre énoncés externes et valeurs substantielles ne soit pas si facile à maintenir, au-delà du point de repère pédagogique. Dit autrement, avant de représenter un avantage théorique, la neutralité serait une exigence plus difficile à satisfaire qu'il ne le semble *a priori*. En effet, hors de toute précision, le jugement selon lequel le terrorisme n'est ni bon ni mauvais reste un énoncé substantiel : soit une appréciation plus nuancée du problème, soit la réfutation des deux autres positions[131]. Quoiqu'il en soit, ce n'est plus une position neutre.

Difficulté renforcée par la plausibilité de l'alternative : intuitivement, rien ne s'oppose à ce que R2 et R3 précisent ou clarifient R1 et partagent donc le même contenu[132]. Si, par exemple, nous affirmons que (R1) la cruauté envers les animaux est ignoble. Puis nous ajoutons (R2) qu'elle est objectivement ignoble, au-delà des sentiments éprouvés et, enfin, insistons, (R3) que son caractère ignoble est vrai, indépendamment de ce qu'en pense autrui et

[128] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe it », Philosophy & Public Affairs, p.93.
[129] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe it », Philosophy & Public Affairs, p.93.
[130] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe it », Philosophy & Public Affairs, p.92.
[131] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe it », Philosophy & Public Affairs, p.95.

de façon universelle. En quoi l'ensemble des qualificatifs mentionnés au sujet de R1 – objective, irréductible aux affects, indépendante d'autres opinions, universelle – n'en décrirait pas les caractéristiques au lieu d'un ordre de discours différent?

Ainsi, l'objectivité signalerait la place de la croyance R1 dans la hiérarchie des croyances évaluatives, lui assignant un degré de perpétuité : que la cruauté envers les animaux soit objectivement ignoble signifierait qu'elle l'est en tout temps, par opposition à des croyances plus éphémères[133]. De même, son indépendance vis-à-vis des opinions d'autrui indiquerait l'extension de sa valeur de vérité : soit son application à tous et à toutes, ou un statut indiscutable. Ou encore, que l'application de R1 vaut en tout temps et en tout lieu. Négativement, tant R2 que R3 préciseraient les raisons admissibles pour contester la croyance R1 : raisons qui ne doivent pas exprimer un simple désir passager, ou qui ne résulte pas d'une situation contingente. Dès lors, la distinction méthode-contenu semble artificielle puisque la négation de R2 et R3 touche directement le contenu de R1, tant en termes de justification que d'application.

Il s'ensuit que le tenant du scepticisme externe doit spécifier en quoi l'objet de son constat n'est pas un énoncé substantiel, afin d'en garantir la neutralité. En effet, si ce qui est visé est une proposition au sujet des croyances qui soit indépendante de leur contenu, les critiques à son égard le seront aussi[134]. Pour ce faire, l'archimédiste doit démontrer que les énoncés externes ne peuvent être traduits en énoncés substantiels, et réciproquement. La critique des énoncés externes doit avoir une cible. Bref, la neutralité ne se résume pas à un simple retrait des polémiques éthiques, elle suppose la construction d'un point de vue, ou, à tout le moins, la mise en orbite de la perspective externe. Si les propositions R2 et R3 sont effectivement distinctes de la proposition R1, il importe de s'interroger sur leur nature. Dworkin étudie six réponses, chacune constituant une version de l'archimédisme. Nous nous

[132] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe it », Philosophy & Public Affairs, p.97.
[133] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe it », Philosophy & Public Affairs, p.98.

concentrerons plus particulièrement sur le pragmatisme philosophique de Rorty et le scepticisme anti-correspondantiste dans la mesure où il s'agit des formes de scepticisme les plus radicales[135].

La première est l'homonyme théorique du pragmatisme de Posner, nommément, l'interprétation philosophique qu'en offre Richard Rorty. En dépit de leur appellation commune, les deux systèmes présentent quelques différences. Rapidement posé, le pragmatisme posnerien se veut un état d'esprit dirigé vers l'action, tandis que le pragmatisme philosophique auquel Rorty s'identifie est une théorie de la connaissance[136], plus précisément une critique de toute entreprise épistémologique[137]. Se réclamant de la tradition de pensée associée à William James, Charles S. Pierce et John Dewey[138], Rorty défend une conception non-réaliste de la vérité et de la signification, le behaviorisme gnoséologique, selon laquelle ces dernières ne correspondent pas à une réalité externe mais visent principalement la résolution de problèmes. Il repousse l'entreprise de fondation du savoir comme exactitude des représentations qui serait l'apanage de la philosophie, ainsi dotée d'une vertu architectonique et anhistorique, pour y substituer une conscience historique et sociale du développement des idées. Dans cette optique, une proposition vraie est le résultat d'une investigation qui, par expérience, en a testé l'utilité en regard des fins posées et selon des critères admis[139].

Repoussant toute possibilité d'un donné, Rorty définit la connaissance en général, et la connaissance morale en particulier, comme un « jeu de langage », dont les règles sont de l'ordre de la pratique sociale et fixées par la conversation[140]. Non seulement les spéculations

---

[134] Quoique cela pose la question de la perspective à travers laquelle l'archimédiste formule sa critique. La plateforme sur laquelle il s'appuie court toujours le risque d'être en contradiction avec sa critique : s'il condamne les énoncés externes comme autant d'opinions métaphysiques floues, défend-il à son tour une position métaphysique?

[135] Les autres formes de scepticisme neutraliste sont : le scepticisme restreint qui conteste uniquement la validité des énoncés axiologiques, le dispositionnalisme qui considère les énoncés axiologiques comme une réaction à une propriété primaire objective, le représentationnalisme qui en conteste les conditions d'erreur et de réussite et l'émotivisme, selon lequel les propositions axiologiques expriment des émotions et sont comparables à des onomatopées.

[136] Différence soulignée par le principal intéressé, voir POSNER Richard A., Law, Pragmatism and Democracy, chap.1.

[137] RORTY Richard, L'homme spéculaire, traduit de l'anglais par Thierry Marchaisse, 1ère éd., Paris : Éditions du Seuil, 1990. 438 p. Ordre Philosophique. Traduction de : Philosophy and the mirror of nature. ISBN 2020122650. p.17. Voir aussi, HAACK Susan, Evidence and Inquiry : Towards Reconstruction in Epistemology, 2e éd., Oxford U.K., Cambridge U.S.A. : Blackwell, 1995. x, 259 p. ISBN 063119679X. p.182.

[138] Bien que cette filiation ait été contestée, voir, POSNER Richard A., Law, Pragmatism and Democracy, p.25, HAACK Susan, Evidence and Inquiry : Towards Reconstruction in Epistemology, p.202. Raison pour laquelle nous désignons ci-après le pragmatisme de Rorty par le nom qu'il s'attribue : behaviorisme gnoséologique.

[139] RORTY Richard, L'homme spéculaire, p.21.

[140] RORTY Richard, L'homme spéculaire, p.194.

sur l'authenticité de la découverte d'une Réalité Indépendante sont-elles vaines, mais elles énoncent mal le problème de la connaissance. Le même constat s'impose à l'égard du savoir normatif en général et des propositions R2 et R3 : celles-ci incarnent des spéculations ontologiques ou naturalistes qui prétendent découvrir ou correspondre à une Réalité Morale Telle Qu'Elle Est[141]. Il s'ensuit que la réfutation de R2 et de R3 dénonce avant tout les relents d'une mauvaise métaphysique ou la compensation dogmatique des craintes de certains philosophes professionnels[142].

Dès lors, ressort le problème que pose le scepticisme de Rorty à l'interprétation constructive. Si, tel que l'avance son versant critique, la vérité ne se pose qu'en termes « de ce qui est permis de dire »[143] au sein d'une pratique sociale, la superposition d'une justification aux faits établis perd son sens : les critères de la première font partie des seconds. L'objectif normatif n'apporte rien de plus qu'une description de l'histoire de la pratique sociale orientée vers une prise de décision. La présentation d'une pratique sociale sous son meilleur jour participe plus à sa perpétuation qu'à la découverte d'une quelconque vérité fondée.

Néanmoins, le behaviorisme gnoséologique se heurte à une difficulté substantielle quant à la distinction stricte entre R2 et R3, d'une part, et R1, de l'autre. Posé sans fard, le niveau de réflexion métaphysique nécessaire à cette distinction n'existe pas, tout simplement parce qu'il est impossible de définir un registre de discours tel que la mention d'une Réalité Extérieure ajoute quoi que ce soit à la signification d'une croyance donnée – en dehors de majuscules au beau milieu d'une phrase[144]. En effet, si l'on admet la thèse de Rorty, alors une croyance telle « la cruauté envers les animaux est objectivement ignoble » se traduit par « la cruauté envers les animaux est ignoble correspond à une Réalité Indépendante ». En quoi cette

[141] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe it », Philosophy & Public Affairs, p.95.
[142] RORTY Richard, L'homme spéculaire, p.23.
[143] RORTY Richard, L'homme spéculaire, p.199.
[144] DWORKIN Ronald, JR, p.39.

précision, si elle ne contribue pas au contenu substantiel de la croyance « la cruauté envers les animaux est ignoble », disposerait-elle du sens distinctif nécessaire à sa dénonciation[145]?

Pour répondre à cette question, le tenant de la philosophie « révolutionnaire »[146] anti-fondationnaliste se place dans une situation difficile puisque, conformément à sa conception de la vérité, la vacuité de la proposition « correspond à une Réalité Indépendante » ne peut être démontrée qu'en regard de ses conséquences pratiques, soit les comportements différents suscités par cette précision, par exemple. Or, l'évaluation des conséquences d'un énoncé axiologique relève directement de son contenu substantiel. Il s'ensuit que le pragmatisme rortien n'évite l'auto-contradiction qu'en se repliant sur la position selon laquelle la clef de la signification du langage est son usage. Mais il s'agit là d'un truisme.

En raison de la portée de la charge sceptique du behaviorisme gnoséologique – celle-ci s'applique indifféremment à toute connaissance –, sa discussion fournit le schème par lequel Dworkin discutera les autres variantes du scepticisme externe[147]. Quelle qu'en soit la conception, la question reste la même : quel sens accorder aux énoncés concernant la vérité et l'objectivité des croyances substantielles qui y ajoute quelque signification mais dont la réfutation n'en modifie pas le contenu?

Le second type de scepticisme externe est quelque peu particulier car les objections de Dworkin à son endroit en dépassent le cadre pour s'adresser à un autre groupe de théories de la justification, à savoir le fondationnalisme éthique. Il s'agit du scepticisme à l'encontre de la théorie de la vérité-correspondance. Selon cette position, les convictions morales correspondent à un état de fait qui leur transmet vérité et objectivité[148]. Le sceptique externe nie l'existence d'une telle relation, fût-elle de l'ordre de la coïncidence, de la reproduction ou de la cause. Néanmoins, l'idée de correspondance est susceptible de plusieurs interprétations dont le dégradé n'offre que peu de prise au scepticisme externe. Dans son acception la plus

[145] DWORKIN Ronald, JR, p.37.
[146] RORTY Richard, L'homme spéculaire, p.17.
[147] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe it », Philosophy & Public Affairs, p.96.
[148] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe it », Philosophy & Public Affairs, p.103.

faible, la vérité correspondante est redondante; il s'agit de la reformulation de la même croyance axiologique : la croyance que « la cruauté envers les animaux est ignoble correspond à un fait » est vraie si et seulement si la cruauté envers les animaux est ignoble.

Comprise selon un sens plus fort, la correspondance équivaut à une relation causale dont les croyances axiologiques sont la conséquence. De prime abord, le sceptique externe semble avoir une cible vers laquelle diriger ses tirs; pourtant, il se trouve confronté à un dilemme dont les options en éliminent la pertinence. D'un côté, si la « relation causale » est comprise comme la conjonction d'une situation donnée et de son évaluation morale, la description de la première comporte déjà les éléments moraux préalables à l'articulation de la seconde. Par exemple, si nous déclarons que la chasse aux phoques à coups de gourdin cause la croyance que ces derniers sont victimes d'une cruauté ignoble, c'est que la description des faits comprend l'association de la chasse au gourdin et de la cruauté. La neutralité du scepticisme externe échoue sur le lien interne de la relation causale et de la croyance substantielle : la remise en question de l'une s'étend à l'autre.

De l'autre côté, si la relation causale désigne, non plus la conjonction susmentionnée, mais l'impact direct de propriétés morales sur le sujet, cela mène à postuler l'existence d'un sens moral ou de la présence de particules morales, présentes dans le cosmos, qui s'imposeraient à nos perceptions – au même titre que la lumière, la solidité, etc. Or, une telle conception tient plus du roman de science fiction que de la théorie éthique[149].

Le scepticisme austère

L'austérité présente un défi plus considérable que la neutralité. En effet si, à la suite de John L. Mackie, un archimédien choisit d'abandonner toute prétention à la neutralité, il sera à même de contester le discours moral et ses présupposés réalistes précisément parce que les

[149] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe it », Philosophy & Public Affairs, p.105.

croyances substantielles et les énoncés méta-éthiques partagent le même contenu[150]. En effet, selon Mackie, les prétentions à l'objectivité s'intègrent dans les croyances substantielles[151]. L'archimédien austère n'est donc pas tenu de préserver l'indépendance des croyances substantielles – chose qui représente plus une contrainte qu'un avantage – ni pour autant fonder son scepticisme sur l'une d'elles, contrairement au sceptique interne. En ce sens, l'originalité du raisonnement de Mackie tient à ce qu'il affirme l'impossible connaissance des valeurs substantielles – lesquelles sont inventées – pour conclure à leur inexistence[152].

Deux obstacles minent toute entreprise de justification des croyances normatives. La diversité des croyances morales en confirmerait l'absence de valeur de vérité et d'objet : comment confirmer l'existence d'énoncés auxquels personne n'adhère[153]? Parallèlement Mackie qualifie la notion de valeur objective de bizarre, puisqu'elle implique que les convictions éthiques sont voulues pour elles-mêmes, indépendamment des désirs, et donc sources intrinsèques de motivation[154]. Or, s'il existe un *hiatus* caractéristique de la réflexion éthique, c'est bien celui entre une croyance axiologique et sa mise en œuvre.

En revanche, les deux arguments de Mackie recouvrent, l'un, un présupposé, l'autre, une ambiguïté. La justification du scepticisme austère par la diversité présuppose l'existence de préceptes méthodologique propres à l'éthique qui autoriseraient cette conclusion. À titre de comparaison, si la description scientifique d'un phénomène n'admet pas la diversité, c'est qu'elle est éliminée par le biais d'un processus propre aux axiomes de la discipline concernée – physique, biologie, chimie[155]. Rien n'indique que l'éthique partage cette axiomatique; en fait, au vu de la complexité de l'objet d'étude, c'est plutôt l'inverse qui semble pertinent, à savoir que la diversité des points de vue fournit les indices qui initient plus qu'ils ne closent l'investigation normative.

---

[150] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe it », Philosophy & Public Affairs, p.113.
[151] MACKIE John Leslie, Ethics : Inventing Right and Wrong, 1ère éd., Harmondsworth : Penguin, 1977. 249 p. Pelican books. Philosophy. ISBN 0140219579. p.35.
[152] TAPPOLET Christine, Émotions et valeurs, p.47.
[153] MACKIE John Leslie, Ethics : Inventing Right and Wrong, p.35.
[154] MACKIE John Leslie, Ethics : Inventing Right and Wrong, p.49, et DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe it », Philosophy & Public Affairs, p.114.

Le bien objectif n'est bizarre qu'en fonction du sens attribué à la notion de « motivation intrinsèque ». Si cette dernière est définie comme une force d'attraction ou de répulsion comparable à la gravité, elle est effectivement bizarre parce qu'il s'agit d'une hypothèse absurde et non parce qu'elle est nécessaire à la pratique éthique. Cette première définition de la notion de motivation intrinsèque peut être nuancée et conçue comme une condition d'adhésion à une croyance donnée, laquelle se manifeste par l'impulsion d'agir en son sens[156]. Néanmoins, cette définition mène à une asymétrie qui absorbe la force de l'accusation de bizarrerie. Même en supposant l'existence de fins objectivement bonnes, le lien entre l'adhésion et l'action n'est pas automatique. Par exemple, si nous estimons que l'augmentation du plaisir de chacun est objectivement bonne, cela ne signifie pas que nous nous laisserons dévaliser pour le bon plaisir du voleur. À l'inverse, la relation entre les fins objectivement mauvaises et la motivation semble plus immédiate : si nous considérons la torture comme un acte abominable tout en la pratiquant, nous nous contredisons. Néanmoins, l'idée d'interdiction comporte celle de devoir, lequel spécifie plus précisément et de façon plus circonscrite ses conditions d'application qu'une valeur dont on vise la promotion. Il n'y a donc rien de bizarre à ce qu'une interdiction comporte d'elle-même les raisons poussant à y obéir[157]. Bref, au sein du dégradé allant des valeurs abjectes aux convictions admirables, le lien entre valeur et motivation est question de jugement.

La motivation inhérente aux croyances axiologiques désigne donc leur indépendance vis-à-vis des autres motifs disponibles lors d'une situation donnée[158]. On notera alors que l'argument austère dépend d'une conception interniste de l'éthique, selon laquelle un jugement moral motive nécessairement[159], ce qui reste à démontrer. Or, une telle démonstration suppose d'entrer de plein pied dans les controverses axiologiques et donc de se

[155] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe it », Philosophy & Public Affairs, p.113.
[156] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe it », Philosophy & Public Affairs, p.115.
[157] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe it », Philosophy & Public Affairs, p.115.
[158] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe it », Philosophy & Public Affairs, p.116.
[159] Par opposition à la thèse externaliste selon laquelle la relation entre jugement et motivation est contingente; voir TAPPOLET Christine, Émotions et valeurs, p.245.

rapprocher d'une variante interne du scepticisme qui critiquerait les systèmes moraux à partir d'une valeur substantielle : l'absence de valeurs authentiquement motivantes.

Il semble donc qu'en dépit de leur bizarrerie, les croyances répondent à une réalité que le revers d'une main ne suffit pas à balayer. À ce sujet, la remarque de Christine Korsgaard nous semble particulièrement adéquate :

> *Il est vrai que ce sont des entités bizarres, et que leur connaissance ne se compare à rien. Mais cela ne signifie pas qu'elles n'existent pas. (…) Car il s'agit du fait le plus courant de l'existence humaine que le monde contient des entités qui nous indiquent quoi faire et nous y obligent. Ce sont les personnes, et les autres animaux*[160].

b. Le réalisme d'apparence : une éthique autonome et continue

Le scepticisme externe, fût-il neutre ou austère, apparaît comme une position si ce n'est intenable, pour le moins discutable. De façon générale, le scepticisme externe établit une hiérarchie entre les ordres de réflexion substantiels et méta-éthiques qui repose sur une séparation abusive de l'explication et de la justification[161]. Or, c'est négliger que l'explication ne représente rien de plus que la description d'une justification, donc au moins en partie composée d'un contenu substantiel[162]. Il s'ensuit que le scepticisme externe défend la thèse épistémologique erronée selon laquelle il est possible de dégager de manière apriorique des critères de vérité communs à l'ensemble des domaines de connaissance sur fond desquels critiquer le discours axiologique, bref de radicaliser la distinction entre fait et valeur[163].

De manière plus primordiale, la théorie de Dworkin trouve dans la continuité de l'explication et de la justification deux de ses caractéristiques fondamentales. En premier lieu, déjà mentionné dans la description du réalisme d'apparence, les énoncés méta-éthiques concernant l'objectivité, la véracité et la justification constituent des croyances

[160] Traduction libre de : « It's true that they are queer sorts of entities, and that knowing them isn't like anything else. But that doesn't mean that they don't exist. (…) For it is the most familiar fact of human life that the world contains entities that can tell us what to do and make us do it. They are people, and the other animal », in KORSGAARD Christine Marion, The Sources of Normativity, 1ère éd., Cambridge; New-York : Cambridge University Press, 1996. xv, 273 p. ISBN 052155960X. p.166.
[161] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe it », Philosophy & Public Affairs, pp.118-119.
[162] HAACK Susan, Evidence and Inquiry : Towards Reconstruction in Epistemology, p.12.

substantielles[164]. Le seul élément qui les sépare d'une conviction morale courante, « la cruauté envers les animaux est ignoble », est leur degré de généralité ou d'abstraction[165]. Il s'agit d'un trait essentiel à la compréhension de l'œuvre de Dworkin : toute structure théorique comporte un versant substantiel, en est imprégnée, qu'il soit explicitement mentionné ou non. Le choix entre, par exemple, une conception cohérentiste ou fondationnaliste de la justification représente un choix substantiel. La démarche adjudicative dworkinienne manifeste une valeur au même titre que sa conception de l'égalité suppose une procédure adéquate.

En second lieu, l'éthique est un domaine de réflexion autonome : l'absence de critères de vérité universels, ou trans-épistémiques, autorise l'affirmation de critères de vérités propres aux contenus des énoncés du domaine concerné[166]. À ce titre, toutes les opérations sous-jacentes à la construction des valeurs, telles la justification, la réfutation ou l'argumentation, délimitent une dimension distincte de l'expérience humaine qui ne peut être contemplée que de l'intérieur. Dworkin résume sa pensée en ces termes : *« Nous ne pouvons pas nous situer à l'extérieur de la moralité pour la juger du haut d'un quelconque tribunal archimédien, pas plus que nous pouvons nous placer à l'extérieur de la raison elle-même pour la tester »*[167].

En ce sens, il importe donc de comprendre la distinction entre concept doctrinal et concept naturel d'une pratique sociale. Même si l'on peut en offrir une description – dont le sens resterait à préciser – qui en exhiberait la structure « naturelle », tenter d'inférer une position normative revient à adopter une position archimédienne qui amalgame à tort critère d'explication et critère de justification[168].

---

[163] COPPENS Philippe et BERTEN André, « Objectivité et discussion », Dworkin : un débat, p.183. Il convient de noter que P.Coppens et A.Berten considèrent l'émotivisme de A.J.Ayer comme l'exemple type de l'archimédisme qu'ils perçoivent comme une forme extrême de positivisme, rôle que nous attribuons plus volontiers au behaviorisme gnoséologique de R.Rorty.
[164] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe it », Philosophy & Public Affairs, p.100.
[165] DWORKIN Ronald, JR, p.142.
[166] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe it », Philosophy & Public Affairs, p.120. Aussi, COPPENS Philippe et BERTEN André, « Objectivité et discussion », Dworkin : un débat, p.187.
[167] Traduction libre de : « We cannot climb outside of morality to judge it from some external archimedean tribunal, any more than we can climb out of reason itself to test it from above », in DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe it », Philosophy & Public Affairs, p.128.
[168] DWORKIN Ronald, JR, p.147.

De même, l'autonomie de l'éthique signifie que la réfutation d'une conviction, quelle qu'en soit la teneur, procède nécessairement d'une autre conviction, dont les implications sont jugées plus souhaitables, acceptables ou défendables[169]. Posé autrement, sachant que les énoncés méta-éthiques sont substantiels, quelle est la conviction dont les implications sont plus adéquates : celle qui considère les croyances axiologiques comme vraies et signifiantes, même si leur sens est sujet à interprétation, ou celle qui professe l'absence complète de différence entre un don à une œuvre charitable et la vente d'êtres humains? À qui incombe-t-il le plus de se justifier, le tenant de la première ou de la seconde conviction? Le scepticisme interne apparaît donc comme la seule alternative viable.

Scepticisme interne, indétermination ou incertitude?

Le scepticisme interne est, en quelque sorte, plus direct que son consort externe. Sans contester la pertinence de l'exercice éthique, tant pratiquement que théoriquement, il remet en question l'aptitude à fournir une réponse adéquate à tous les dilemmes moraux. Cette position peut être exprimée de différentes manières, mais toutes ont pour prémisse commune l'indétermination potentielle des croyances axiologiques[170]. Ainsi, un sceptique interne critiquerait l'énoncé « les Porsche sont de meilleures voitures que les Ferrari » et son inverse en soulignant que les deux peuvent être également vrais. Dans un contexte plus dramatique, les jugements comparés peuvent être contradictoires : si l'un est vrai, l'autre est faux. Une réponse sceptique consistera à nier cette relation antagoniste pour retirer toute valeur de vérité aux énoncés concurrents.

Si cette position pose problème à l'éthique en général, elle est tout simplement dévastatrice pour l'interprétation créative. En effet, si la thèse de l'indétermination tient, tout but normatif assignable à une pratique sociale est le fruit d'une décision arbitraire puisqu'à toute justification il aurait été possible d'en substituer une autre. Et surtout, parce que

[169] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe it », Philosophy & Public Affairs, p.118.

l'absence de réponse adéquate à l'échelle du débat éthique renvoie à l'éventualité qu'une pratique sociale, même appréhendée de façon interprétative, puisse être dépourvue de but normatif. C'est précisément la position défendue par le pragmatisme posnerien[171].

Ce type de scepticisme est plus difficilement justifiable qu'il ne le semble de prime abord. De fait, le scepticisme interne repose sur l'hypothèse selon laquelle l'indétermination est la position de repli de l'ensemble des polémiques morales. Imaginons deux individus qui débattent du caractère moral ou immoral du clientélisme électoral, le premier y voyant la conséquence légitime de la libre affiliation partisane, l'autre une sévère atteinte au processus démocratique. Confronté à ce dilemme, trois positions sont possibles. La première consiste à considérer que l'une des deux perceptions est plus convaincante que l'autre, auquel cas la question du scepticisme ne se pose pas. La seconde : trouver les deux positions également vraisemblables et conclure que la réponse est incertaine implique de suspendre le jugement faute d'éléments empiriques ou conceptuels susceptibles de faire pencher la balance d'un côté ou de l'autre. Enfin, constatant l'absence d'arguments décisifs, en déduire l'indétermination de la réponse, à savoir l'absence de solution plausible[172].

Toutefois, si l'on admet que la seconde position, l'incertitude, représente une authentique suspension du jugement, donc une position par défaut, on ne peut en dire autant de la troisième réponse puisqu'un énoncé ne s'impose par défaut uniquement dans la mesure où il relève d'une démonstration plus réduite que celle des réponses concurrentes. Dans le cas qui nous occupe, puisque les deux positions au sujet du clientélisme électoral sont équivalentes, il y a lieu de se rabattre sur l'incertitude. En revanche, il est plus difficile de percevoir l'indétermination comme une réponse dont la démonstration est plus réduite puisqu'elle représente, non pas la suspension du jugement, mais un jugement sur les autres réponses possibles. Le scepticisme interne ne rend pas compte de la nuance entre incertitude

[170] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe it », Philosophy & Public Affairs, p.129.
[171] Voir supra, pp. 29-31.
[172] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe it », Philosophy & Public Affairs, p.130.

et indétermination et présente cette dernière comme la seule réponse valide aux dilemmes irrésolus.

Dworkin propose deux solutions pour cerner les situations susceptibles de justifier l'indétermination. La première dérive du principe d'adéquation des critères de vérité au contenu du domaine évalué. Dans la mesure où l'indétermination équivaut à l'absence de raison propre à un domaine donné pour en évaluer un aspect, il y a indétermination entre deux positions si leur justification respective s'appuie sur des éléments extérieurs au domaine concerné[173]. Ainsi en serait-il, par exemple, si nous demandions laquelle, de la Porsche ou de la Ferrari, est la plus perspicace : puisque la qualité en jeu n'est pas applicable à des objets dépourvus d'entendement, les réponses sont alors indéterminées. La seconde concerne la hiérarchie des phénomènes évalués. Il y aura indétermination si, de deux choses ou situations comparées, la différence est tellement minime que l'on ne peut clairement en établir l'ordre[174], comme d'établir qui, de St Thomas d'Aquin ou de St Augustin, était le meilleur théologien. En ce qui concerne les dilemmes moraux dont les termes sont opposés – pour ou contre l'avortement – ce type d'indétermination est rigoureusement impossible : l'énoncé « l'avortement est moralement indifférent » constitue une réponse en bonne et due forme, soumise aux mêmes exigences que les autres réponses possibles. Même la comparaison d'actes – l'avortement est-il pire que l'abandon d'un enfant? Le don d'organes est-il meilleur que la charité? – n'exempte pas l'indétermination d'une justification substantielle, puisqu'il importe alors de démontrer en quoi les termes de l'équation sont d'une intensité telle qu'ils en sont indistincts[175]. À moins d'en faire le fondement d'un système, dont l'intérêt serait par ailleurs à démontrer, l'indétermination ne dispose d'aucune « priorité épistémique » qui l'absoudrait des exigences auxquelles obéit toute autre prise de position substantielle.

[173] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe it », Philosophy & Public Affairs, p.132.
[174] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe it », Philosophy & Public Affairs, p.134.
[175] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe it », Philosophy & Public Affairs, p.135.

Il semble donc que la vérité, ou du moins une mesure de justification, ait droit de cité dans le paysage éthique, prémunissant l'interprétation créative de ses critiques anti-théoriques, qu'elles soient factualistes ou pragmatistes. Toutefois, les arguments avancés par Dworkin laissent une impression d'incomplétude. En effet, les objections adressées aux scepticismes neutraliste, austère et interne sont essentiellement défensives. Conformément à la stratégie consistant à renverser le fardeau de la preuve, Dworkin se satisfait souvent d'indiquer que le réalisme d'apparence n'exige pas d'axiomes métaphysiques, correspondantistes, ou autres à tel point qu'il y a lieu de se demander pourquoi il ne l'a pas qualifié de réalisme *prima facie*. Dans le même ordre d'idées, que l'indétermination suppose une justification n'assure en rien son impossibilité. En fait, en dehors de la structure théorique qui va de la suspension à l'affirmation du jugement, la différence entre indétermination et incertitude semble ténue : les conséquences pratiques de l'une comme de l'autre se réduisent à l'absence d'action. À ce titre, une incertitude prolongée, ou encore dépourvue de l'intention de chercher les éléments propres à la dissiper, s'assimile à l'indétermination.

De surcroît, Dworkin utilise la même objection que Mackie à l'égard du naturalisme axiologique, selon laquelle il n'existe pas de relation causale entre les jugements moraux et d'éventuelles propriétés morales présentes à l'intérieur d'une situation[176]. Si l'on comprend aisément que les buts poursuivis diffèrent radicalement, la question du type de réalisme défendu par Dworkin en émerge d'autant plus que la notion de réalisme axiologique peut recevoir deux définitions. L'une, formelle, selon laquelle les problèmes moraux ont des réponses. La seconde, substantielle, qui justifie ces réponses à l'aide de faits moraux[177]. Au vu de ses critiques, le réalisme de Dworkin penche vers la première interprétation. Or, ce type de réalisme génère de nombreuses formes et différents contenus. De fait, Dworkin semble défendre une thèse quelque peu opportuniste qui, d'une part, n'a de réaliste que ce qu'elle

[176] En ce qui concerne J.Mackie, Ethics : Inventing Right and Wrong, p.41 et R.DWORKIN « Objectivity and Truth : You'd Better Believe it », Philosophy & Public Affairs, p.104, voir aussi, PDS, pp.251-253, JR, pp.152-153.
[177] KORSGAARD Christine Marion, The Sources of Normativity, p.35.

refuse du behaviorisme gnoséologique ou du scepticisme interne, et qui, d'autre part, hésite à franchir le Rubicon : comment affirmer l'objectivité des croyances morales sans rendre compte du type d'intrant qui en expliquerait la teneur? Un tenant du scepticisme aurait beau jeu de dénoncer cette demi-mesure méthodique qui évacue de son schème la genèse de nos convictions. Bref, l'opposition de Dworkin au scepticisme ne tient que dans la mesure où il propose un modèle de justification éthique qui y réponde. Ce faisant, est initié le dialogue, jusque là implicite, avec les autres théories éthiques, archimédiennes non-sceptiques ou autres. De valse, le débat devient une danse à trois.

c. La géode normative : cohérence et individualisme éthique

Si le scepticisme représente une impasse, qu'une éthique épistémiquement autonome reste la seule voie possible, quels critères de justification lui apporter? Sans présumer de leur réalité au travers d'un télescope dépourvu de trépied, il appert de fait que les systèmes de valeurs s'achoppent régulièrement à l'indétermination ou à l'incertitude des croyances axiologiques qui les composent. Écueils néanmoins révélateurs puisqu'ils signalent deux modèles de justification, l'un admettant l'indétermination des convictions morales, l'autre non. Il est possible dans cette optique de les considérer comme les propriétés de modèles justificatifs[178].

Dworkin les qualifie respectivement de modèles naturel et construit. À grands traits, le modèle naturel suppose l'existence de faits moraux dont la découverte résulterait d'intuitions ou de convictions qui joueraient le rôle d'indices[179]. De ce point de vue, justifier une croyance axiologique, c'est en démontrer le lien avec l'observation adéquate de la réalité morale[180]. Il s'agit d'une caractérisation générale des théories fondationnalistes de la justification éthique,

[178] Répondant de ce fait à l'objection selon laquelle la distinction entre indétermination et incertitude ne serait que lexicale.
[179] DWORKIN Ronald, PDS, p.250.
[180] DWORKIN Ronald, PDS, p.254.

selon lesquelles il existe une ou plusieurs croyances axiologiques fondamentales, c'est-à-dire immédiatement justifiées[181]. On parlera aussi de croyances privilégiées[182].

À partir de ces dernières, on inférera, par déduction, induction ou abduction, les croyances dérivées qui composent nos systèmes de valeurs. La hiérarchie entre les deux types de croyance constitue le trait distinctif du fondationnalisme éthique : la justification se transmet unidirectionnellement des croyances fondamentales vers les croyances dérivées[183]. L'image qui lui est traditionnellement associée est celle d'un triangle, dont la base justifie le sommet[184]. Selon cette perspective, le fondationnalisme admet l'indétermination des croyances éthiques de deux façons, soit par l'identification incomplète des croyances fondamentales dont on ne peut alors dégager l'ensemble des croyances dérivées applicables à un cas, ou encore par l'existence de croyances fondamentales contradictoires.

Différentes variantes du fondationnalisme sont possibles selon le sens attribué au contenu des croyances fondamentales, à leurs modalités d'accès ou à leur statut cognitif. Outre le modèle naturel – le naturalisme éthique –, mentionnons l'intuitionnisme axiologique et le correspondantisme éthique que critique Dworkin lors de la défense de son réalisme d'apparence. Ce dernier point mérite d'être souligné car il indique la parenté d'une position archimédienne non-sceptique et l'affirmation de l'existence de croyances privilégiées. Or, le statut premier de ces dernières se prête à l'identification neutre des croyances axiologiques défendues par l'archimédisme : le critère d'identification des croyances fondamentales ne peut être une croyance substantielle sans provoquer *eo ipso* une régression à l'infini – ou une pétition de principe, si ledit critère est considéré comme une croyance dérivée[185]. Le dialogue entre Dworkin et les tenants du scepticisme recouvre donc celui amorcé avec les théories

[181] TAPPOLET Christine, Émotions et valeurs, pp.101-102.
[182] HAACK Susan, Evidence and Inquiry, p.14.
[183] HAACK Susan, Evidence and Inquiry, p.14.
[184] TAPPOLET Christine, Émotions et valeurs, p.74.
[185] En effet, si les conditions d'identification des croyances fondamentales sont des croyances dérivées, les premières perdent leur fonction justificative au profit d'une répétition du même principe.

fondationnalistes par le biais de la critique générale de l'archimédisme dont elles représentent la variante non-sceptique[186].

Le modèle construit qu'adopte Dworkin est une théorie cohérentiste de la justification. Faisant explicitement référence au système de l'équilibre réfléchi de Rawls, le constructivisme dworkinien justifie un énoncé axiologique par son insertion dans un système normatif harmonieux[187]. L'objectif de la démarche consiste à ajuster les jugements émis dans un contexte particulier avec une croyance plus générale qui lui servirait de cadre théorique[188]. Chaque croyance s'appuie sur les autres par le biais de déductions ou d'inductions en vue de la plus grande cohérence possible, comprise comme le plus grand nombre de liens entre les croyances substantielles[189]. Contrairement au fondationnalisme, les liens d'une croyance à l'autre ne sont pas ordonnés selon un *pedigree*.

Plusieurs conceptions de la cohérence sont possibles selon, d'une part, le poids relatif des croyances – certaines versions du cohérentisme accordant un pouvoir justificatif plus important à un ensemble de croyances, d'autres, postulant leur égalité stricte[190] -, et d'autre part, la relation inférentielle privilégiée[191]. Ainsi, l'origine des intuitions compte peu dans leur justification qui reste toujours question de degré et non de hiérarchie. De même, dans la lignée de l'autonomie de la réflexion éthique, seule une croyance axiologique peut en justifier une autre, le cohérentisme étant à cet égard plus strict que certaines variantes du fondationnalisme[192].

Dworkin illustre sa conception du cohérentisme par l'image d'une géode, dont le contenu résulte d'interprétations réciproques des valeurs qui s'y insèrent. Bien que certaines valeurs y soient plus fermement enchâssées, donc plus importantes, il n'existe pas de

[186] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe It », Philosophy & Public Affairs, p.127.
[187] DWORKIN Ronald, PDS, p.250 et « Objectivity and Truth : You'd Better Believe It », Philosophy & Public Affairs, p.119.
[188] RAWLS John, Théorie de la justice, p.47, voir aussi la définition qu'en offre Dworkin in PDS, p.245.
[189] DWORKIN Ronald, PDS, p.251. On remarquera que le fondationnalisme comporte aussi une exigence de cohérence, mais celle-ci est dérivée et non première.
[190] HAACK Susan, Susan, Evidence and Inquiry, p.17.
[191] TAPPOLET Christine, Émotions et valeurs, p.77.
[192] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe It », Philosophy & Public Affairs, p.118 et TAPPOLET Christine, Émotions et valeurs, p.81.

procédure pour les identifier avant que la géode soit achevée : *a priori*, toutes les intuitions sont égales[193].

Cette caractéristique explique la pertinence de la distinction entre incertitude et indétermination et, surtout, la réticence de Dworkin à l'endroit de cette dernière, puisqu'elle contredit d'abord la structure du modèle construit, en ce qu'un diagnostic d'indétermination au sujet d'un problème donné équivaut à l'absence de relation inférentielle entre deux valeurs du même système. Elle en contredit également l'esprit car, conformément au principe de continuité entre énoncés méta-éthiques et convictions substantielles, la recherche de cohérence dépasse la structure justificative pour incarner un principe de responsabilité : l'individu doit, au mieux de ses facultés, proposer la meilleure articulation de ses convictions[194]. Le modèle construit explique l'organisation des systèmes de valeurs et coïncide avec un devoir de construction qui enjoint de ne poser de geste, même provisoire, dont on ne peut répondre[195]. Or, l'indétermination absout l'individu de sa responsabilité.

L'incertitude se comprend alors non comme une conclusion définitive, mais comme l'étape qui accompagne la recherche des éléments nécessaires à la résolution d'un dilemme. De ce point de vue, l'ascension justificative ne représente pas un véritable problème puisqu'elle manifeste la responsabilité de l'agent moral : y imposer une limite avant le plein examen des données constitue une erreur méthodique et normative.

En revanche, la justification par cohérence expose le modèle construit à l'accusation de pétition de principe : en quoi les arcs-boutants de la géode se distinguent-ils d'une simple répétition? La conception dworkinienne de la justification spécifie-t-elle une inférence telle que l'on puisse comparer l'importance respective des croyances qui composent un système normatif[196]? Par contraste, cette question concerne moins le modèle fondationnaliste de la justification : l'arbre généalogique des croyances dérivées est dessiné selon leur proximité

[193] DWORKIN Ronald, JR, pp.160-161.
[194] DWORKIN Ronald, PDS, p.251.
[195] DWORKIN Ronald, PDS, p.253 et GUEST Stephen, Ronald Dworkin, p.149.

avec les propriétés morales immédiatement justifiées. Corrélativement, le poids ou l'importance d'une croyance axiologique est fonction de sa place dans l'arbre généalogique. Enfin, le risque de tautologie est quasi-inexistant dès que plus d'une croyance fondamentale est identifiée.

En ce qui a trait au modèle construit, le problème est plus complexe et prend l'aspect d'un dilemme. Ainsi, le réalisme dworkinien affirme le caractère indépassable de la dimension éthique de la condition humaine pour réfuter les objections du scepticisme archimédien. Or, cette prémisse se révèle passablement contraignante car il s'ensuit que l'évaluation des croyances ne peut être détachée, c'est-à-dire indépendante de sa contribution à la qualité de vie de son adepte – ce qui autoriserait l'imposition de valeurs en dépit de la personne concernée[197]. Selon cette perspective, la compréhension d'une valeur est indissociablement liée à son impact sur la façon dont chacun mène sa vie[198]. Dès lors, il importe de se demander comment appréhender le poids d'une croyance éthique sans l'instrumentaliser. En d'autres termes, doit-on adhérer à un principe parce qu'il est intrinsèquement bon ou est-ce l'adhésion qui le rend bon?

Dworkin propose alors une conception de la justification selon laquelle l'évaluation d'une conviction est fonction de son apport à la compréhension de la composante morale de l'existence – de ce que peut être une vie bonne[199]. Ainsi, une croyance axiologique est justifiée lorsqu'elle s'explique par le système dans lequel elle est intégrée – et réciproquement[200] . La justification des croyances particulières se reporte ainsi à l'ensemble du système de valeurs. Dans cette optique, la composante éthique de l'expérience apparaît comme un matériau brut, une conviction grossière en quelque sorte, peu à peu raffinée par un processus de démultiplication dans lequel les valeurs jouent le rôle d'images inachevées, mais

---

[196] Car, si l'on ne peut comparer les croyances axiologiques, soit ces dernières sont incommensurables et le discours éthique est absurde, soit on ne peut les distinguer et la géode est une immense tautologie.
[197] DWORKIN Ronald, JR, p.156.
[198] DWORKIN Ronald, JR, p.157 et « The Roots of Justice » in Dworkin : un débat, p.37.
[199] DWORKIN Ronald, JR, p.160.
[200] Il s'agit d'une inférence par abduction. Voir, TAPPOLET Christine, Émotions et valeurs, pp.106-107. On retrouve aussi l'expression « cohérence explicative », voir, HAACK Susan, Evidence and Inquiry, p.17. Voir aussi DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice » in Dworkin : un débat, p.36.

de plus en plus nettes, de sa teneur et des ses implications[201]. Chaque conviction morale procède à l'explicitation d'un aspect supplémentaire de la géode qui relève à la fois de sa mise en contexte et de son interprétation des autres valeurs[202].

C'est là la troisième caractéristique fondamentale de la justice-sollicitude : le sens du discours normatif, tant éthique que politique, réside non dans une démonstration linéaire, mais dans une compréhension holiste[203]. Le reproche de circularité – la croyance *x* est justifiée par la croyance *y* parce que celle-ci se définit par *x* – perd sa pertinence car, d'une part, il ne s'applique qu'aux conceptions atomistes de la justification, et, d'autre part, la déclinaison par abduction des convictions générales est provoquée par le défi que les circonstances lui lancent[204]. Les convictions sont raffinées en vue de leur application qui prend part à leur compréhension et, par extension, à leur justification.

d. Une éthique du jugement réfléchissant

Ce qui est parfois perçu dans le contexte de la philosophie analytique comme une extravagance ou un refus d'assumer les apories du cohérentisme – l'abduction holiste ne serait qu'une fuite vers le tout pour esquiver le reproche de tautologie – prend toute sa profondeur à la lumière de l'héritage herméneutique et kantien présent dans la justice comme sollicitude. Nous reprenons ici la thèse de Julie Allard sur la proximité du jugement réfléchissant kantien et de l'interprétation créative[205]. Bien que son propos porte à l'origine sur le jugement judiciaire, donc sur la théorie du droit dworkinienne, le parallèle établi entre Dworkin et Kant nous semble, et de loin, suffisamment porteur pour à la fois s'étendre aux fondements éthiques de la justice comme sollicitude et en expliciter la teneur.

[201] Nous reprenons l'analyse de A-M. Roviello de la dichotomie droit abstrait-droits concrets de la théorie juridique de Dworkin pour l'appliquer à sa théorie éthique. Voir, ROVIELLO Anne-Marie, « Conflit de Droits ou Conflit des Interprétations? », in Dworkin : un débat, p.239. Voir aussi, DWORKIN Ronald, JR, p.160.
[202] COPPENS Philippe et BERTEN André, « Objectivité et représentation », in Dworkin : un débat, p.193.
[203] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe It », Philosophy & Public Affairs , p.119.
[204] DWORKIN Ronald, JR, p.160.
[205] ALLARD Julie, Dworkin et Kant : réflexions sur le jugement, 1ère éd., Bruxelles : Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001. 181 p. Collection de philosophie politique et juridique, ISBN 2800412593.

Ainsi, l'expérience éthique s'enchâsserait dans un préjugé, au sens gadamérien du terme selon lequel l'existence est porteuse de valeur, préjugé qui donnerait l'impulsion originale à la réflexion éthique. En tant qu'interprète, le sujet doit amener l'expérience de son environnement à un sens, un peu à la manière d'une traduction[206]. Au même titre qu'une œuvre d'art interpelle l'individu, l'expérience vécue demande une articulation par le biais des convictions axiologiques qui la dégageraient d'un magma indistinct d'affects ou d'une objectivation réduite à ce qui est susceptible de démonstration. Dit autrement, le pré-interprétatif nous interpelle, nous mettant au défi de l'articuler. Mais cette articulation tient sa particularité d'être déjà conditionnée, dans un mouvement circulaire, par l'interprétation du sujet de ce qu'est la valeur, laquelle est influencée par son contexte, son appartenance et les lieux communs de sa tradition. Le problème de la justification des croyances axiologiques ne découle pas d'une absence de convictions éthiques qu'il s'agirait de découvrir, mais bien du surplus d'éthicité de l'existence dont il s'agit de distiller un sens.

L'interprétation créative à l'œuvre dans la géode normative ne se limite pas à la compréhension de l'historicité d'une situation, sans quoi elle s'exposerait au reproche d'historicisme tout en se mutilant de sa composante distinctive, la recherche du *meilleur* récit possible. Ainsi, et c'est là le propos de Allard, l'hypothèse esthétique dont procède l'interprétation créative, qui demande que le « récit » de la géode la présente sous son plus beau jour, se traduit par une modalité critique, proprement kantienne : le jugement réfléchissant : *« Dworkin ne donne pas à l'interprétation le seul horizon du sens, mais également, c'est le sens de son kantisme, celui du beau, et à travers lui, la renvoie à un espace sensible »*[207].

Le sujet, dans l'entreprise de construction de son système de valeurs, prétendrait à la meilleure présentation possible, c'est-à-dire à la présentation la plus esthétique, en se référant à des idées régulatrices qui le guideraient. La pleine appréciation de la composante criticiste

[206] GRONDIN Jean, L'herméneutique, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 2006. 128 p. Que sais-je? ISBN 2130555241. pp.59-60.

du libéralisme dworkinien suppose une rapide présentation des notions à l'œuvre dans la théorie du jugement de Kant.

À très grands traits, l'œuvre du philosophe de Königsberg est composée des trois critiques qui donnent leur nom à sa théorie, à savoir la critique de la raison théorique qui porte sur les conditions de possibilité de la connaissance, la critique de la raison pratique qui répond à la question de ce que l'on doit faire et la critique de la faculté de juger qui assure le passage de l'une à l'autre. En effet, tandis que la raison théorique permet de saisir, par le biais de l'entendement, les lois qui régissent la nature, la raison pratique affirme l'autonomie du sujet, non seulement capable de s'imposer sa propre loi, mais de la concevoir au-delà de l'expérience empirique qui lui est donnée par l'entendement théorique[208]. D'où la distinction, ou l'opposition selon les théories, entre le discours portant sur l'être et celui sur le devoir-être. Toutefois, pour éviter que cette distinction ne dérive vers une contradiction qui pousserait à conclure à la scission de la raison, le jugement cerne la raison se regardant elle-même, comme simultanément capable de connaître et d'agir[209].

En ce sens, selon Kant, contrairement à l'entendement – théorique – et à la raison – pratique – la faculté de juger est dépourvue de principe *a priori* mais se définit comme la faculté de subsumer le particulier sous l'universel[210]. Réciproquement, le processus de subsomption, visant à placer une chose sous une règle, ne peut lui-même être placé sous une règle identifiée par l'entendement. En d'autres termes, il importe de juger de l'utilisation du jugement. Cette formulation, toute prosaïque qu'elle soit, rejoint l'expression sibylline de Dworkin selon laquelle l'interprétation est question d'interprétation.

La géode normative et, avec elle, l'interprétation créative rejoignent la problématique kantienne du jugement par la distinction faite entre ses variantes déterminantes et

---

[207] ALLARD Julie, Dworkin et Kant : réflexions sur le jugement, p.126.
[208] KANT Immanuel, Critique de la faculté de juger, suivi de Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique et de Réponse à la question : Qu'est-ce que les lumières?, édition publiée sous la direction de Ferdinand Alquié. Traduit de l'allemand par Alexandre J-L. Delamarre, Jean-René Ladmiral, Marc B. de Launay, Jean-Marie Vaysse, Luc Ferry et Heinz Wismann. Paris : Gallimard, 1985. 561p. Collection Folio/Essais no 134. Traduction de : Kritik der Urteilskraft. ISBN 2070325385. p.28.
[209] KANT Immanuel, Critique de la faculté de juger, p.105. Voir aussi, ALLARD Julie, Dworkin et Kant : réflexions sur le jugement, p.70.
[210] KANT Immanuel, Critique de la faculté de juger, p.29.

réfléchissantes. Le jugement déterminant s'exerce lorsque l'universel, ou la règle, est donné à celui qui juge; ainsi en est-il lorsque, en présence d'un feu rouge, une personne se demande si elle doit poursuivre sa route ou s'arrêter : son jugement sur le sujet est déterminé par la règle prescrivant de s'arrêter au feu rouge. Le jugement qui nous intéresse est le jugement réfléchissant, c'est-à-dire celui qui s'exerce à partir du cas particulier en l'absence d'une règle indiquant la méthode de subsomption à suivre[211].

Privé d'une perspective universelle, l'interprète doit remonter du cas vers la conviction axiologique en se donnant, à partir de sa faculté de juger, sa propre méthode de jugement. Celle-ci lui est donnée par un concept dépourvu d'extension empirique, l'idée régulatrice, sous laquelle sera subsumé le cas privé de règle. L'idée régulatrice est un principe choisi par le sujet pour penser l'unité de phénomènes autrement trop disparates pour qu'il puisse les subsumer sous une règle déterminée. Il s'agit d'un présupposé grâce auquel la réflexion autorise le jugement, à vrai dire, en régule l'exercice. Il se distingue du principe *a priori* de la raison pratique, l'autonomie, sous lequel le jugement est déterminant; la raison pratique disposant d'une règle, il n'est pas nécessaire de faire appel au jugement réfléchissant[212]. Ce parallèle devient intéressant car si l'on estime que le jugement réfléchissant constitue l'organe de la géode normative cohérentiste, alors la règle *a priori* de la raison pratique est l'exemple d'une croyance privilégiée fondationnaliste. Il s'ensuit qu'à partir d'une nouvelle expérience, le sujet est capable de penser une idée régulatrice qui, d'une part, l'encadrerait et qui, d'autre part, initierait s'il y a lieu le processus de réorganisation des croyances axiologiques.

Dans son livre, Allard présente les métaphores employées par Dworkin pour conceptualiser le droit comme des idées qui régulent le jugement judiciaire, lequel serait alors réfléchissant[213]. À cet égard, nous estimons que le rôle central du jugement réfléchissant s'applique aussi au réalisme d'apparence dworkinien et explique à la fois la thèse de la

[211] KANT Immanuel, Critique de la faculté de juger, p.106.
[212] KANT Immanuel, Critique de la faculté de juger, p.108. On remarquera toutefois que certains critiques de Kant lui reprochant une maxime de la raison pratique trop exhaustive pour effectivement guider l'action, le jugement réfléchissant prendrait une place privilégiée dans la réflexion pratique.
[213] ALLARD Julie, Dworkin et Kant : réflexions sur le jugement, p.130.

substantialité, selon laquelle les énoncés méthodologiques en éthique sont des croyances substantielles abstraites, et l'autonomie de la réflexion éthique comme dimension indépassable et holiste de l'existence. Ainsi l'on peut considérer que le processus de raffinement de la conviction grossière susmentionné représente une réponse à notre expérience guidée par une idée régulatrice. Dit autrement, l'individu résout la tension entre la situation qui se présente à lui, pour laquelle il ne dispose pas de règle, et l'exigence de valeur éthique liée à son existence même – considérer sa vie comme une suite d'accidents fortuits serait une perte – par le biais d'un présupposé régulateur. La question qui se pose alors est d'identifier les principes régulateurs à l'œuvre dans la pensée de Dworkin.

4. RÉCAPITULATION

À ce stade du raisonnement, certains éléments ressortent. Nous avons vu en premier lieu que Dworkin considère les concepts doctrinaux des pratiques sociales – associations, institutions, etc. – comme des concepts interprétatifs, dont la description dépend de l'assignation d'une valeur normative apte à leur conférer un sens. Cette qualité interprétative est mise en relief lors de situations ou de cas inédits qui remettent en question les règles et usages des pratiques, appelant ainsi la créativité des interprètes – les membres concernés. Néanmoins, cette compréhension des concepts doctrinaux se heurte à l'objection introduite par le pragmatisme posnerien : pourquoi chercher un but normatif lorsque l'on sait à quel point les valeurs dérivent des circonstances, plutôt qu'elles ne les encadrent? L'interprétation créative n'est capable d'assigner des objectifs aux pratiques sociales qu'à la condition de répondre aux critiques sceptiques de l'éthique.

Dworkin réplique par une conception réaliste de l'éthique qui s'appuie tant sur la continuité entre croyance substantielle et préceptes méthodologiques – assimilés à des croyances substantielles « fines » – lesquels constituent un ensemble autonome, que sur une conception cohérentiste de la justification. Celle-ci articule une vision holiste de l'expérience

éthique comme trait inéluctable de la condition humaine que chacun n'a d'autre choix que d'explorer. Néanmoins, les théories cohérentistes de la justification et *a fortiori* la variante holiste défendue par Dworkin, se voient souvent reprocher leur absence de pouvoir discriminant : un nazi, mère Teresa et un athée humaniste peuvent tous trois être de la plus grande cohérence. Pourtant, pour une pratique sociale donnée, chacun lui attribuera un objectif normatif très différent : il convient alors de se demander comment les départager[214]? Les deux critères de coïncidence avec les faits de la pratique – le *« fit »* pré-interprétatif – et de cohérence axiologique – la substance – suffisent-ils à évaluer les interprétations ou confinent-ils leurs auteurs respectifs à un solipsisme normatif?

Réciproquement, si la géode normative admet l'attribution de valeurs de vérité aux énoncés axiologiques, rien n'indique qu'il soit nécessaire, ou même souhaitable de s'en servir pour évaluer les pratiques sociales. De fait, les convictions éthiques sont plus souvent des pommes de discorde que des vecteurs de consensus. N'y aurait-il pas quelque sagesse, lors de l'attribution d'un sens à une pratique sociale, à les laisser de côté pour s'accorder sur un processus dont la teneur technique garantirait l'adhésion de tous, quelles que soient les divergences d'opinion? Serait-il plus souhaitable de scinder convictions éthiques et convictions politiques?

La théorie de Dworkin a ceci de remarquable qu'à cette double objection, elle propose une réponse d'un seul tenant : l'articulation des registres éthiques et politiques fournit le critère de sélection des interprétations concurrentes. En cette réponse réside la quatrième caractéristique fondamentale de la justice comme sollicitude, nommément, la thèse de l'intégration selon laquelle les convictions éthiques fondent les principes de justice[215]. Cette thèse, qui thématise la relation du bien au juste, des convictions personnelles et

[214] Il existe d'autres objections au cohérentisme axiologique, mais, compte tenu de l'insertion de la géode normative dans l'interprétation créative, celle-ci nous semble plus pertinente. Parmi les plus répandues, citons : le reproche d'une trop grande rigueur selon lequel la cohérence est une exigence inatteignable. La comparaison de la justification d'une croyance par ses seules relations inférentielles avec deux marins saouls qui chercheraient à s'appuyer l'un sur l'autre sans reposer sur le pont d'un bateau. Voir HAACK Susan, Evidence and Inquiry, p.25 et p.27. Voir aussi, dans TAPPOLET Christine, Émotions et valeurs, pp.86-87, l'argument selon lequel le cohérentisme confondrait cohérence et valeur de vérité, limitant ainsi la fiabilité des systèmes réflexifs.

impersonnelles, distingue le libéralisme de Dworkin de ses homologues contractualistes en proposant, en termes rawlsiens, un *libéralisme compréhensif* qui accentue l'exigence de publicité du devoir de construction[216]. Affirmant l'impossibilité de scinder perspective personnelle et perspective politique sans ouvrir la porte au scepticisme interne et à l'archimédisme, Dworkin développe un modèle qui répond à l'exigence d'élucidation de la vie bonne et fournit les principes régulateurs du jugement réfléchissant, le modèle de défi[217].

[215] Traduction libre de « integrity thesis », DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice » in Dworkin : un débat, pp.24-25. Dworkin utilise aussi l'expression « thèse de la continuité » pour désigner cette position, voir notamment « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values.

[216] Les convictions personnelles concernent directement l'identité de l'individu, ses préférences et aspirations telles qu'elles se manifestent dans sa situation particulière par opposition aux convictions impersonnelles qui en sont abstraites. Au sein de la tradition libérale, les valeurs politiques forment une catégorie distincte de valeurs impersonnelles, position contestée tant par Dworkin que par le communautarisme. Pour une présentation des perspectives dont elles relèvent, voir GUIBET LAFAYE Caroline, La justice comme composante de la vie bonne, 1ère éd., Sainte-Foy : Les Presses de l'Université Laval, 2006. xi, 232 p. Inter-Sophia. ISBN 2763782987, chap.2. Au sujet de la nature compréhensive de la justice comme sollicitude, voir DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, SV, introduction, et RAWLS John, Libéralisme politique, note 1, p.257.

[217] Modèle développé dans DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values.

CHAPITRE 2. DE L'ÉTHIQUE AU POLITIQUE

La place qu'occupe le modèle de défi, tant vis-à-vis de la thèse de l'intégration que de la philosophie politique contemporaine est considérable. Envisagé dans sa relation à l'ensemble de la justice comme sollicitude, il en constitue l'architecture qui, formellement, autorise la mise en œuvre de l'interprétation créative, comme construction critique et non arbitraire chapeautant les pratiques sociales par des objectifs normatifs, et substantiellement, en énonce les valeurs fondamentales par l'élucidation de l'idée de vie réussie. Dans ses rapports aux traditions politiques contemporaines, l'intégration dworkinienne de la justice à l'éthique équivaut à un pavé dans la marre où s'affrontent libéraux et communautariens, développant un libéralisme qui, pour ce qui a trait à sa légitimation, propose de substituer une fondation morale à l'argumentation de l'intérêt bien compris, attribuée en l'occurrence au contractualisme.

La reconnaissance de la dimension éthique de l'existence ne peut à elle seule jauger le contenu des convictions qui composent les divers systèmes de valeurs, d'où l'accusation de subjectivisme dissimulé. Il importe de la compléter, si ce n'est par une définition stricte, du moins par une caractérisation de ce que « réussir sa vie » ou « mener une vie bonne » peut signifier[218]. En raison de l'irréductible diversité des expériences individuelles ou de l'ampleur de la question, cette caractérisation ne peut, sans imposture, prendre d'autre forme que celle d'un modèle autorisant l'articulation et la comparaison des différents schèmes axiologiques[219]. En contrepartie, elle doit être en mesure d'opérer la sélection nécessaire à

[218] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.42 et « « Objectivity and Truth : You'd Better Believe It », Philosophy & Public Affairs, p.54.
[219] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.54 et p.58.

l'instauration du débat public portant sur les fins visées par les diverses pratiques sociales, qui, par ailleurs, ne peuvent se réduire à un intérêt particulier. Telle est, du moins, l'hypothèse de Dworkin. Bref, le modèle envisagé doit fournir le critère d'admission des convictions exprimées au sein de la délibération politique.

Il convient d'être conscient de l'ampleur du problème qu'affronte la thèse de l'intégration. En effet, la variété des convictions éthiques alimente plus qu'elle ne résout les conflits interpersonnels et *a fortiori*, les divergences sur des sujets plus proprement collectifs tels que la distribution des ressources, la justice et l'usage de la coercition en général. Même en réduisant la discussion aux ambitions socioprofessionnelles, une assemblée d'une centaine de personnes proposerait autant d'options différentes. Que dire alors des enjeux plus chargés, tels l'avortement, l'euthanasie ou la thérapie génétique?

De surcroît, ledit pluralisme se manifeste par la déclinaison des registres de discours : intuitivement, ce qu'une personne souhaite pour elle-même ne s'applique pas forcément à autrui et encore moins à une pratique partagée. Que l'on associe les convictions éthiques aux préférences personnelles, et la justice aux préférences impersonnelles ou politiques, et l'on prendra la mesure de la rivalité du bien et du juste. Or, c'est précisément de ce matériau instable que la thèse de l'intégration prétend se servir pour jauger les objectifs normatifs : n'est-ce pas délibérément rechercher la dissension lorsque seule importe la coordination[220]?

Depuis Kant, la position traditionnelle du libéralisme quant à l'articulation du juste et du bien consiste à affirmer la priorité du premier sur le second; la version contemporaine en a été formulée par Rawls[221]. Cette priorité s'est imposée comme le symbole de la conception libérale de l'État, à qui il n'appartient pas de prendre position sur les aspirations des ses citoyens, au-delà du principe de non-nuisance défendu par Mill. À ce titre, l'État ne doit pas

[220] Enjeu notamment soulevé par R.Posner à l'endroit des théories délibératives de la démocratie. Voir *supra*, chap.3-1-b, pp.150-157.
[221] RAWLS John, Théorie de la justice, p.57. Voir aussi, SOSOE Lucas K., « La réaction communautarienne » in Histoire de la philosophie politique, t.5, Alain RENAUT dir., p.395. Voir aussi, pour une présentation à partir du point de vue communautarien, SANDEL Michael, « La république procédurale et le moi désengagé », in Libéraux et communautariens, 2e éd., Paris : Presses Universitaires de France, 2002, c1997. 412 p. ISBN 2130482635. pp.256-257.

envisager de politique perfectionniste, c'est-à-dire qui viserait l'amélioration de la vertu de ses citoyens[222].

Puisque le juste évalue les rapports entre personnes et non leurs projets de vie respectifs, il semble approprié d'en postuler l'antériorité afin d'éviter les controverses déchaînées par la promotion d'une conception particulière du bien, fût-elle appelée à devenir publique. En ce sens, confronté à la question de la sélection des objectifs assignés à une pratique sociale donnée, le libéral restrictif exclut toute interprétation qui procède d'une conception particulière du bien pour ne retenir que celles qui expriment un principe de justice. La neutralité envers les fins personnelles constitue alors la procédure de validation des arguments publics et « réconcilie par suspension » justice et bien, reléguant ce dernier à la sphère privée.

En dépit de l'importance du principe de tolérance, Dworkin émet de sérieuses réserves envers un raisonnement qui reconnaît le caractère engagé et partial des convictions personnelles tant éthiques que morales, mais qui présuppose leur abandon lors de délibérations politiques[223]. Dit autrement, s'il est non seulement normal voire souhaitable d'accorder la priorité à des proches plutôt qu'à un parfait étranger, la solution libérale « classique » consiste à se détacher de telles habitudes de pensée pour se draper d'une impartialité abstraite et froide avant de participer au débat public[224]. Or, un critère d'admissibilité des arguments aussi restrictif apparaît invraisemblable et surtout illégitime : pourquoi, au sein d'un régime politique qui promeut la participation aux affaires publiques, devrait-on laisser de côté un élément essentiel de l'identité humaine? Concrètement, sachant que du caractère recevable ou non de certains arguments dépendent les gestes qu'un

[222] BERTEN André, SILVEIRA Pablo da, POURTOIS Hervé, Libéraux et communautariens, pp.9-10. Voir aussi, RAWLS John, Théorie de la justice, p.51. Il est intéressant de noter que Rawls classe l'utilitarisme parmi les théories perfectionnistes.
[223] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.14.
[224] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.15.

gouvernement est autorisé à poser, comment justifier telle ou telle pratique hors de toute référence aux préférences de chaque individu[225]?

De surcroît, cette compréhension de l'antériorité du juste sur le bien réactive l'illusion archimédienne. En effet, la neutralité pratique du libéralisme restrictif, soit la tolérance, se double d'une axiomatique du même acabit[226]. La tolérance libérale correspond à la même neutralité que celle professée par le sceptique externe : il serait possible d'adopter une perspective « politique » purgée d'éléments substantiels à travers laquelle évaluer les différentes revendications et croyances éthiques pour conclure, en toute indépendance que, toutes se valant, aucune n'est en mesure de justifier quoi que ce soit.

Enfin, une priorité systématique du juste sur le bien risque d'altérer le poids respectif des problèmes concernés ou de forcer la comparaison d'éléments incommensurables. On pensera par exemple aux cas médicaux dans lesquels la stricte application d'une règle de justice distributive pourrait aller à l'encontre du bien du patient : étant donné le caractère essentiel – ou nécessaire, selon la perspective – de la santé, doit-on accorder la priorité à la règle de justice? De même, est-on autorisé à mettre en balance la condition de vie de différents patients – celui qui a besoin d'un traitement donné et ceux privés des ressources nécessaires? Pour cette raison, on pourrait aller jusqu'à douter que la priorité systématique de la justice lui permette de jouer sa fonction d'étalon à l'aune duquel les différents biens sont mesurés[227].

Cette scission entre les raisons avancées pour justifier les principes politiques et les convictions personnelles a connu nombre d'échos au cours des quarante dernières années, d'une part, comme l'un des principaux vecteurs du débat entre communautarisme et libéralisme et, d'autre part, à l'intérieur même du libéralisme, entre les partisans d'une stricte

[225] DWORKIN Ronald, DPH, pp.64-65.
[226] NEAL Patrick, « Une théorie libérale du bien? », in Libéraux et communautariens, p.126.
[227] Nous nous inspirons de la manière dont C.GUIBET LAFAYE pose le problème de la priorité, in La justice comme composante de la vie bonne, p.10.

neutralité et les tenants d'une relecture de ce qui semble constituer un formalisme exagéré[228]. Si, explicitement, la position que Dworkin adopte par le biais de la thèse de l'intégration répond au second volet, plus précisément à l'intégration rawlsienne du juste au bien, son contenu s'adresse autant à la critique communautariste qu'il prive de ses cibles privilégiées. La présentation exhaustive du débat dépasse le cadre de cette thèse; néanmoins, nous exposerons les éléments susceptibles de mettre en lumière les évolutions les plus significatives des thèses de Dworkin, gardant à l'esprit qu'en dépend la plausibilité de l'entreprise interprétative.

1. LE CONTRACTUALISME COMME STRATÉGIE DISCONTINUE

La stratégie contestée par Dworkin, qualifiée de discontinue, propose une compréhension de la perspective politique – ce qui concerne l'action collective et ses moyens – comme une construction artificielle dont la raison d'être tient précisément à son relatif désengagement des convictions éthiques[229]. De ce point de vue, les principes guidant les institutions politiques, dont le gouvernement, seraient comparables aux clauses d'un contrat auxquelles l'individu n'est pas tenu de s'identifier de la même manière qu'à l'endroit de ses convictions personnelles, mais auxquelles il adhère en raison d'un ou de plusieurs de ses intérêts bien compris[230]. Bref, la thèse de l'intégration s'oppose à la tradition du contrat social.

L'exemple du club des misanthropes se prête bien à l'exposé des avantages du modèle contractualiste. En s'inscrivant au club, les membres acceptent de mettre en sourdine certaines convictions, notamment le plaisir de déclamer des vers à tue-tête; cette renonciation

[228] En ce qui concerne le premier volet, on pourra adopter comme œuvres de référence Libéraux et communautariens, de A.BERTEN, P.DA SILVEIRA et H.POURTOIS et Histoire de la philosophie politique, t.5 « Les philosophie politiques contemporaines » de A.RENAUT dir., tandis qu'en ce qui a trait à la lecture post-rawlsienne du cadre libéral on mentionnera en exemple, outre les travaux de Dworkin sur le sujet, S.MESURE et A.RENAUT, Alter Ego, Les paradoxes de l'identité démocratique, C.GUIBET LAFAYE, La justice comme composante de la vie bonne, RAZ Joseph, Ethics in the Public Domain : Essays in the Morality of Law and Politics, édition révisée, Oxford : Oxford University Press, 2001. x, 380 p. Clarendon Paperbacks. ISBN 0198260695 et les travaux de J.RAWLS lui-même, suite à la réception de sa Théorie de la justice. Voir aussi, en annexe, la chronologie commentée des écrits de Dworkin.

[229] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.17. Considérant la critique de M.SANDEL envers le « moi désengagé » promu par le libéralisme, la définition qu'offre Dworkin de la perspective éthique comme « engagée et passionnée » est loin d'être fortuite.

[230] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.17.

appartenant néanmoins aux motifs à l'origine de l'inscription, les règlements du club restent cohérents avec la perspective personnelle de chaque membre. La réconciliation de la perspective personnelle avec la perspective politique a pour vecteur non pas la substance des convictions, mais les motifs poussant à souscrire au contrat[231]. Ses termes précisent les arguments et convictions admissibles au sein de la perspective politique.

Le mécanisme du contrat permet donc de réguler les interactions des différents signataires, d'arbitrer leurs diverses revendications sans représenter intégralement leurs convictions éthiques respectives[232]. À ce titre, la démarche discontinue représente un artifice grâce auquel les contractants peuvent prétendre à une relative neutralité, au sens archimédien, vis-à-vis de leurs croyances axiologiques. Les principes contenus dans le contrat sont neutres car ils résultent en quelque sorte de la volonté des participants et non d'une délibération impliquant leurs convictions. Le gouvernement qui en émerge, confinant son action au domaine ainsi délimité, procède alors de la même neutralité : il n'existe qu'en vue de faciliter la coordination des différents projets de vie. Ce faisant, le contrat pose la neutralité comme l'axiome de l'action collective.

Avant de poursuivre, il convient de souligner le succès théorique, voire pratique, de cette conception instrumentale de la justice politique vis-à-vis des conceptions du bien. Ce succès est mérité puisqu'elle propose un cadre théorique, pourvu tant d'un schème d'analyse que d'un guide applicable à une grande variété de configurations sociopolitiques. Ainsi, chaque compréhension du contrat social a donné lieu à une hypothèse quant au type d'intérêts susceptible de recueillir l'adhésion nécessaire à l'institution d'une unité politique[233].

Tandis que Hobbes a fait de l'intérêt bien compris, plus exactement de la peur de la mort violente, le principal ressort de l'adhésion consensuelle à un contrat social, Locke en a défendu une compréhension plus sophistiquée qui ajoutait, outre la sécurité procurée par la

[231] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.17.
[232] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.22.
[233] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.23.

sortie de l'état de nature, des conditions de protection de l'individu qui augmentent d'autant les arguments recevables au sein de la sphère publique[234]. À titre de comparaison, le débat public hobbesien se réduit à une seule question : y a-t-il ou non, garantie de l'intégrité physique? Évolution particulièrement intéressante, l'un des premiers écrits de Dworkin sur le libéralisme défend une appréciation axiomatique de la neutralité politique.

Dans un article de 1978, Dworkin s'attaque au problème de la définition du libéralisme[235]. Il y relève l'aspect protéiforme des valeurs libérales et propose comme principe fondamental une interprétation de l'idée selon laquelle tout gouvernement doit traiter ses citoyens en individus égaux [236]; ce qui suppose qu'un gouvernement doit strictement s'abstenir de promouvoir une conception de la vie bonne, sans quoi il empiètera inévitablement sur la dimension la plus fondamentale de l'égalité[237]. Au cours de cette réflexion, Dworkin fait de la neutralité l'axiome du libéralisme : les autres valeurs libérales, telle la liberté, la primauté du droit ou le marché sont dérivées de cette compréhension première de l'égalité de traitement. Réciproquement, le citoyen n'a d'autre motivation à adhérer aux principes politiques que le calcul de ses intérêts. Il importe de marquer ce tournant opéré par le « Dworkin de l'intégration » par rapport au « premier Dworkin » dont la position, développée douze ans plus tôt, reste étroitement liée aux versions antiperfectionnistes du libéralisme antérieures à la critique communautarienne[238]. À ce sujet, on notera que cette première caractérisation dworkinienne du libéralisme s'oppose d'abord à un conservatisme social et économique plus proche par endroit du libertarisme qu'à une doctrine du *télos* de la Cité.

Ce déplacement de la pensée de Dworkin fera l'objet d'un court essai publié en 1983 – donc un an après la publication de *Liberalism and the Limits of Justice* de Sandel – dans

[234] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.23. Nous n'indiquons que les doctrines du contrat citées par Dworkin, toutefois, le même raisonnement pourrait être appliqué à Rousseau dont le contrat est encore plus sophistiqué.
[235] Il s'agit du chapitre 8 d'Une question de principe, « Le libéralisme », pp.225-255.
[236] DWORKIN Ronald, QP, p.239.
[237] DWORKIN Ronald, QP, p.239.

lequel il oppose deux formes de libéralisme, l'un fondé en liberté et neutre, l'autre fondé en égalité[239]. Bien que la Nouvelle Droite et le libertarisme soient à nouveau dans la ligne de mire de cet essai, intitulé « Pourquoi les libéraux doivent se soucier d'égalité », la définition du libéralisme égalitaire intègre un élément déterminant : la neutralité n'y constitue plus un axiome, mais une valeur dérivée[240]. Elle n'est plus synonyme d'égalité de traitement ni de perspective politique.

Par contraste, Rawls s'éloigne de la position archimédiste des compréhensions instrumentales du contrat social en lui attribuant une raison d'être plus substantielle, à savoir l'élaboration de principes qui définissent la première vertu sociale : la justice[241]. Les termes du contrat visent non plus la simple survie des signataires, mais la satisfaction de besoins moraux[242]. Cela tient à la situation originelle dans laquelle se trouvent les partenaires : derrière le voile d'ignorance, les contractants ignorent tout de leurs intérêts personnels[243]. Ils n'ont alors d'autre choix que d'envisager leur position de la manière la plus impartiale possible, donc d'élaborer des principes fondés en équité, c'est-à-dire articulés selon une relation de symétrie entre des partenaires traités comme autant de fins[244]. L'harmonisation des perspectives éthiques et politiques devient plus complète dans la mesure où les revendications ne sont plus arbitrées selon un critère de coexistence, mais selon l'égale capacité à rechercher puis poursuivre une compréhension de la vie bonne[245]. La théorie rawlsienne du contrat transforme la neutralité en impartialité. Par contre, le procédé reste discontinu puisque ces conditions sont identifiées à partir d'une perspective abstraite des motifs personnels – pour

---

[238] Tournant assumé par Dworkin, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, note 2, p.7, et souligné par A.BERTEN et al. in Libéraux et communautariens, p.44. En ce qui a trait à la critique communautarienne, nous pensons plus particulièrement aux travaux de M.SANDEL et C.TAYLOR.

[239] Ce texte correspond au chapitre 9 d'Une question de principe, « Pourquoi les libéraux doivent se soucier d'égalité », pp.256-266.

[240] DWORKIN Ronald, QP, p.256.

[241] RAWLS John, Théorie de la justice, p.29. Pour une présentation et une discussion du dépassement rawlsien de la rationalité calculante voir, RENAUT Alain, Qu'est-ce qu'un peuple libre? Libéralisme ou républicanisme, 1ère éd., Paris : Éditions Grasset et Fasquelle, 2005. 267 p. Essai. ISBN 2246674611. pp.217-224.

[242] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.24.

[243] RAWLS John, Théorie de la justice, p.38.

[244] RAWLS John, Théorie de la justice, p.38. Voir aussi, BERTEN André, SILVEIRA Pablo da, POURTOIS Hervé, Libéraux et communautariens, p.34.

[245] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.24. On remarquera que A.Berten et al. font remonter ce tournant d'un contractualisme d'intérêt vers un contractualisme moral au libéralisme kantien, Libéraux et communautariens, p.9. Il serait aussi possible d'ajouter à la liste le contrat social de Rousseau.

être précis, selon une théorie restreinte du bien qui se résume à constater qu'il est de l'intérêt de tous de rechercher une conception du bien[246].

La stratégie rawlsienne de la discontinuité établit une congruence entre la poursuite du bien et le sens de la justice telle qu'un individu rationnel désirerait se placer du point de vue de la justice lors de l'élaboration de son projet de vie[247]. Dans cette optique, des institutions justes sont souhaitables car elles facilitent l'atteinte des différentes fins individuelles, pourvu que celles-ci soient rationnelles. Plus fondamentalement, l'individu révèle sa nature d'être rationnel lorsqu'il adhère à et supporte des institutions qui correspondent à son sens de la justice[248].

Sous ce rapport, l'harmonisation rawlsienne des convictions éthiques et du sens de la justice relève de la psychologie morale : l'individu exprime sa rationalité lorsqu'il cultive à la fois sa capacité éthique et son sens de la justice en vue d'en faire une fin recherchée pour elle-même[249]. À la suite de Dworkin, il est alors possible de conclure que le contractualisme rawlsien justifie moralement la discontinuité : de fait, les principes de justice ne peuvent faire l'objet d'un compromis au profit des autres fins[250]. Le contrat social de Rawls est susceptible de susciter et d'entretenir un consensus plus important que celui proposé par son homologue hobbesien, lequel dérive sa valeur de motifs circonstanciels : il suffit qu'un contractant estime, à tort ou à raison, pouvoir assurer seul sa sécurité pour que le contrat soit rompu. Chez Rawls, la nature rationnelle de l'individu non seulement le pousse à préserver son sens de la justice, mais à la considérer comme sa fin dominante, donc à dépasser ses intérêts particuliers dans l'évaluation des principes de justice[251].

La thèse de la congruence se heurte néanmoins à une objection de taille : les motifs qui pousseraient une personne à accepter la priorité du juste – condition nécessaire à la réconciliation des perspectives personnelles et politiques – ne génèrent aucune obligation

[246] RAWLS John, Théorie de la justice, p.438.
[247] GUIBET LAFAYE Caroline, La justice comme composante de la vie bonne, p.181.
[248] GUIBET LAFAYE Caroline, La justice comme composante de la vie bonne, p.182.
[249] RAWLS John, Théorie de la justice, p.615.

légitime. En effet, en vertu de sa fonction collective, un principe politique doit disposer d'une valeur catégorique, c'est-à-dire être en mesure de justifier son application à autrui en dépit de son consentement[252]. Les doctrines contractualistes, à cause de leur composante virtuelle – rares sont ceux qui affirment la réalité du dit contrat – constituent une procédure de validation envers laquelle les individus ne sont pas liés. En quoi l'adhésion virtuelle de personnes hypothétiques à un certains nombre de clauses obligerait-elle les citoyens réels qui n'ont rien signé[253]? « Un contrat hypothétique, même dans l'intérêt de tous, n'est pas le pâle reflet d'un contrat, ce n'est tout simplement pas un contrat. »[254].

De prime abord, le contrat rawlsien évite cette objection : la rationalité commune aux convictions éthiques et aux principes moraux justifie aussi leur mise en œuvre. Si un individu exprime sa nature rationnelle par l'entretien de son sens de la justice, il devrait alors être tenu de mettre en œuvre les principes résultant d'une procédure rationnelle, même si celle-ci est hypothétique[255]. Toutefois, ce raisonnement simplifie à outrance l'expérience éthique puisqu'il présuppose l'impartialité de la perspective morale en l'assimilant abusivement à la sphère politique, par opposition aux convictions éthiques qui relèveraient exclusivement de la sphère personnelle[256]. Or, la morale porte aussi bien sur les relations d'un individu avec ses proches que sur celles qu'il entretient avec la société dans son ensemble[257]. Par exemple, la priorité que des parents accordent à leurs enfants ne peut être expliquée par l'égoïsme ni par le bien-être personnel. Dans cette optique, la continuité entre la morale personnelle et la morale collective ne va pas de soi; la première défend une conception partiale du bien, qui intègre différents degrés d'allégeance selon la proximité avec l'autre, ce que la seconde ne

[250] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.24.
[251] RAWLS John, Théorie de la justice, p.615. Voir aussi, GUIBET LAFAYE Caroline, La justice comme composante de la vie bonne, p.185.
[252] LARMORE Charles, « Du libéralisme politique », in Libéraux et communautariens, p.156.
[253] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.26.
[254] Traduction libre de : « A hypothetical contract, even one in everyone's interests, is not a pale form of contract; it is no contract at all », DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.26.
[255] RAWLS John, Théorie de la justice, p.48.
[256] Comprise comme l'ensemble des convictions éthiques et des croyances morales.
[257] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.27. Voir aussi, BERTEN André et al., Libéraux et communautariens, p.50.

peut accepter. Pour autant, on ne saurait conclure à l'irrationalité d'une personne qui raisonne ainsi.

Ensuite, si l'on admet que les préférences personnelles sont également composées de convictions éthiques et morales, force est de constater que leur relation à cette échelle diffère substantiellement de celle entre convictions éthiques et principes moraux collectifs. De fait, les convictions morales personnelles s'accordent avec la conception du bien-être du sujet : il serait absurde qu'un individu règle sa conduite envers autrui, tous degrés d'allégeance confondus, selon ce qu'il estime mauvais[258]. Dès lors, il convient de se demander comment il est possible de justifier la mise en œuvre de principes impartiaux – donc séparés des convictions éthiques – par la nature rationnelle de l'être humain lorsque cette même rationalité conseille de tirer le contenu des principes moraux de la compréhension du bien-être? La stratégie de la discontinuité ne semble pas apte à expliquer pourquoi l'absence d'équité à l'intérieur de la sphère publique est répréhensible, entretenant de ce fait une forme de scepticisme interne[259].

Une solution possible consisterait à démontrer que les principes moraux collectifs, du fait de leur application à une échelle politique, exigeraient l'impartialité des contractants. La contradiction entre rationalité personnelle et rationalité collective serait résolue et conférerait une valeur catégorique aux principes de justice : l'individu rationnel doit certes appuyer ses convictions morales personnelles sur sa propre conception du bien-être, mais la morale publique tire son contenu d'autres éléments qui requièrent son impartialité.

Dans cette optique, Rawls propose d'appliquer la méthode de l'équilibre réflexif, non plus aux convictions bien pesées, mais aux idées présentes dans la culture politique, telle la condamnation de l'esclavage ou la représentation électorale[260]. De ces idées implicites, pourra être tirée la substance nécessaire à l'attribution d'une valeur catégorique aux principes de

[258] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.27.
[259] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.28.
[260] RAWLS John, « Justice as Fairness : Political not Metaphysical », Philosophy and Public Affairs, JSTOR. 1985, Vol. 14, nº 3, p.228.

justice du contrat[261]. Toutefois, l'interprétation du substrat préinterprétatif préconisé par Rawls – car c'est bien de cela dont il s'agit – ne peut être effectuée indépendamment des convictions éthiques du sujet. À moins de soutenir l'existence d'une communauté interprétative de laquelle toute ambiguïté est évacuée, l'identification de principes à l'intérieur d'une culture politique suppose que chaque personne concernée ait au préalable articulé son propre système de valeurs afin de départager les interprétations concurrentes: c'est précisément tout l'enjeu soulevé par l'interprétation créative[262]. Au même titre que les géodes axiologiques sont évaluées selon leur validité publique, la valeur catégorique des principes de justice, de la morale collective et des valeurs politiques est alimentée par les convictions éthiques. La stratégie discontinue n'est pas en mesure de discriminer entre les différents objectifs normatifs.

2. LIBÉRALISME INTÉGRÉ : MODÈLE DE DÉFI ET INDIVIDUALISME ÉTHIQUE

Il s'ensuit que l'expérience axiologique semble trop complexe pour s'accorder avec la discontinuité artificielle du contrat social. Pourtant, quelle argumentation raisonnée peut-on espérer dégager de positions qui admettent différents degrés d'allégeance, définissent les relations avec autrui à la lumière du bien-être personnel et, de manière spontanée, considèrent l'action collective idéale comme l'instrument d'aspirations particulières? Enregistrant pleinement la difficulté, Dworkin propose de déplacer le problème non plus en aval des croyances controversées, à la manière des doctrines contractualistes, mais en amont, afin d'identifier les principes éthiques fondamentaux qui leur sont logiquement antérieurs[263]. Le cas échéant, ceux-ci fonderaient les principes publics sans que leur dimension compréhensive ne s'exerce au détriment d'une part importante des systèmes de valeurs. Qui plus est, épousant le plus étroitement possible l'idée même de valeur éthique, leur valeur de vérité ne

[261] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.32.
[262] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.34.
[263] L'expression « logiquement antérieurs » traduit « logically ancestral presuppositions ». DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice », in Dworkin : un débat, p.40. C'est par ce déplacement que Dworkin se distingue de façon marquée du consensus par recoupement de J.Rawls.

pourrait être taxée de conventionnalisme ou de subjectivisme[264]. La justice comme sollicitude doit donc réaliser le délicat exploit de rendre compte de l'impartialité à partir de la valeur éthique des vies individuelles, exhibant par le fait même les valeurs politiques dominantes qui serviront de critère de validation au sein de la communauté interprétative[265].

Cette réconciliation du bien et de la justice met en scène deux éléments centraux de la justice comme sollicitude, à savoir le modèle de défi et la théorie de l'individualisme éthique. À titre de rappel, le modèle de défi explicite la dimension éthique de l'existence, notamment la relation d'une part, entre éthique – comme discours portant sur les fins individuelles – et morale – en tant que réflexion sur les relations à autrui – et d'autre part, entre convictions individuelles et convictions collectives. En quelque sorte, le modèle de défi se présente comme l'infrastructure de la valeur éthique : sa définition de la vie bonne est l'idée régulatrice à l'œuvre dans la théorie de Dworkin. Les principes d'individualisme éthique y répondent : étant donné la forme prise par la valeur entendue en termes de défi, ceux-ci en représentent le versant substantiel. Les principes logiquement antérieurs de l'individualisme éthique sont le principe d'importance égale et le principe de responsabilité spéciale[266]. En conformité avec leur statut de prémisses du discours éthique, Dworkin leur attribue une portée absolue et objective, précisant que bien qu'ils n'aient été que rarement à l'avant-scène du paysage éthique, ils en constituent néanmoins l'horizon indépassable[267].

Soulignons que Dworkin n'établit pas explicitement le lien entre modèle de défi et principes de dignité humaine. En effet, l'essai qui présente le modèle de défi, « Foundations of Liberal Equality », ne mentionne pas encore l'individualisme éthique qui constitue la pierre de touche de « Roots of Justice », textes publiés respectivement en 1990 et en 1999[268]. Néanmoins, à la lecture de son texte sur l'objectivité en éthique : « Objectivity and Truth :

[264] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice », in Dworkin : un débat, pp.40-41.
[265] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice », in Dworkin : un débat, p.31.
[266] Dworkin qualifie aussi les principes d'individualisme éthique de « principes de dignité humaine », voir DPH, p.11. À strictement parler, Dworkin désigne le premier par l'expression « principle of equal and objective value », qui se traduit par « principe d'importance égale et objective ». Pour des raisons de légèreté, nous lui préférons « principe d'importance égale ». DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice », in Dworkin : un débat, p.41.
[267] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice », in Dworkin : un débat, p.41.

You'd Better Believe It », publié en 1996, plus particulièrement en vertu du principe d'unité des croyances substantielles et des énoncés méta-éthiques, nous pensons que notre interprétation présente son système sous son meilleur jour[269]. De surcroît, le modèle de défi et la théorie de l'individualisme éthique partagent le même but : l'articulation du discours éthique au discours politique au sein d'une doctrine unifiée de la valeur[270]. Ne serait-ce qu'à titre d'hypothèse de travail, nous considérerons que ces deux volets du projet de Dworkin entretiennent une relation de réciprocité, les valeurs s'enchâssant dans le modèle et celui-ci émanant de celles-là. Pour des raisons de clarté, nous reproduirons la présentation du modèle de défi et y insèrerons les valeurs de l'individualisme éthique.

Le modèle de défi répond à la question constitutive de l'existence éthique, en l'occurrence, « qu'est-ce qu'une vie bonne? ». Dworkin initie son exploration par l'examen de sa composante, le bien-être. Il en distingue deux types, nommément, le bien-être volitif et le bien-être réfléchi[271]. À l'encontre des interprétations monistes de la vie bonne qui évaluent le bien-être selon un étalon unique, ces deux types de bien-être participent également à la réussite d'une vie, alors considérée comme une structure complexe[272]. Tandis que le bien-être volitif croît à mesure de la réalisation de désirs ponctuels, le bien-être réfléchi augmente en fonction de la réalisation d'objectifs qui *devraient* être visés[273]. Ainsi, la frustration de ne pouvoir jouer aux quilles dès que l'idée se présente ne diminuera pas d'autant la qualité de vie de la personne concernée. Réciproquement, la réalisation d'objectifs volitifs ne compensera pas la compromission d'intérêts critiques, comme l'obtention d'un emploi gratifiant. De ce

---

[268] Une version abrégée de « Foundation of Liberal Equality » a été réimprimé dans SV; « The Roots of Justice » est le dernier chapitre de Dworkin : un débat, WESCHE Steffen et al.

[269] DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe It », Philosophy & Public Affairs, Princeton, New Jersey : Princeton University Press. 1996, vol. 25, n° 2, pp. 87-139.

[270] Voir, DWORKIN Ronald « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.3 et « The Roots of Justice » in Dworkin : un débat, p.15.

[271] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.43. Nous reprenons la traduction de « volitional well-being » et « critical well-being » utilisée dans DWORKIN Ronald « La communauté libérale » in BERTEN André, SILVEIRA Pablo da, POURTOIS Hervé, Libéraux et communautariens, 2e éd., Paris : Presses Universitaires de France, 2002, c1997. 412 p. ISBN 2130482635.

[272] Dworkin cite en exemple l'utilitarisme, mais on pourrait y ajouter les éthiques hédonistes et eudémonistes, pourvu que leur critère soit unique. « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, pp.42-43.

[273] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.43. On mettra en parallèle la différence entre bien-être réfléchi et bien-être volitif avec celle entre bien dont la valeur est intrinsèque et biens recherchés en vue d'autres objectifs, ARISTOTE, Éthique à Nicomaque, nouvelle traduction avec introduction, notes et index par Jules Tricot, 7e impression, Paris : Librairie philosophique J.Vrin, 1959. 539 p. Bibliothèque des textes philosophiques. ISBN 271160022X. I, 1, 1094 a 18-22, pp.33-34.

point de vue, il est possible de dire du bien-être volitif qu'il est au bien-être réfléchi ce que les préférences sont aux conceptions du bien[274].

Les deux catégories de bien-être évoluent à la manière d'une molécule d'ADN, dont les séquences sont liées quoique distinctes. Certains objectifs critiques engendreront des intérêts volitifs – vivre de la philosophie médiévale suppose la maîtrise du latin – tandis que l'augmentation du bien-être volitif pèsera indirectement sur le bien-être réfléchi : l'échec répété, même d'objectifs volitifs ponctuels, peut diminuer l'ensemble de la qualité de vie[275]. Malgré leurs relations réciproques, Dworkin rappelle que ces deux catégories ne sont pas susceptibles de synthèse : il n'existe pas de bien-être englobant qui mesurerait la proportion de chaque type de bien-être nécessaire à la réussite d'une vie[276]. Bien-être volitif et bien-être réfléchi entretiennent une tension créatrice quoique inégale. En effet, Dworkin semble suggérer qu'en cas de conflit les intérêts critiques ont préséance. Néanmoins, leur priorité s'exerce en dépit des objectifs volitifs et non en harmonie avec ces derniers[277]. En revanche, il serait erroné de voir dans la dichotomie critique-volitif un synonyme de l'opposition entre objectivité et subjectivité : si les objectifs volitifs n'ont pour valeur de vérité que le désir de leur auteur, il reste néanmoins possible d'en évaluer objectivement le bien-fondé[278]. À quoi nous ajouterons que si les conflits entre différentes convictions éthiques prennent parfois l'intensité qu'on leur connaît, que cela soit entre plusieurs protagonistes ou chez la même personne, c'est précisément parce que l'on ne peut simplement évacuer les intérêts volitifs en leur accolant l'étiquette subjectiviste.

Dès lors, il importe de se demander si la distinction entre les deux catégories de bien-être est gratuite. Dworkin semble en concevoir l'éventualité lorsqu'il reconnaît que son

[274] Pour une analyse des différences entre le concept de préférence et le concept de bien, voir NEAL Patrick, « Une théorie libérale du bien? », in Libéraux et communautariens, pp.133-134.
[275] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.44.
[276] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.45.
[277] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.45. En ce sens, la distinction entre bien-être volitif et bien-être réfléchi est conforme au cohérentisme du modèle construit, puisqu'un critère synthétisant leurs conflits serait fondationnaliste.
[278] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.44. Voir aussi « Liberal Community » in SV, p.216.

modèle a peu de chance de convaincre le tenant d'une gradation moniste du bien-être[279]. Toutefois, à ses yeux, la pertinence de la distinction tient à son statut architectonique. Ainsi, s'il y a adoption d'une échelle moniste du bien-être, les objectifs mesurés deviennent indifférenciés, pouvant autant être qualifiés de volitifs que de critiques. Or, chaque alternative soulève d'importantes objections : si tous nos intérêts sont volitifs, et tenant compte qu'un objectif est volitif lorsqu'il se justifie par le souhait du sujet, comment éviter de tomber dans le volontarisme axiologique? Si, en vue d'éviter cette dérive, l'on considère tous nos intérêts comme critiques, il devient nécessaire de proposer un critère d'identification archimédien. Bref, la reconnaissance du dualisme des bien-être délimite un espace au sein duquel cohérence et objectivité peuvent se rejoindre. De manière plus substantielle, l'existence, même potentielle, d'intérêts critiques introduit la possibilité de distinguer une vie réussie d'une vie gâchée, donc d'attribuer ne serait-ce qu'une forme à l'idée de valeur éthique.

L'identification des intérêts critiques devient, à ce titre, essentielle. Or, Dworkin le souligne : tant la valeur éthique que le bien-être réfléchi sont des idées dont le contenu porte à controverse et se situe au cœur des débats éthiques[280]. De fait, le dualisme des bien-être prévient l'identification apriorique des objectifs critiques d'une vie réussie. Dworkin étudie alors cinq dilemmes dont la récurrence sape l'articulation de l'expérience éthique et dont il est permis de supposer que leur résolution porte sur l'identification d'intérêts critiques.

Importance contre cosmos

Le premier dilemme met en scène le rapport d'une vie à l'univers : alors que chacun considère la réussite de sa vie comme une donnée essentielle de l'existence, l'espèce humaine représente à peine plus qu'une éphémère poussière, tant à l'échelle spatiale que chronologique de l'univers. Pourquoi donc se préoccuper d'un élément cosmique si peu significatif? À

[279] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.54.
[280] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.47. Voir aussi « Roots of Justice », in Dworkin : un débat, p.39.

l'inverse, comment ignorer que les vies concernées tirent en partie leur valeur de leur aptitude à poser la question précédente[281]?

Indexation et transcendance

De même, si la vie dispose d'une valeur qu'il s'agit de découvrir, comment harmoniser les deux intuitions que sont son indexation au lieu et à l'époque, et son caractère transcendant valable partout et en tout temps[282]? La réussite d'une vie dépend-elle et se mesure-t-elle en fonction de son insertion dans son environnement, au risque de dériver vers le nihilisme axiologique, ou dispose-t-elle d'un étalon transcendant, mais potentiellement désincarné?

Éthique et morale

Le troisième dilemme amène à poser la question des relations entre les convictions éthiques, soit les croyances qui concernent le bien-être personnel, et les convictions morales qui régissent les relations entre individus et dont la justice est l'expression la plus élevée[283]. Le bien-être coexiste-t-il avec l'injustice? De deux choses l'une, si seuls les objectifs volitifs sont pris en compte, le problème est relativement simple : assimilées aux souhaits personnels, les convictions dont découle le bien-être, sont indépendantes des convictions morales, les contredisant à l'occasion. Lorsqu'envisagé selon la perspective des objectifs critiques, le problème devient en revanche plus complexe puisque convictions éthiques et morales sont alors liées à l'intérieur du registre normatif : les deux types de convictions critiques retracent ce que nous *devrions* rechercher[284]. Le conflit entre convictions morales critiques et convictions éthiques critiques semble incontournable : intuitivement, les premières requièrent

[281] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.50.
[282] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.50. On remarquera que cette question a été abordée sous un autre angle lors de la discussion du scepticisme. Il importe de ne pas confondre indexation et relativisme : la prise en compte du contexte ou de la situation peut être selon une proportion qui serait absolue. Le relativisme exprime forcément une théorie indexée de la valeur éthique, mais l'inverse n'est pas systématiquement vrai.

une impartialité ou du moins une prise en compte d'autrui dont les secondes n'ont que faire[285].

Dworkin envisage trois interprétations. La première consiste à soutenir que la vie bonne est indépendante de la justice. Le cas échéant, un objectif critique personnel aura préséance sur le respect des principes de justice[286]. La seconde postule l'existence d'un lien entre le bien-être personnel et la justice, mais n'y réduit pas le premier. Même en cas de conflits, les deux impératifs s'inscrivent dans le même domaine selon une logique d'équilibre. Ces deux interprétations semblent les plus répandues quoique problématiques : comment deux objectifs que l'on *doit* rechercher peuvent-ils se contredire ou se contrebalancer? Dans cette optique, la troisième interprétation, que Dworkin attribue à Platon et qui nie que l'injustice puisse profiter au bien-être, semble plus appropriée[287]. On comprendra alors l'impact de l'élucidation de la relation des convictions éthiques et morales sur le problème qui nous occupe : si l'on ne peut bien vivre sans justice, l'harmonisation du bien et du juste devient indispensable. Par opposition, l'indépendance ou l'équilibre de la morale et de l'éthique confirment la pertinence de la stratégie discontinue.

Réussite et adhésion

Si l'on peut évaluer la réussite d'une vie, doit-on intégrer le point de vue du sujet dans le calcul? D'un côté, la composante normative des intérêts critiques semble confirmer l'indépendance de son évaluation et de son appréciation : il suffit d'y trouver les éléments qui l'identifient comme telle. L'adhésion du sujet est une prime dont l'ajout ou le retrait ne participe que de manière marginale à l'évaluation d'ensemble. D'un autre côté, comment soutenir une position qui affirme la réussite d'une vie en dépit de l'appréciation de son

[283] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice » in Dworkin : un débat, p.43. Une autre manière de poser la dichotomie est de définir l'éthique comme l'ensemble des fins qu'un individu peut se fixer tandis que la morale concerne les relations interindividuelles donc les fins collectives. On remarquera que la différence éthique-morale correspond aux deux pouvoirs moraux que Rawls attribue au sujet, RAWLS John, Théorie de la justice, p.46.
[284] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.49.
[285] DWORKIN Ronald, « Roots of Justice », Dworkin : un débat, p.34.
[286] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.48.
[287] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.49.

détenteur[288]? L'image du poète maudit illustre bien cette tension : alors que son œuvre manifeste la maîtrise d'un art complexe, elle résulte du dégoût de son auteur envers son existence.

Unité d'éthicité

Enfin, un dernier dilemme trouble celui qui doit identifier l'unité éthique dont l'existence est améliorée par la mise en œuvre de principes. Intuitivement, cette unité correspond à la personne concernée : l'individu reste le seul responsable de l'adoption du projet de vie qui lui convient[289]. Néanmoins, la qualité de vie individuelle est parfois subordonnée, intégralement ou en partie, à la qualité de vie collective ou aux projets communautaires. Ainsi en est-il d'un individu fier des projets écologiques de sa municipalité, ou, à l'inverse, honteux des gestes du gouvernement ou de son administration[290]. Le bien-être réfléchi semble admettre pour source la réalisation de projets tant individuels que collectifs[291].

Ce dernier problème est particulièrement ardu, au moins méthodologiquement, puisqu'il confronte les conceptions atomistes et holistes de l'actant. La communauté, en tant qu'entité distincte et dotée de sa propre vie éthique, influencerait la vie individuelle, qui reste néanmoins autonome et qui l'influence en retour. Outre les débats quant à la priorité d'une unité sur l'autre, on relèvera que la perspective de Dworkin n'exclut d'emblée aucune ontologie sociale[292]. Parallèlement, le modèle de défi admet l'existence d'un environnement éthique dont la teneur reste à déterminer[293]. C'est par la résolution de ce dilemme et la réflexion sur la communauté libérale qui s'ensuit que Dworkin engage la joute avec le communautarisme[294].

[288] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.51.
[289] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.52.
[290] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.53.
[291] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.52.
[292] Caractéristique qui se manifeste tout au long de son œuvre.
[293] DWORKIN Ronald, SV, p.211.
[294] Voir DWORKIN Ronald, « Liberal Community » in SV, chap.5, pp.211-236.

Chaque dilemme représente une source potentielle de scepticisme interne : les termes en présence incarnent des valeurs dont l'affirmation contredit un pan entier de l'expérience éthique[295]. Ainsi, l'adoption du principe selon lequel la valeur éthique est indexée force à abandonner les intuitions qui découlent d'une valeur éthique transcendante. Comment expliquer ces dilemmes tout en organisant en toute cohérence les convictions générales qui les composent, sachant qu'en dépend l'identification des intérêts critiques?

Dworkin examine différents modèles qui se distingueront par la place assignée aux dites convictions : dans l'esprit du cohérentisme dworkinien, certains modèles seront rejetés parce qu'incapables de résoudre l'ensemble des contradictions ou de discriminer parmi les intuitions des dilemmes. D'autres le seront à cause de l'absurdité de leurs conclusions[296]. En somme, la comparaison des différents systèmes de valeurs reposera sur leur aptitude à fournir une clef de lecture des dilemmes susmentionnés qui évite le scepticisme interne. C'est en cela que l'on peut considérer les modèles d'éthicité comme des principes *a priori* qui aident à atteindre l'unité des croyances axiologiques. Dworkin évalue deux modèles susceptibles d'agencer nos intuitions éthiques, à savoir le modèle d'impact – *model of impact* – et le modèle de défi – *model of challenge*[297]. Le modèle d'impact exprime l'intuition selon laquelle la réussite d'une vie réside dans son produit, mesurée par ses conséquences sur la réalité, tandis que le modèle de défi conçoit la vie comme une performance dont la réussite se mesure à l'adresse de son interprète[298].

a. Modèle d'impact et conséquences

Présenté simplement, le modèle d'impact interprète l'expérience éthique en termes de conséquences. Dans le monde désenchanté contemporain, où les hypothèses métaphysiques

[295] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.55.
[296] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.58.
[297] Il serait vraisemblablement possible de présenter un plus grand nombre de modèles, toutefois, il importe de retenir qu'une part du propos de Dworkin consiste à présenter des modèles à la fois le plus inclusifs possibles, étant donnée la variation de systèmes de valeurs, et capables d'expliquer l'apparition des dilemmes quant aux intérêts critiques. On notera toutefois que R.Arneson a contesté l'exhaustivité de l'opposition modèle de défi-modèle d'impact, qu'il qualifie d'invraisemblable; voir, ARNESON Richard J., « Cracked Foundations of Liberal Equality » in Dworkin and his Critics, BURLEY Justine, éd., pp.82-83.
[298] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, pp.53-54.

n'ont plus cours, cette structure constitue un avantage non négligeable puisqu'elle établit un lien entre la valeur et l'empiriquement vérifiable, affranchi de spéculations échevelées sur la valeur d'une vie[299]. Plusieurs critères d'évaluation des conséquences peuvent être proposés : certains perçoivent la production artistique d'un Mozart comme le meilleur exemple de conséquences bénéfiques, d'autres réservent ce jugement à la gloire des conquêtes militaires ou à la fondation d'un empire industriel. Quoi qu'il en soit, une fois cette question résolue, le modèle d'impact allie simplicité et souplesse, la dimension significative d'une vie étant claire, soit ses conséquences, et universellement applicable. Il importe toutefois de noter que la mesure proposée par le modèle d'impact n'équivaut pas nécessairement à une évaluation hétéronome des dites conséquences : le sujet concerné peut évaluer ses propres actions à travers leur impact[300].

En revanche, un aspect des intérêts critiques semble échapper à une vie ainsi conçue : certains objectifs sont dépourvus de conséquences manifestes sans être insignifiants. À titre d'exemple, si l'impact littéraire de l'œuvre de Proust est considérable, son étude par un amateur anonyme épris de belles lettres n'y ajoutera rien – si ce n'est l'achat de quelques livres. Pourtant, rien n'autorise à douter de l'importance de cet objectif pour celui qui se l'est fixé[301]. Nous irions jusqu'à affirmer que la maîtrise du français qu'exhibe Proust n'avait vraisemblablement pas pour objectif délibéré la rédaction d'un classique lu par le plus grand nombre. Bref, le modèle d'impact ne rend pas compte d'objectifs qui portent sur le sujet lui-même, notamment sur ce qu'il souhaite être ou devenir, plutôt que sur son environnement[302].

b. Modèle de défi et habileté

Par contraste, le modèle de défi ne fait pas dépendre la valeur éthique des changements provoqués au sein d'une réalité objective – qu'il reste à définir. En référence à

[299] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.55.
[300] DWORKIN Ronald, « Replies » in Dworkin and his Critics, BURLEY Justine, éd., p.355.
[301] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.57.

Aristote, Dworkin caractérise une vie bonne comme un défi relevé de telle manière que la performance offerte y trouve sa valeur propre, sans relation avec un état de fait[303]. La vie serait alors comparable à l'interprétation brillante d'une pièce de musique par un soliste : c'est en raison de sa difficulté, assimilable aux circonstances de l'existence, que la performance a une valeur. Dans cette optique, les intérêts critiques sont les éléments de preuve par lesquels on confirme que le défi a non seulement été relevé, mais affronté avec succès[304].

La continuité entre ces deux modèles de la vie bonne et les conceptions construite et naturelle de la justification est frappante. De fait, rattachant la valeur éthique aux phénomènes empiriquement mesurables, le modèle d'impact s'harmonise plus facilement avec une justification fondationnaliste, tandis que la valeur éthique de la performance est autonome – ou en vase clos pour ses critiques – à l'instar de la justification cohérentiste qui n'en admet d'autre que celle des énoncés axiologiques[305]. De même, les deux modèles d'éthicité retracent aussi la dichotomie entre théories utilitaristes et conséquentialistes, d'une part, et déontologiques, d'autre part. Le caractère quelque peu stéréotypé de la mise en scène du modèle de défi et du modèle d'impact s'explique par la mobilisation de la plupart des intuitions qui animent les doctrines éthiques.

c. Modèles d'éthicité et résolution des dilemmes

Importance contre cosmos

L'écart entre le modèle de défi et le modèle d'impact peut se mesurer dès le premier dilemme. En effet, confronté au *hiatus* entre la portée infinie de la réalité et la finitude de l'existence, le modèle d'impact propose l'identification de réalisations dont la qualité se

[302] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.56. On pensera notamment à l'exemple donné par les « réussites de conscience », telle la conversion ou l'abandon d'une religion, dont le modèle d'impact rend difficilement compte, pour ne pas dire pas du tout.
[303] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.57.
[304] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.57.
[305] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.58.

mesure à l'immensité du cosmos tandis que le modèle de défi soutient que là n'est pas la question.

Si l'existence en général est question d'impact, force est de reconnaître que les existences individuelles ou cumulées se réduisent à bien peu de choses : au mieux sont-elles capables de polluer un environnement limité à l'infime fraction d'une galaxie. Il s'agit donc d'identifier dans la condition humaine une qualité dont la valeur dépasse sa ponctualité spatio-temporelle[306]. Plusieurs solutions sont envisageables, de l'affirmation de la transcendance de la beauté et de la valeur esthétique à l'anthropocentrisme théologique, en passant par l'hédonisme universel. Toutes ont pour illustration commune l'image d'un phare qui tire sa valeur précisément de la lumière dont il éclaire les insondables ténèbres qui l'entourent[307].

Le tenant du modèle de défi emprunte un chemin différent : l'unité de mesure de la réussite d'une vie est foncièrement personnelle, en ce qu'elle ne constitue pas la variable dépendante d'un étalon objectif auquel elle se rapporterait[308]. Il s'agit d'une propriété de l'autonomie du registre éthique : la valeur éthique ne dépend pas, ou ne se mesure pas à l'aune d'une valeur descriptive, en l'occurrence, la taille de l'univers. L'adresse avec laquelle le « défi de la vie » est relevé ne dépend pas des modifications apportées à la description de la situation concernée : l'altitude du mont Everest n'a pas été altérée par sa conquête. Pour autant, cela ne signifie pas que le modèle de défi assimile une vie réussie à la seule satisfaction personnelle, sans égard à l'amélioration du sort d'autrui, ce qui nierait la distinction entre intérêts critiques et intérêts volitifs. Ainsi en est-il d'une personne qui consacrerait sa vie à la recherche d'un remède contre le cancer : elle relève simplement un défi plus grand que tel autre qui souhaite maîtriser le bridge[309].

Indexation et transcendance : le principe d'importance égale

[306] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.59.
[307] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.60.
[308] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.60.
[309] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.61.

Cette différence initiale entre hétéronomie et autonomie de la valeur éthique marque la résolution des autres dilemmes. En raison de sa référence à une réalité objective, le modèle d'impact ne peut, sans avoir recours à d'improbables contorsions théoriques, indexer la réussite d'une vie à ses circonstances géographiques et chronologiques. Au contraire, si une vie réussie se mesure à l'aune de son impact, alors son critère transcende forcément lesdites circonstances[310]. En revanche, si l'on estime que la réussite consiste à répondre de manière appropriée au défi lancé, son indexation au lieu et à l'époque est inévitable puisqu'ils représentent au moins une partie des termes selon lesquels il est posé[311]. En définitive, une performance ne peut être séparée de son contexte parce que ses éléments participent à la définition du critère de réussite[312].

À nouveau, Dworkin harmonise être et devoir-être : au même titre que l'interprétation créative s'appuie sur un consensus pré-interprétatif pour dégager un objectif normatif, l'évaluation d'une vie reconnaît les faits qui la concernent pour en faire ressortir la valeur éthique : sa réussite ou son échec. De même, le moment post-interprétatif n'est pas exclu : toute vie peut, par l'exemple fourni, définir un nouveau standard de réussite pour un ensemble de circonstances données. Néanmoins, il serait possible d'objecter que cette indexation répète sans la résoudre la tendance à la subjectivité présente au sein de l'interprétation créative. Ce serait toutefois mal comprendre le caractère catégorique de l'exigence présentée par le défi : son contenu variable n'absout pas le sujet de l'obligation d'y répondre. La dimension objective du défi réside précisément dans le fait qu'il ne correspond pas à la simple application d'un « canon de la réussite » universel, mais suppose une décision[313].

En conséquence, l'environnement d'une personne sera appréhendé différemment selon le modèle d'éthicité adopté. Ainsi, la perspective d'impact assimile le contexte d'une vie à un ensemble de limites sur lesquelles agir : toute circonstance représente un obstacle potentiel à

[310] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.62.
[311] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.63.
[312] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.64.

la réussite recherchée puisque celle-ci est définie de manière absolue[314]. À l'inverse, le modèle de défi perçoit les circonstances d'une vie comme les paramètres qui en définissent les conditions de réussite[315]. La personne concernée s'appuie sur les circonstances de sa situation concrète pour identifier le défi à relever puis y répondre de manière appropriée.

La plupart des paramètres d'une vie sont perçus quasi instinctivement, tenant à la fois des traits de personnalité et de l'influence de l'environnement socioculturel. Néanmoins, que leur identification suppose une sélection parmi l'ensemble des circonstances d'une vie, c'est-à-dire que le défi ne soit pas donné mais doive être déduit d'une situation, souligne leur composante normative. Si la valeur éthique d'une vie réside dans la réponse apportée à un défi, encore faut-il que les circonstances contribuent à rendre le défi adéquat[316]. Une vie peut être gâchée non à cause de la performance offerte, mais parce que les paramètres qui *devraient* en composer le défi sont absents, parce que ses paramètres réels sont ignobles. Ainsi en serait-il d'un pacifiste à qui l'on demanderait, lors d'une guerre civile, de tuer les soldats de la faction adverse ou de passer devant le peloton d'exécution: quelle que soit sa réponse aux circonstances, sa vie est compromise car il ne devrait pas être confronté à un tel défi[317].

Les paramètres normatifs peuvent être rigoureux ou souples[318]. Les premiers décrivent les conditions de réussite essentielles : si la performance offerte ne les prend pas en compte, ou s'ils n'apparaissent pas dans le défi présenté, la valeur de la vie en est irrémédiablement mutilée, quels que soient les succès rencontrés par ailleurs. Les seconds décrivent des conditions de réussite partielles : y déroger réduit la valeur d'un ou de plusieurs aspects de la performance sans pour autant l'annuler; il se peut même que le résultat global en soit

[313] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.66. On remarquera à nouveau la continuité entre délibération et application.
[314] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.66. Sans que cela ne présume d'aucune façon de la définition du critère d'impact.
[315] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.67. Voir aussi, GUIBET LAFAYE Caroline, , p.23.
[316] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.69.
[317] On remarquera qu'implicitement, ce type de cas, au sein duquel il est impossible d'identifier de paramètres normatifs adéquats, équivaut à saisir une situation comme exclusivement composée de limites.

amélioré[319]. Ainsi, un trouble psychomoteur peut altérer les aptitudes artistiques d'un peintre tout en rendant son œuvre d'autant plus admirable. Il importe de remarquer que les deux ordres de paramètres, souples ou rigoureux, déterminent uniquement les intérêts critiques[320].

La notion de paramètre normatif comme intérêt réfléchi est au cœur du modèle de défi et introduit l'une des valeurs originaires qui fondent le libéralisme dworkinien, à savoir le principe d'importance égale[321]. Il exprime l'idée selon laquelle il est essentiel qu'une vie ne se réduise pas à une description causale, mais qu'il y ait matière à évaluation ou, en d'autres termes, qu'elle soit source ou exemple de valeur éthique[322]. C'est la contrepartie de l'idée même de défi : si la vie est une performance qui répond à un ensemble de paramètres identifiés comme tels, alors pour toute personne donnée, il importe que ce soit une performance *réussie,* c'est-à-dire dont les aspirations procèdent d'intérêts critiques[323]. Cette réussite ne se mesure pas à la seule satisfaction de l'individu ni à l'aune d'un critère moral, par exemple, tout ce qui a été accompli pour autrui, elle lui est antérieure, confirmant ainsi le caractère premier de la valeur éthique, dont on espère qu'elle équilibre bien-être et obligation morale. En ce sens, toute vie dispose d'une valeur éthique première, indépendante de toute appréciation, qui résulte de sa seule existence[324]. « *La façon dont nous vivons importe (...) de la même manière qu'il importe qu'un poème ou une pièce soit bonne une fois commencé, et peut-être même, exactement de la même manière »*[325]. Ainsi compris, le principe d'égale importance se justifie en tant que condition nécessaire de la réflexion éthique : si la manière dont nous menons notre vie n'importe pas, pourquoi articuler un discours sur les fins[326]?

---

[318] Nous reprenons la traduction de « hard parameters » et « soft parameters » utilisée par C.GUIBET LAFAYE in La justice comme composante de la vie bonne, p.24.
[319] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.70.
[320] Ce en quoi la confrontation de paramètres souples peut se révéler plus douloureuse pour qui la subit que le respect de paramètres rigoureux. DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.70.
[321] Dworkin le désigne aussi par l'expression « principe d'importance égale » dans SV, p.5, ou « principe de valeur intrinsèque », dans DPH, p.9.
[322] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice », in Dworkin : un débat, p.43.
[323] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice », in Dworkin : un débat, p.46.
[324] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice », in Dworkin : un débat, p.45. Même la vie du désespéré qui n'en fait aucun cas conserve toute son importance intrinsèque.
[325] Traduction libre de « It is important how we live, once we start, in the same sense that it is important that a poem or a play or a picture be good once it has begun, and maybe, even, in much the same way », DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice », in Dworkin : un débat, p.49.
[326] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice », in Dworkin : un débat, p.48.

Dans cet esprit, le principe d'égale importance contient une exigence de réciprocité. En effet, s'il importe objectivement qu'une personne réussisse sa vie, quelles raisons justifieraient qu'il n'en aille pas de même pour les autres[327]? Seul un appel à un type spécial de circonstances – élu des dieux, naturellement supérieur, privé de contact avec la réalité empirique susceptible de communication intersubjective – pourrait apporter la justification requise. Or, dans la mesure où les circonstances d'une vie constituent les paramètres du défi lancé, comment se prononcer sur la valeur de la performance avant qu'il n'ait été relevé? À charge donc de justifier, pour qui conteste l'importance réciproque de chaque vie, en quoi cette dernière serait erronée.

Éthique et morale : la justice paramètre de la vie bonne

Combinée à ce principe, la reconnaissance de paramètres d'une vie réussie résout presque à elle seule le dilemme entre éthique et morale. Toutefois, sans anticiper sur notre propos, nous posons de nouveau cette question désormais classique : une vie peut-elle être réussie lorsqu'elle profite de l'injustice? Problème à double déclinaison : en quoi le comportement injuste d'une personne affecte-t-il la valeur critique de sa vie et en quoi, l'injustice des comportements d'autrui ou d'une situation sociale l'affectent-ils en retour[328]? En ce qui a trait à la première question, le modèle d'impact reste muet : une vie peut être réussie en vertu de son impact sur la diminution de l'injustice, tout comme elle peut être considérée comme un parangon de succès quelles que soient les injustices auxquelles elle ait donné lieu – par exemple, si l'impact est mesuré en termes de créativité artistique. En somme, la relation du bien au juste dépend entièrement de l'étalon d'impact utilisé : s'il s'agit de la justice, les deux coïncident, sinon, la justice est évacuée du calcul[329]. Le modèle d'impact conclut ainsi à l'indétermination de la relation entre éthique et morale.

---

[327] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice », in Dworkin : un débat, p.49.
[328] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.71.
[329] Cette relation du bien au juste, caractéristique de l'utilitarisme, est fort bien rendue par C.GUIBET LAFAYE in La justice comme composante de la vie bonne, p.171.

Au sujet de la seconde question, le modèle d'impact affirme la scission entre l'éthique et la justice, notamment l'injustice envers autrui. Si la personne concernée ne souffre pas de l'injustice d'une situation, par exemple, une répartition inégale de la richesse, tant que celle-ci ne résulte pas de ses faits et gestes, l'évaluation de sa réussite n'a pas à en tenir compte. Réciproquement, si une personne souffre de l'inégalité de richesse, l'échec de sa vie résulte plus de son impact limité que du caractère proprement injuste de la répartition. Bien entendu, tant le riche que le pauvre peuvent militer en faveur d'une meilleure répartition des biens matériels, mais prendre fait et cause pour la justice n'intervient que de manière dérivée dans la réussite de leur vie[330].

Le modèle de défi brosse un tableau pour le moins différent. La vie comporte des paramètres normatifs qui en spécifient les conditions de succès; incontestablement, la justice en fait partie, si ce n'est directement, du moins par le biais de ses objets : en effet, comment soutenir que les droits fondamentaux ou particuliers, les ressources matérielles et les services ou les charges publiques n'interviennent d'aucune façon dans l'identification du défi à relever? Cela dit, encore faut-il déterminer dans quelle mesure ou selon quelle proportion ils présentent un défi adéquat[331]. C'est précisément à ce titre que la justice intervient et constitue un paramètre de la vie réussie. Dans le cadre du modèle de défi, le bien et le juste deviennent indissociables. Priver un individu de son dû équivaut à lui lancer un défi qu'il ne peut relever avec succès[332].

Dès lors, il convient de se demander si la justice constitue un paramètre souple ou rigoureux de la vie bonne et si une vie qui reconnaît la justice comme paramètre de réussite est irrémédiablement gâchée par l'injustice. De prime abord, la réponse serait affirmative. Toutefois, une situation injuste étant par définition collective, il s'ensuit que l'identification de la juste part à l'échelle individuelle devient difficile, pour ne pas dire impossible, et que les

[330] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.72.
[331] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.73.
[332] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.73.

efforts nécessaires à la rectification de la situation dépassent les moyens individuels. Imaginons le cas d'un cadre supérieur dont le revenu se situe au-delà du quatre-vingt-dixième percentile, tandis qu'un quart de la population vit en deçà du seuil de pauvreté. Comment distinguer ce qui lui revient légitimement, en raison de sa compétence par exemple, de ce qui devrait être redistribué? De même, dans quelle mesure le surplus de revenu rééquilibre-t-il à lui seul la balance? Ce *hiatus* entre réalité personnelle et situation collective nuance le statut de la justice : bien qu'en toute cohérence, elle devrait être un paramètre rigoureux, mise en contexte, elle se transforme en paramètre souple[333]. En revanche, faire de la justice un paramètre souple, donc susceptible de choix, soulève d'autant plus la question. En d'autres termes, jusqu'à quel point le changement d'échelle exempte-t-il d'un comportement juste : devrait-on refuser un emploi dont l'exercice entretient une injustice[334]? Quelle forme le souci partagé pour la justice doit-il prendre?

Par cette intégration directe du juste au bien, Dworkin opère le premier déplacement d'importance de la problématique de la justice[335]. Ainsi, par contraste avec une justice procédurale quant à ses conditions d'élaboration, la démarche contractuelle, la justice-sollicitude admet l'éventualité d'une justice en continuité avec les convictions substantielles du bien. Dès lors, le problème initial de la coexistence formelle d'une pluralité de conceptions du bien se double de celui de contenus aptes à remplir cette fonction tout en restant fidèles aux intuitions humanistes du libéralisme. L'affirmation de l'intégration de la justice, comme paramètre et prolongement de la vie bonne, s'impose donc d'ores et déjà comme une réponse aux critiques communautariennes qui ne retrouvent pas en la justice comme sollicitude le postulat de la stricte priorité du juste sur le bien.

[333] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.75.
[334] Question posée notamment par G.A.Cohen dans If you're an egalitarian, how come you're so rich? ou, de façon plus prosaïque, par le slogan « penser globalement, agir localement ».
[335] Le second étant la prise en compte et la compensation des inégalités naturelles dans la distribution des ressources, voir *infra*, chap.4-3-c, pp.301-306.

Réussite et adhésion : intégrité éthique et responsabilité spéciale

Le caractère normatif des paramètres d'une vie réussie comporte aussi des répercutions sur la question de l'adhésion du sujet à la vie qu'il mène. Ainsi, selon le modèle d'impact, la réussite d'une vie est aussi indépendante du jugement de son détenteur que ne l'est son critère d'évaluation. En d'autres termes, la valeur éthique est complètement objective[336]. En dépit de sa teneur rassurante, soit que la réussite est objectivement démontrable, cette position s'avère contre-intuitive puisqu'elle affirme qu'une personne peut réussir sa vie malgré elle. Le modèle d'impact rend donc insuffisamment compte de l'intention de l'agent dans l'évaluation de ses gestes. Par exemple, soit deux couples de joueurs d'échec, A et B, C et D. B et C gagnent chacun leur partie respective : tandis que B l'a gagnée grâce à son expérience et sa réflexion, C l'a gagnée par inadvertance. D était tellement stressé qu'il en avait perdu ses moyens. Selon le modèle d'impact, seule importe la différence entre les gagnants, B et C, et les perdants, A et D. Il semble pourtant erroné de conférer la même valeur à la victoire de B et à l' « accident bénéfique » de C.

Cette lacune à l'endroit de l'intentionnalité comporte une conséquence pratique non négligeable : si la pertinence de l'intention de l'auteur n'est que secondaire vis-à-vis du résultat de ses gestes, il est tout à fait légitime d'adopter un comportement paternaliste à son égard[337]. Outre certains contextes ponctuels, telle l'éducation d'un enfant par ses parents[338], cette perception de l'adhésion pourrait justifier n'importe quelle dérive puisque les circonstances d'une vie ne représentent rien d'autre que des limites qu'il s'agit de repousser ou, au besoin, de supprimer, pour le plus grand bénéfice de la personne concernée. Cette éventualité disqualifie presqu'à elle seule le modèle d'impact, non seulement en raison des risques impliqués, mais surtout à cause de la conception du sujet sur laquelle elle repose.

[336] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.76.
[337] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.78.
[338] Quoique les questions soulevées conservent toute leur pertinence.

Disqualifie presque et non complètement, car il importe de reconnaître qu'un système de valeurs articulé selon le modèle d'impact n'aboutit pas automatiquement à ce résultat, par exemple, lorsque son critère est volontariste, mais y reste exposé.

Le modèle de défi évite cet écueil grâce au contenu même de la notion de performance. Par définition, cette dernière relève de l'intention de son auteur : il n'y aurait aucun sens à dire qu'un geste accidentel représente une réussite[339]. Par ailleurs, la compréhension des circonstances comme paramètres renforce le rôle de l'adhésion à la performance puisque, avant même que celle-ci ne puisse s'accomplir, c'est à l'agent d'identifier les paramètres normatifs de son défi. L'adhésion est une condition catégorique de réussite. Une vie ne peut être meilleure *pour* telle personne si elle n'a pas été choisie au préalable[340]. Il s'agit d'un élément essentiel du modèle de défi – et ce qui s'approche le plus d'une conviction substantielle : l'évaluation d'une vie accorde la priorité au principe d'intégrité éthique. Il s'agit de

> « *La condition d'une personne convaincue que les traits principaux de sa vie sont à ses yeux appropriés, qu'aucune autre vie qu'elle aurait pu vivre ne constitue nettement une meilleure réponse aux paramètres bien pesés de ses circonstances éthiques* »[341].

Tout choix n'entraîne cependant pas l'atteinte de cette condition, auquel cas, la distinction entre intérêts critiques et intérêts volitifs s'effondrerait. En fait, le principe d'intégrité éthique suppose une réflexion personnelle élaborée : quelqu'un qui vivrait selon un *habitus* socioculturel sans avoir pris la peine d'y réfléchir, quitte à y adhérer une fois cette étape franchie, n'est pas éthiquement intègre[342]. En ce sens, le modèle de défi s'oppose au paternalisme : comment accepter qu'une personne détermine pour une autre le défi qui sera le

[339] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.77.
[340] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.79. Nous tenons à rappeler que ce choix ne doit pas être le fruit d'une délibération totalement abstraite de son contexte : la plupart des choix que nous posons s'insèrent dans un contexte socio-culturel.
[341] Traduction libre de « Ethical integrity is the condition someone achieves who is able to live out of the conviction that his life, in its central features, is an appropriate one for him, that no other life he might live would be a plainly better response to the parameters of his ethical situation rightly judged ». DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.80.
[342] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.81.

sien, sachant que la valeur critique de sa performance dépend de son choix[343]? Le principe d'intégrité éthique ne recommande pas pour autant l'indifférence à l'égard d'autrui, mais seulement, que cela soit par l'avis prodigué ou la manière dont il est exprimé, le respect de sa perspective et de son adhésion[344].

Le principe d'intégrité éthique annonce presqu'autant qu'il recoupe le second principe d'individualisme éthique, nommément, le principe de responsabilité spéciale. Présenté tel quel, il a tous les traits d'un truisme : l'individu doit lui-même déterminer les fins à poursuivre tout simplement parce qu'il s'agit de sa vie. En fait, le second principe de dignité humaine ouvre la question un peu plus complexe de la relation éthique entre l'individu et sa vie. En quoi la réussite de tel ou tel projet – par exemple, une peinture – importe-t-elle plus pour la personne qui l'accomplit que pour autrui[345]? Si un peintre contemporain réussit à peindre le visage d'une femme de la Renaissance, pourquoi en éprouverait-il une plus grande satisfaction que celle que lui procurerait la contemplation de la Joconde?

Dworkin explique la relation entre un individu et sa vie par analogie avec celle d'un mandataire aux biens dont il a la charge : les échecs et réussites sont siens tout simplement parce qu'il occupe une position privilégiée, en fait, la meilleure, pour influencer le cours des choses, d'où sa responsabilité[346]. Il n'en découle pas que chacun soit responsable de l'ensemble des évènements qui l'affectent, mais bien du schème évaluatif utilisé pour les juger ou les apprécier. Il ressort donc que chaque personne a le mandat de choisir ou de construire la conception éthique qui orientera sa vie[347].

En revanche, le principe de responsabilité spéciale ne suppose ni n'implique une vision purement désincarnée du sujet qui la définit plutôt de manière relationnelle. Sachant qu'il est nécessairement situé dans un contexte socioculturel qui influence les fins

[343] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.85. Dworkin distingue trois formes de parternalisme. Le paternalisme chirurgical, qui interdit certains comportement jugés mauvais, le paternalisme de substitution, qui fait la promotion d'un style de vie jugé bon et le paternalisme culturel qui, par le biais de l'éducation, n'interdit ni ne promeut mais fait tout simplement disparaître certaines options de l'horizon culturel des individus.
[344] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, pp.82-83.
[345] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice », in Dworkin : un débat, p.52.
[346] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice », in Dworkin : un débat, p.53.

envisageables et les croyances éthiques, il lui importe d'y porter un regard critique qui ne soit pas dicté par autrui[348]. Le principe de responsabilité spéciale se comprend par contraste et non indépendamment du contexte qui lui sert d'arrière-plan. Les critiques de Michael Sandel à l'endroit du libéralisme s'imposent à ce stade de notre exposé, notamment celle qui relève la scission à l'œuvre dans le projet rawlsien entre ce qu'*est* la personne et les valeurs qu'elle *a*[349]. Le libéralisme aurait pour caractéristique de penser un sujet dont l'être se pose avant l'adoption des croyances éthiques, d'où le qualificatif de « désengagé ».

En ce sens, tant la nuance apportée au principe de responsabilité spéciale que la dimension première de l'expérience éthique répondent à cette critique : le sujet dworkinien *est* parce qu'il *interprète* la valeur éthique liée à sa vie et réciproquement. De même, la responsabilité de choisir des croyances axiologiques, en vue de leur intégration, ne découle pas d'un point de vue a-axiologique – ce qui équivaudrait à une position archimédienne – mais bien de l'enchâssement du sujet dans une dimension éthique dont il lui appartient de tirer un sens, conformément aux préceptes de l'interprétation créative. Ainsi, non seulement le principe de responsabilité spéciale est-il compatible avec nombres de formes de déterminations sociales et culturelles, mais il l'est aussi avec les influences délibérées des proches – épouse, parents, amis, etc[350]. En fait, il serait même possible de soutenir que ces dernières sont nécessaires puisqu'elles fournissent le matériau pré-interprétatif de l'interprétation. Bref, la responsabilité spéciale ne correspond pas à une métaphysique du sujet, mais au processus par lequel une valeur est légitimement adoptée par un individu concret[351].

---

[347] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice », in Dworkin : un débat, p.54.
[348] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice », in Dworkin : un débat, p.55. Voir aussi, BERTEN André et al., Libéraux et communautariens, p.233.
[349] SANDEL Michael, « La république procédurale et le moi désengagé », in BERTEN André et al., Libéraux et communautariens, p.262.
[350] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice », in Dworkin : un débat, p.55.
[351] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice », in Dworkin : un débat, p.57.

Unité d'éthicité : le principe de priorité éthique

Le dernier dilemme, celui de l'unité d'éthicité, est intéressant car il met en relief un aspect distinctif de la pensée de Dworkin et développe la réflexion présente au sein du principe de responsabilité spéciale quant à l'environnement éthique de l'individu. La question posée est la suivante : un individu peut-il accepter le principe de priorité éthique, selon lequel ses intérêts critiques, ceux qui font l'objet de ses croyances axiologiques, dépendent non seulement de ses propres réalisations mais aussi de celles de sa communauté[352]? Ainsi que nous le mentionnions plus haut, cette question soulève nombre d'enjeux de méthode, dont le débat entre libéralisme et communautarisme n'est pas le moindre.

Le modèle d'impact accorde peu de place au principe de priorité ainsi entendu. De prime abord, puisque la réussite d'une vie dépend de son impact, l'individu ne peut reconnaître une quelconque priorité à l'action collective que si cette dernière amplifie l'impact de ses propres actions[353]. Or, il ne s'agit pas tant d'une authentique priorité éthique collective qu'un calcul d'intérêt bien compris : ce raisonnement ne rend pas compte des intuitions liées à l'intégration dans une unité collective – lorsqu'un citoyen condamne les gestes de son gouvernement à l'étranger, par exemple. Le phénomène d'intégration éthique suppose en effet une appartenance préalable à un groupe donné à partir de laquelle certains actes sont considérés collectifs, soulevant par le fait même la question de leur identification[354]. L'expérience de l'intégration dans une communauté éthique est donc différente de ce que la coopération requiert en vue d'un objectif dont la réalisation dépasserait les seuls moyens individuels et réciproquement.

À cet égard, le modèle de défi ne s'embarrasse pas du détour qui consisterait à expliciter la priorité éthique par le biais du calcul intéressé. Au contraire, la priorité éthique

[352] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.86.
[353] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.87.
[354] Dworkin laisse entendre au sein de « Foundations of Liberal Equality » que les actes collectifs se reconnaissent à leur origine institutionnelle et procédurale, toutefois d'autres écrits en suggèrent une conception plus substantielle. À ce sujet, comparer DWORKIN Ronald, « Foundations of

s'impose presque d'elle-même dès qu'on la considère comme une réponse potentielle à certaines circonstances qui affectent n'importe quel individu, en l'occurrence, son intégration dans différentes communautés[355]. L'importance de ce dernier élément dépasse de loin la simple acrobatie rhétorique; en effet, le principe de priorité ainsi admis souligne l'existence de deux sources de bien-être réfléchi, chacune imputable à un actant : l'individu et la collectivité[356]. À ce titre, l'amélioration du bien-être individuel peut participer du bien-être collectif[357].

Toutefois, tant le principe de priorité que l'idée d'environnement éthique comportent une charge polémique dont la mention convoque simultanément les reproches adressés à un libéralisme atomisant, les doctrines de la chaude solidarité communautaire et quelques idéologies antihumanistes[358]. En cette controverse où se heurtent de plein fouet libéralisme et communautarisme, deux positions générales peuvent être dégagées. La perspective communautarienne souligne, d'une part, l'incapacité du libéralisme à reconnaître la primauté de la communauté dans la construction du moi éthique et, d'autre part, l'attribution au sujet d'une autonomie éthique illusoire – exprimée chez Dworkin par le principe de responsabilité spéciale – dont l'utilité se réduit à la dissolution du système de valeurs partagées[359]. Symétriquement, on pourrait qualifier de viscérale la méfiance des auteurs libéraux et ce, à travers les siècles, envers l'affirmation d'un quelconque environnement moral sur lequel fonder des prétentions politiques homogénéisatrices. Méfiance à laquelle Dworkin ne peut qu'être sensible, lui dont la méthode interroge en tout temps la contrepartie d'une négation – par exemple, l'indépendance éthique du sujet vis-à-vis de sa communauté.

Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.87, avec « Liberal Community » in SV, chap.5 et « Les obligations de la collectivité » in ED, chap.6.

[355] Par ce terme, Dworkin désigne autant l'appartenance à une communauté politique que professionnelle, culturelle ou familiale. DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.88.

[356] Nous reprenons la traduction de « unit of agency » utilisée dans BERTEN A. et al., Libéraux et communautariens, sous le titre « La communauté libérale », pp.337-358. La version originale du texte, « Liberal Community », d'abord publiée dans California Law Review a été rééditée dans SV, chap.5, pp.211-236.

[357] BERTEN A. et al., Libéraux et communautariens, p.46.

[358] Au sujet des dites idéologiques voir, HOLMES Stephen, The Anatomy of Antiliberalism, 1ère éd., Cambridge, Massachusetts : Harvard University Press, 1993. xvi, 330 p. ISBN 0674031806.

[359] DWORKIN Ronald, SV, p.211. Pour une synthèse de ce débat, on se reportera au texte de BERTEN A. et al., Libéraux et communautariens, pp.229-235.

La polarisation du débat s'explique, d'une part, par l'importance du bagage théorique mobilisé, celui des Lumières et du Romantisme, qui agit comme autant de centres de gravité et, d'autre part, par ses conséquences politiques bien réelles. En effet, qui pourrait rester indifférent à la fragilisation du lien social, à l'appauvrissement culturel et à la désertion de la sphère publique qui frappent nos sociétés? N'y aurait-il pas lieu d'atténuer la primauté du choix individuel, ne serait-ce qu'en vue d'améliorer la promotion de fins dignes d'être poursuivies? À l'inverse, comment oublier tout ce que l'appel à l'homogénéité communautaire a légitimé en fait de coercition, d'inégalité et d'exclusion? Comment, en dehors de la référence à l'individu comme instance critique, éviter que le bien-être communautaire ne se paye systématiquement de politiques de replis, par ailleurs aussi nuisibles à la richesse culturelle commune que ne l'est l'individualisme le plus superficiel?

Sans attribuer aux doctrines en présence tout le mérite ou la culpabilité des manifestations historiques qui s'en réclament, il n'en demeure pas moins que leur proximité avec la pratique politique confère un caractère crucial à la question qui les oppose : une fois admise la coexistence de bien-être individuels et collectifs, qu'est-ce qu'une communauté et qu'exige son bien-être? Des réponses à ces questions dépend l'usage de la puissance publique : un État peut-il légitimement défendre le bien-être réfléchi de la communauté par la criminalisation de comportements jugés indus[360]? Enfin, en ce qui concerne plus particulièrement le libéralisme dworkinien, le modèle de défi peut-il simultanément défendre le principe de responsabilité spéciale, qui consacre l'autonomie éthique de la personne, et le principe de priorité qui reconnaît la primauté morale de l'appartenance à une communauté?

Dworkin distingue quatre conceptions de la communauté, allant de la plus restreinte à la plus substantielle : la communauté comme majorité numérique, comme responsabilité partagée, comme source intrinsèque de bénéfices essentiels et comme disposant d'une vie propre, antérieure à celle des individus.

[360] DWORKIN Ronald, SV, p.211.

La première compréhension de la communauté définit l'environnement éthique par simple agrégation des préférences personnelles : l'éthique communautaire équivaut à une formule mathématique, ec = x/2 +1. En ce sens, dans un régime démocratique, une majorité peut légitimement imposer ses convictions pour régler un conflit normatif[361]. Ainsi, les questions telles que l'euthanasie, l'avortement, le mariage de conjoints de même sexe, devraient être tranchées par la *vox populi*, lors de référendums.

Néanmoins, cette première conception de la communauté ne résiste pas à l'examen. D'une part, elle est extrêmement pauvre : réduite à la somme des préférences individuelles, elle n'indique aucunement en quoi le nombre confère une valeur morale à la préférence majoritaire, *a fortiori*, lorsque cette préférence empiète sur la liberté telle qu'entendue par le principe de non-nuisance[362]. Dit autrement, comment un individu, qui ne peut condamner autrui pour ce qui ne lui nuit pas, serait, du fait de la coïncidence de ses préférences avec celles de la majorité – ou de son conformisme, diraient les mauvais esprits –, habilité à enjoindre son gouvernement à faire précisément ce qu'il ne peut justifier pour lui-même?

D'autre part, la procédure envisagée, soit le vote majoritaire, n'est pas des plus appropriée. En effet, une manière de contourner la difficulté susmentionnée consiste à postuler l'existence d'un environnement éthique donné, qui n'est pas forcément le fruit de l'addition des préférences, mais sur la portée duquel les citoyens seraient appelés à se prononcer : « étant données nos traditions, telle tradition x autorise-t-elle ou non tel comportement y »? La justification de la décision résiderait non plus dans le fait d'une préférence partagée, mais dans le principe selon lequel il est plus juste qu'une décision concernant l'ensemble d'une population remporte le suffrage d'une majorité plutôt que d'une minorité.

[361] DWORKIN Ronald, SV, p.213
[362] Nous faisons référence au principe énoncé par J.S.Mill selon lequel la liberté d'une personne ne peut être réduite qu'à condition que son exercice nuise à autrui.

Néanmoins, ce dernier argument repose sur une phénoménologie erronée : la définition d'une entité aussi diffuse et nuancée qu'un environnement – éthique ou autre – se prête peu aux décisions exclusives engendrées par le vote[363]. Comment encadrer l'évolution d'un environnement éthique au prorata des suffrages exprimés, avec l'élimination probable de certaines options au profit d'autres, sans immédiatement retomber dans une conception strictement arithmétique de la communauté? Mais surtout, dans la mesure où un environnement éthique est en partie composé de la contribution des personnes qui s'y intègrent, donc de la manière dont elles ont identifié et relevé le défi qui est le leur, comment justifier l'usage d'une procédure qui, une fois échue, prive ceux qui ont voté pour l'option éliminée de la latitude nécessaire à l'identification de paramètres normatifs[364]?

La communauté comme responsabilité partagée fait appel à un sens plus profond qui n'est pas sans rapport avec les principes d'individualisme éthique et avec les intérêts critiques. Ainsi, de la reconnaissance d'intérêts critiques s'ensuit la possibilité d'erreurs lors de leur identification. Parallèlement, le principe d'importance égale souligne la valeur objective de la réussite d'une vie. À ce titre, ne requiert-il pas que l'on aide, au besoin que l'on force, ceux dont les choix de vie vont à l'encontre de leurs intérêts critiques[365]? Le souci pour autrui constituant l'environnement éthique, il semble légitime que la communauté use de stratégies paternalistes pour guider les déviants.

L'argument en faveur du paternalisme est susceptible de deux lectures. La première, plus immédiate, interroge les limites du principe d'égale importance. En ce sens, on rappellera que le principe d'importance égale ne peut empiéter sur celui de responsabilité spéciale sans proposer une perception inadéquate de l'intentionnalité qui n'explique pas la dimension particulière de la relation du sujet à sa réussite[366]. La seconde, plus problématique, souligne la tension potentielle entre les deux principes : un authentique souci pour l'égale importance

[363] DWORKIN Ronald, SV, p.214.
[364] DWORKIN Ronald, SV, p.214.
[365] DWORKIN Ronald, SV, p.217.
[366] Voir supra, p. Voir aussi, DWORKIN Ronald, SV, p.218.

implique-t-il la limitation de la responsabilité spéciale en faveur d'une politique perfectionniste? Si nous voyons des individus gâcher leur vie par la consommation de drogue, le jeu ou la superficialité la plus extrême, il semble quelque peu hypocrite d'en être le témoin passif, arguant qu'il est de leur responsabilité spéciale d'apprécier l'impasse dans laquelle ils se sont fourvoyés[367].

Toutefois, la tension apparente entre principe de responsabilité spéciale et principe d'importance égale suppose l'assimilation abusive de ce dernier au principe de bienfaisance, défini comme l'obligation pour chacun de faire tout ce qui est en son pouvoir pour réduire la souffrance et augmenter indifféremment le bien-être des autres[368]. Or, si tant le principe d'importance égale que le principe de bienfaisance procèdent d'une interprétation de l'idée d'égalité, il n'en reste pas moins que le premier exprime un principe de *distribution* – chaque vie est importante – tandis que le second y ajoute une *intensité* – le niveau de bien-être[369]. En d'autres termes, l'un n'implique pas l'autre dans la mesure où le principe d'importance égale ne spécifie pas ses modalités d'application, ce que fait le principe de bienfaisance.

Le conflit entre bienfaisance et responsabilité spéciale en ressort d'autant : pourquoi une communauté ne pourrait-elle user des moyens politiques à sa disposition pour maximiser le bien-être réfléchi de chacun? Outre l'objection susmentionnée, la justification d'une communauté paternaliste par le principe de bienfaisance est en dernière analyse contradictoire. En effet, l'un des principaux attraits de la bienfaisance tient à sa portée universelle : la maximisation du bien-être concerne non seulement les autres, mais *tout* autre[370]. Appliqué intégralement et porté à l'échelle collective, le principe de bienfaisance dissout les liens communautaires dans l'humanité. À moins de supposer un gouvernement mondial, un paternalisme communautaire ne peut donc s'appuyer sur la bienfaisance et perd

[367] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice », in Dworkin : un débat, p.59.
[368] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice », in Dworkin : un débat, p.57.
[369] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice », in Dworkin : un débat, pp.49-50.
[370] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice », in Dworkin : un débat, p.61.

de ce fait son attrait égalitaire, sans pour autant expliquer en quoi une personne vivrait mieux en dépit de son adhésion au style de vie qui lui est imposé.

La troisième conception de la communauté, selon laquelle un environnement éthique homogène satisfait certains besoins essentiels de ses membres, nous porte au cœur du débat entre libéraux et communautariens. De façon générale, il est reconnu que l'appartenance à une communauté satisfait plus adéquatement certains besoins matériels qu'un ermite n'y réussirait par ses propres moyens. La thèse communautarienne – dans le cas précis, celle de Sandel – affirme l'existence de besoins intellectuels, parmi lesquels, la construction de l'identité, dont la satisfaction dépend d'une appartenance à une communauté éthique homogène. Les croyances partagées de la communauté définissent l'identité de ses membres, ce qu'ils sont[371]. L'individu découvre, par une démarche herméneutique, le lien qui l'unit aux fins dominantes de sa communauté et le définit comme « soi incarné »[372].

Dans cette optique, l'adoption du principe de responsabilité spéciale signalerait une compréhension inadéquate de l'être humain qui trouverait sa qualité essentielle dans sa capacité à se désengager de toutes fins en vue de les choisir par un geste souverain de sa volonté[373]. Or, le sujet ainsi conçu, transcendantal ou derrière le voile d'ignorance, est porteur d'une identité extrêmement mince, à toutes fins pratiques dépourvue de caractéristiques axiologiques. En conséquence, le sujet désincarné est incapable de fonder le souci pour autrui dont dérive l'exigence de justice : sans appartenance à une communauté tissée de liens moraux antérieurs aux choix individuels, comment l'adhésion au principe d'égale importance dépasserait-elle une simple reconnaissance formelle[374]?

Cela dit, l'anthropologie normative de Sandel n'a que peu de prise sur le modèle de défi. En effet, le principe de priorité admet le reproche adressé au libéralisme, à savoir

[371] DWORKIN Ronald, SV, p.220.
[372] KYMLICKA Will, « Le sujet désengagé », in BERTEN André et al., Libéraux et communautariens, p.281.
[373] SANDEL Michael, « La république procédurale et le moi désengagé », in BERTEN André et al., Libéraux et communautariens, p.262.
[374] SANDEL Michael, « La république procédurale et le moi désengagé », in BERTEN André et al., Libéraux et communautariens, p.267.

l'intégration du bien-être individuel au sein de liens moraux antécédents[375]. Une réponse consisterait à présenter une version plus forte de l'argument, selon laquelle le lien identitaire entre un individu et sa communauté est tel qu'il n'y a pas de sens à affirmer l'existence d'un bien-être réfléchi personnel, plus exactement, à postuler l'existence de fins constitutives telles que leur abandon entraîne une perte d'identité[376]. Néanmoins, cette interprétation forte tombe dans l'extrême opposé de l'arrachement du sujet désincarné : l'individu sandellien serait non seulement incapable de réviser la valeur des projets constitutifs, mais tellement encastré qu'il ne saurait les évaluer – puisque ceux-ci constituent une donnée immédiate de sa conscience[377]. Une telle affirmation réduit le jugement aux objets extérieurs de l'esprit, et surtout suppose à tort que la remise en question d'une fin implique nécessairement une étape au cours de laquelle toute fin est mise en suspens : or, il nous est parfaitement possible de remettre en question un engagement *a* à travers la perspective de l'engagement *b*. C'est précisément le fonctionnement abductif de la géode normative. Bref, s'il est peu vraisemblable de concevoir un sujet complètement indépendant des fins qu'il choisit, il est tout aussi réducteur d'affirmer l'impossibilité de réviser une ou plusieurs fins sans que cela n'entraîne l'effondrement de l'identité personnelle[378].

Une défense plus substantielle de l'homogénéité communautaire consisterait, tout en reconnaissant le principe de responsabilité spéciale, à reporter la discussion sur le terrain du contenu du principe de priorité. Cette démarche procède en deux étapes; elle souligne en premier lieu la scission artificielle commune à plusieurs théories libérales entre les intérêts individuels et les intérêts collectifs, pour, en second lieu, mettre de l'avant une conception substantielle de la vie communautaire en tant que paramètre de réussite des vies

[375] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.88. SANDEL Michael, « La république procédurale et le moi désengagé », in BERTEN André et al., Libéraux et communautariens, p.263.
[376] SANDEL Michael, « La république procédurale et le moi désengagé », in BERTEN André et al., Libéraux et communautariens, p.262.
[377] DWORKIN Ronald, SV, p.220.
[378] DWORKIN Ronald, SV, p.221. Voir aussi, KYMLICKA Will, « Le sujet désengagé », in BERTEN André et al., Libéraux et communautariens, p.282. Sur ce point, les arguments présentés par Dworkin et W.Kymlicka sont, pour l'essentiel, semblables. Il existe une autre version de l'argument en faveur de l'homogénéité morale selon lequel la communauté de croyances partagée constitue le point de repère objectif dont les personnes ont besoin pour construire, non plus leur identité mais leur système de valeurs respectif; voir DWORKIN Ronald, SV, pp.221-222. Toutefois, cette position s'expose à l'accusation de conventionnalisme, qui contredit sa prétention à l'objectivité.

individuelles[379]. La première partie de l'argument ne touche pas le modèle de défi : Dworkin, on l'a vu, reconnaît l'existence d'une vie communautaire autonome dont dépend parfois le bien-être réfléchi individuel. Qu'en est-il de la seconde partie?

La question du contenu de la vie communautaire comprend une dimension potentiellement problématique en raison de l'exigence de mimétisme du principe de priorité : l'individu doit considérer le bien de la communauté comme le sien propre. De ce point de vue, l'uniformité de l'environnement éthique ne s'oppose pas au principe de responsabilité spéciale puisqu'il constitue l'un de ses paramètres. Il se trouve simplement que l'actant dont dépend le bien-être individuel n'est pas l'individu lui-même, mais les gestes de la communauté dans son ensemble[380]. Il ne s'agit pas d'une reproduction du paternalisme communautaire : celui-ci constitue un empiètement sur la responsabilité spéciale parce qu'un actant individuel se mêle du bien-être d'autrui, tandis qu'en ce qui a trait à l'intégration, un seul actant est concerné.

> *Du point de vue de l'argument de l'interprétation, l'actant est la communauté elle-même, et on se demande seulement comment les décisions de la communauté à propos de la liberté et de la régulation affecteront la vie de la communauté et son caractère*[381].

Il s'ensuit que selon le caractère de la vie communautaire proposé, l'autonomie relevant du principe de responsabilité spéciale peut être considérablement réduite, sans même que l'on puisse y voir un empiètement puisqu'il s'agit de la relation de l'actant collectif envers lui-même. La responsabilité spéciale serait non pas contrainte par la communauté, mais s'y dissoudrait.

Toutefois, une telle conclusion ne peut être simplement tirée : elle doit s'appuyer sur une théorie des conditions d'émergence des entités collectives. Dworkin distingue alors deux compréhensions de la communauté. La première, la compréhension métaphysique, définit la communauté comme un « super individu » ou un être primitif, ontologiquement plus réel que

[379] DWORKIN Ronald, SV, p.223. Pour la traduction française, voir « La communauté libérale », in Libéraux et communautariens, pp.339-340.
[380] DWORKIN Ronald, SV, p.224. Pour la traduction française, voir « La communauté libérale », in Libéraux et communautariens, p.341.

les individus[382]. Les caractéristiques individuelles en émanent comme autant de manifestations particulières : chaque aspect de la vie d'une personne – sa profession, son orientation sexuelle, son statut social, etc. – résulte de la vie de l'actant collectif[383]. Il reste alors à démontrer l'existence de telles entités, entreprise pour le moins ardue.

Par contraste, la seconde, la communauté pratique semble plus prosaïque : il s'agit d'un groupe d'individus qui se reconnaissent comme les éléments d'une pratique commune dont la vie est définie par ses activités constitutives. Cette conception n'implique pas qu'une telle communauté, privée de contenu ontologique, contrevienne à la première prémisse de l'intégration : elle ne se réduit pas à la compilation statistique des succès individuels. Au contraire, même si la communauté pratique précède les pratiques individuelles moins qu'elle n'en résulte, ses intérêts sont authentiques[384].

Le caractère intrinsèque de la vie communautaire, l'existence d'un actant collectif dépendent de trois conditions. D'abord, un actant collectif pose des gestes collectifs, c'est-à-dire identifiés comme ceux d'une collectivité perçue comme un tout. L'interprétation d'une pièce par un orchestre constitue l'exemple le plus évident de ce type d'action collective. En second lieu, les actes individuels y sont concertés, ce qui les distingue de la répétition du même geste et de la coïncidence fortuite. Ainsi, une équipe de football agit de façon concertée, intégrant les gestes de chaque position dans un tout coordonné en vue d'un but commun intentionnel. Inversement, les encombrements du métro à l'heure de pointe ne peuvent être conçus comme la preuve de l'existence d'un actant communautaire. Enfin, les actes collectifs de la communauté déterminent sa composition et réciproquement : un club de football a pour but de pratiquer ce sport et est donc composé de joueurs, et non de supporteurs[385].

---

[381] DWORKIN Ronald, « La communauté libérale », in BERTEN André et al., Libéraux et communautariens, p.343. Pour la version originale, voir DWORKIN Ronald, SV, p.225.
[382] DWORKIN Ronald, SV, p.226. Pour la traduction française, voir « La communauté libérale », in Libéraux et communautariens, p.345.
[383] DWORKIN Ronald, SV, p.227. Pour la traduction française, voir « La communauté libérale », in Libéraux et communautariens, p.346.
[384] DWORKIN Ronald, SV, p.226. Pour la traduction française, voir « La communauté libérale », in Libéraux et communautariens, p.344.
[385] DWORKIN Ronald, SV, p.227. Pour la traduction française, voir « La communauté libérale », in Libéraux et communautariens, pp.345-346.

Deux conséquences doivent être notées. D'une part, ni la communauté ni les personnes qui y appartiennent ne sont le fait d'une volonté individuelle. Personne ne peut se déclarer membre du Sénat – tant canadien que français – simplement parce qu'il le souhaite. Réciproquement, en dépit d'une intense conviction, personne ne peut proclamer de son propre chef l'existence d'un actant communautaire composé de l'ensemble des personnes ayant déjà lu à la bibliothèque Ste-Geneviève[386]. D'autre part, l'impact de la vie communautaire sur ses membres se limite à l'activité pour laquelle elle a été conçue. Autrement dit, tandis qu'une communauté métaphysique détermine potentiellement tous les aspects de la vie de ses membres, les exigences de la communauté pratique envers les individus restent ponctuelles : la vie communautaire de l'actant collectif qu'est une équipe de football et la fierté qu'en retirent ses membres ne justifient pas que ses membres doivent répondre de leur vie romantique. De même, l'intégrité éthique et morale d'un membre est uniquement compromise ou renforcée par les gestes qui relèvent de la pratique collective[387].

Le cas d'une communauté politique est plus complexe. Tant par l'ampleur de ses actes que par leur nature, la création de normes légales, la *praxis* étatique, constitue une vie communautaire nettement plus riche que celle d'une association de football, donc d'autant plus difficile à délimiter. Ainsi, chaque État agit en tant que personne morale distincte de ses citoyens, pris individuellement. La structure constitutionnelle en garantit le caractère concerté. Enfin, ses membres sont ceux qui sont concernés par ses actes législatifs et exécutifs tout en y prenant part[388].

Il serait toutefois possible d'objecter que ces trois caractéristiques, bien que satisfaisant en apparence les conditions d'existence d'un actant collectif, ne retracent que le squelette d'un État sans saisir toute la profondeur d'une authentique communauté politique. En effet, les lois votées n'ont pas pour seul objet cette structure, sans quoi les *corpus*

[386] DWORKIN Ronald, SV, p.226. Pour la traduction française, voir « La communauté libérale », in Libéraux et communautariens, pp.344-345.
[387] DWORKIN Ronald, SV, p.227. Pour la traduction française, voir « La communauté libérale », in Libéraux et communautariens, p.346.

juridiques des États démocratiques se réduiraient à leur constitution. C'est précisément l'argument communautarien à l'encontre du formalisme libéral : même selon une perspective pratique, l'État, en tant qu'actant collectif, agit sur l'environnement éthique. Dès lors, pourquoi ne serait-il pas autorisé à le préserver?

Cette question mérite d'être considérée sous tous ses angles, et notamment celui-ci : en-dehors des opérations formelles – législatives, exécutives et judiciaires – d'un État, quelle pratique supplémentaire lui attribuer qui soit collective, concertée et qui définisse une appartenance? Dworkin apporte l'exemple des pratiques sexuelles, certains groupes estimant l'homosexualité non seulement dégradante, mais compromettant l'intégrité de la morale publique, ce qui rend sa criminalisation nécessaire et légitime. Toutefois, poser qu'il y a intégration des pratiques sexuelles individuelles dans la vie collective au point que certaines d'entre elles en menacent d'autres, équivaut à affirmer l'existence d'un acte sexuel collectif – et non la coïncidence d'actes particuliers –, une concertation des personnes impliquées avec tout ce que supposent la coordination et la définition d'une appartenance à cette fin, par exemple, limitée aux êtres sexués par opposition aux êtres non sexués[389]. Le même test peut être appliqué aux différents candidats à la vie communautaire : la primauté d'une religion, l'absence de choix en matière d'avortement, la conservation d'une tradition historique, pour ne mentionner que ceux-là.

Le caractère défensif de ce raisonnement par l'absurde ne doit pas porter à confusion : le but de Dworkin n'est pas de nier l'existence possible de communautés au sein desquelles l'acte sexuel recouvrirait une dimension collective, mais bien de montrer en quoi il peut y avoir une communauté libérale dont la vie, composée des actes officiels d'un gouvernement, ne contredise pas les principes d'individualisme éthique – tant l'importance égale que la

[388] DWORKIN Ronald, SV, p.228. Pour la traduction française, voir « La communauté libérale », in Libéraux et communautariens, p.347. On remarque qu'implicitement la notion de participation pour déterminer l'appartenance prend position en faveur d'une unité politique démocratique : selon ce critère, une dictature ne satisfait pas les conditions d'existence d'une communauté intégrée.
[389] DWORKIN Ronald, SV, p.229. Pour la traduction française, voir « La communauté libérale », in Libéraux et communautariens, p.348.

responsabilité spéciale[390]. Qui plus est, puisque la relation est réciproque, les principes de dignité humaine alimentent la vie collective. L'un et l'autre résonnent de concert[391]. Telle est l'essence du libéral intégré : c'est en tant que personne capable de juger de son propre bien-être qu'il se soucie du bien-être de sa communauté. Communauté peut-être un peu décevante : d'aucuns penseront qu'elle ne résonne que pour mieux sonner creux. Ce serait toutefois se méprendre que de n'y voir qu'un bien-être instrumental, simple critère de coordination des bien-être individuels. Car si sa vie collective retrace les actes officiels d'un gouvernement, son bien-être critique ne saurait se réduire à une procédure.

Peut-être le moyen le plus direct d'en faire ressortir la teneur réside-t-il dans le rappel suivant. Tel que posé antérieurement, dans le cadre du dilemme entre la justice et le bien, la morale et plus particulièrement la justice constituent les paramètres du bien-être individuel, qui ne leur est ni indépendant ni concurrent. Toutefois, la justice ne peut être conçue comme un paramètre rigoureux de la vie individuelle à cause des limites de l'action individuelle et des difficultés liées à la définition de ce qui est dû. L'individu est donc au cœur d'une tension car, tout en étant conscient que l'injustice ne peut lui nuire complètement, il doit tout de même se résigner à une intégration incomplète de ses aspirations éthiques et de ses obligations morales[392]. Le bien-être de la communauté libérale consiste donc en une obligation, à savoir la recherche de la justice telle qu'aucun de ses membres n'ait à relever un défi inapproprié, c'est-à-dire, en-deçà des standards fixés par le principe d'importance égale et le principe de responsabilité spéciale. En ce sens, son bien-être réfléchi a la justice pour premier paramètre rigoureux ce qui, en retour, justifie le principe de priorité : seule une communauté qui vise la justice peut contribuer substantiellement au bien de ses membres.

Dans sa critique du libéralisme, Sandel présente un exemple qui illustre de manière appropriée le dernier point. Afin de mettre en relief la différence entre les compréhensions

[390] DWORKIN Ronald, SV, p.229. Pour la traduction française, voir « La communauté libérale », in Libéraux et communautariens, p.348.
[391] DWORKIN Ronald, SV, p.231. Pour la traduction française, voir « La communauté libérale », in Libéraux et communautariens, p.352.
[392] DWORKIN Ronald, SV, p.236. Pour la traduction française, voir « La communauté libérale », in Libéraux et communautariens, p.358.

libérale et communautarienne des droits fondamentaux, il cite le cas d'une manifestation néo-nazie dont les propos haineux envers la communauté juive éprouvent les limites de la liberté d'expression[393]. Jusqu'à quel point le tort porté par le message raciste ainsi véhiculé justifie-t-il une réduction de la liberté d'expression? Selon la perspective libérale, le respect de soi précédant l'identification à un groupe religieux donné, les insultes proférées par les néo-nazis n'infligent pas de tort aux membres de la communauté juive. On ne peut donc limiter le discours haineux à cause de son contenu[394]. Du point de vue communautarien, l'appartenance à un groupe, religieux en l'occurrence, est constitutive de l'identité et du respect de soi. À ce titre, les propos haineux des manifestants nazis infligent un tort à la communauté juive et doivent donc être interdits. Toutefois, et c'est là le point important, cette interdiction ne se justifie ni par un appel à un respect de soi désengagé, ni par un équilibre des différentes communautés – auquel cas une communauté sexiste pourrait elle aussi interdire des manifestations féministes sous prétexte qu'elles portent atteinte à son identité – mais par la conception du bien véhiculée par les néo-nazis[395]. Dans la mesure où ceux-ci font la promotion de valeurs méprisables, telles la haine et le racisme, l'interdiction de leur discours est légitime. On reconnaîtra là le noyau du communautarisme, à savoir la priorité du bien sur le juste, ce dernier étant dérivé de fins qui lui sont antérieures. La compréhension de la communauté libérale de Dworkin renvoie ces deux positions dos à dos. Contrairement au « libéralisme formel » visé par Sandel, la communauté libérale ne tolèrera pas les discours haineux. Mais l'interdiction résultante se justifie non en référence à une hiérarchie des biens – au bas de laquelle ramperaient les croyances nazies – mais parce que la vision de la communauté ainsi promue contrevient directement au principe d'égale importance.

[393] SANDEL Michael J., Le libéralisme et les limites de la justice, traduit de l'américain par Jean Fabien Spitz, 2e éd., Paris : Édition du Seuil, 1999. 329 p. Couleur des idées. Traduction de : Liberalism and the limits of justice. ISBN 2020326302. p.19.
[394] Bien entendu, si l'incitation à la haine se traduit par une atteinte à l'intégrité physique d'autrui, le discours en question sera interdit. Néanmoins, ce ne sera pas en raison de son contenu, mais bien de ses conséquences indirectes.
[395] SANDEL Michael J., Le libéralisme et les limites de la justice, p.20.

d. Récapitulation

Il est donc possible de conclure l'exposé du modèle de défi par un retour sur ses propriétés. D'abord, la continuité entre la personne et sa communauté a pour vecteur essentiel le souci pour la justice[396]. Continuité qui, en retour, greffe à la délibération individuelle – le sujet particulier plaidant auprès du tribunal de sa conscience contre son ego désintéressé[397] – une composante collective qui ainsi partage la responsabilité vis-à-vis de la justice. Le dialogue avec la justice se construit non seulement entre l'individu et autrui, mais entre chaque individualité et la collectivité. Bref, dans la mesure où le libéral intégré considère la vie de la *polis* comme une partie de la sienne, il estime que les deux principes de dignité humaine devraient en guider les pratiques politiques[398]. Réciproquement, les deux principes de dignité humaine se combinent pour fonder le critère à l'aune duquel la légitimité des communautés politiques instituées est mesurée, à savoir le principe égalitaire abstrait selon lequel il n'est d'action politique légitime que celle qui considère chaque individu en égal.

Le solipsisme du libéral intégré

Loin de se limiter à une confirmation supplémentaire de la continuité méthodologique professée par Dworkin, la thèse de l'intégration permet d'aborder une objection qui, si elle s'avérait fondée, se révèlerait dévastatrice pour la justice comme sollicitude. Nous pensons à la critique formulée par Jürgen Habermas selon laquelle la théorie de la justice de Dworkin, procédant du paradigme kantien de la conscience, mène au solipsisme de la raison individuelle et est donc incapable de guider l'action collective[399]. À dire vrai, son objection porte en premier lieu sur la théorie du droit de Dworkin, le droit-intégrité présenté dans

[396] Point souligné notamment par S.GUEST, Ronald Dworkin, p. 15 et pp.79-80, M.GARANDEAU, Le libéralisme, p.197.
[397] GUIBET LAFAYE Caroline, La justice comme composante de la vie bonne, p.43.
[398] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice », in Dworkin : un débat, p.64.
[399] HABERMAS Jürgen, Droit et démocratie : Entre faits et normes, traduit de l'allemand par Rainer Rochlitz et Christian Bouchindhomme, 1ère éd., Paris : Gallimard, 1997. 551 p. NRF Essais. Traduction de : Faktizität und Geltung. ISBN 2070733521. p.17.

l'*Empire du droit*, et n'intègre pas explicitement les thèses défendues dans « Foundations of Liberal Equality ».

Toutefois, dans la mesure où la théorie dworkinienne du droit dépend de la thèse de l'intégration selon une démarche réflexive, on est autorisé *mutatis mutandis* à considérer que la critique de la raison communicationnelle s'y applique aussi. Ainsi, à l'intérieur du paradigme kantien de la conscience, l'individu adopte seul le principe régulateur qui garantit la validité de son jugement, c'est-à-dire qui l'autorise à prétendre à la validité de l'ascension du cas au principe. Il s'agit bel et bien d'une prétention puisqu'à l'origine de son jugement se trouve une appréciation subjective qui ne procède pas de la subsomption d'un affect sensoriel sous un concept de l'entendement. Au contraire, usant du jugement réfléchissant, l'interprète assigne à ses expériences une fin qu'il ne peut démontrer, en l'occurrence le défi comme source de valeur, dont il se sert comme idée régulatrice pour interpréter les principes de dignité humaine en diverses croyances axiologiques[400]. Chez Kant, la validité de cet usage du jugement téléologique vient de ce que, tout en étant subjectif, il est néanmoins partagé par tout être doté de raison, instaurant de ce fait la possibilité de comparaison entre les systèmes de croyance axiologique[401].

C'est précisément ce dernier point qu'Habermas conteste : même guidé par un idéal régulateur téléologique, l'individu réfléchit dans le seul théâtre de son esprit; la raison commune à tous n'en garantit pas la transmission. L'humanité pense grâce à la raison, mais les individus réfléchissent seuls. Or, la pensée, dans ce qu'elle a d'universel, se construit par le langage qui lui sert de médium[402]. L'erreur de Kant aurait été de loger la transcendance dans les idées, comme données aprioriques de la conscience, plutôt qu'au sein des présupposés performatifs de la communication[403].

[400] KANT Immanuel, Critique de la faculté de juger, p.355.
[401] KANT Immanuel, Critique de la faculté de juger, p.370. Nous nous inspirons là encore du raisonnement de J.Allard, voir Dworkin et Kant : réflexions sur le jugement, p.102.
[402] HABERMAS Jürgen, Droit et démocratie : Entre faits et normes, pp.24-25.
[403] CORTINA Adela, « Éthique de la discussion et fondation ultime de la raison », in RENAUT Alain, dir., avec l'assistance de TAVOILLOT Pierre-Henry et SAVIDAN Patrick, Histoire de la philosophie politique, t. 5. « Les philosophies politiques contemporaines », p.202.

De ce point de vue, force est de constater que ni les principes de dignité humaine, ni le principe de priorité ne garantissent la justice comme sollicitude du reproche de solipsisme méthodologique. De fait, rien dans le principe d'importance égale n'impose de se soucier de la vie réelle d'autrui; au contraire, le principe d'importance égale représente d'abord une exigence pour l'individu – *Je* dois considérer *ma* vie comme importante – ce n'est qu'en deuxième temps que, par défaut, il l'étend aux autres. En effet, c'est faute de raisons justifiant sa supériorité sur les autres que le libéral intégré suppose la réciprocité de l'importance égale, réciprocité qui reste formelle puisqu'elle ne l'engage à rien, contrairement au principe de bienfaisance. La responsabilité spéciale se définit par son lien avec son détenteur. Quant au principe de priorité, s'il avait été possible d'y voir un principe intersubjectif de la raison pratique puisque l'individu quitte sa solitude pour se représenter dans sa communauté, le détour de l'individu vers la communauté politique correspond précisément à la simplification de l'unité politique comme macro-sujet étatique que dénonce Habermas[404].

Néanmoins, ce serait, selon nous, mal saisir le modèle de défi auquel répondent les trois principes susmentionnés. En effet, en tant que structure du discours axiologique, le modèle de défi organise effectivement les systèmes de valeurs individuels selon le paradigme de la conscience, mais *en vue* de leur acceptabilité dans la sphère publique, afin qu'ils puissent assigner des objectifs normatifs aux pratiques sociales. Autrement dit, et dans ce qui suit, nous nous éloignons de la lecture de Allard, la conception du défi comme valeur représente un principe du jugement téléologique particulier qui ouvre vers le débat public par un retour vers les lieux communs qui composent sa précompréhension. Une personne qui accepte la continuité des convictions éthiques et morales selon le modèle de défi se soucie donc de la sphère publique car, en dépit de la genèse privée de sa géode axiologique, la prise en compte de la justice et du bien-être communautaire comme paramètres de sa propre réussite en requièrent l'acceptabilité publique. C'est l'étape post-interprétative, parfois

[404] HABERMAS Jürgen, Droit et démocratie : Entre faits et normes, p.17.

négligée lorsque l'analyse de l'interprétation créative se limite aux moments d'adéquation pré-interprétative et d'assignation interprétative du but normatif. En ce sens, les principes de dignité humaine ont une double fonction : architectonique, lors de l'organisation du système de valeurs, et dialectique, lors de l'évaluation des arguments présentés dans la sphère publique pour résoudre une controverse pratique.

Pourrait-on en conclure que toute géode dépend, quant à son sens, du test de la confrontation publique? Sans nous prononcer immédiatement, nous nous contenterons de souligner que le lien entre interprétation créative et argumentation – dont l'éventualité a été envisagée par Paul Ricœur dans le contexte juridique de la justice comme sollicitude[405] – présuppose un fort consensus en faveur de la politisation de l'égale importance et de la responsabilité spéciale sous la forme de l'égalité et de la liberté – comme préjugé dont on part et sur lequel on revient. Consensus qui s'incarnerait par la reconnaissance de la priorité de ces deux valeurs politiques sur le bien-être de chacun afin d'opérer selon leur intégration sociale. Il est néanmoins à craindre que la communauté libérale évoquée par le principe de priorité ne soit trop « fine » pour jouer ce rôle.

D'abord, structurellement, la communauté libérale de Dworkin évite les dérives « ontologisantes » par une scission sectorielle entre les intérêts des actants individuels et de l'actant collectif. Or, il n'est pas complètement déraisonnable du supposer que ce partage du travail s'accompagne d'une adhésion ponctuelle qui, en dehors d'enjeux particulièrement publicisés serait impuissante à inciter la participation à l'interprétation des principes de justice. À l'instar de l'orchestre, qui se sépare une fois la pièce jouée, la communauté libérale dépendrait de la mobilisation de l'opinion publique à l'endroit du respect des principes de dignité humaine[406].

[405] RICOEUR Paul, « Interprétation et/ou argumentation » in Le juste, vol. I et II, 1ère éd., Paris : Éditions Esprit, 1995-2001. Préciser les pages. Philosophie. ISBN 2909210162 et 290921026X (vol. II).

[406] Nous nous inspirons ici d'un enjeu soulevé par Frank Michelman, voir « Democracy and Positive Liberty », Boston Review. Octobre-novembre 1996. URL = <http://bostonreview.net/BR21.5/michelman.html.> Copyright Boston Review.

Ensuite, substantiellement, la justice dont chacun devrait se soucier correspond à l'interprétation du principe égalitaire abstrait – l'obligation pour une communauté de traiter chacun en égal – selon le double critère des principes d'importance égale et de responsabilité spéciale. Cependant cette notion est passablement problématique, car elle se traduit, politiquement, par l'idéal d'égale liberté. Depuis Kant, et par opposition au premier humanisme qui reposait sur l'affirmation d'une nature humaine, la liberté se définit comme l'indétermination radicale du sujet quant à ses fins et à toute essence[407]. Idée que Dworkin reprend à son compte lorsqu'il se défend de toute fondation métaphysique des principes de dignité humaine. Le problème est donc le suivant : comment mesurer la répartition égale d'une qualité dont on pose par principe l'absence de contenu?

De prime abord, la coexistence de domaines dépourvus d'interférence au sein desquels exercer son libre arbitre semble fournir un critère suffisant. Toutefois, elle se révèle rapidement formelle, tant parce que certains seront plus en mesure que d'autres de se prémunir des dites interférences externes, que parce que les circonstances peuvent aussi réduire le champ d'action dévolu à l'individu, menant à une inégalité de liberté. Ainsi surgit la question des moyens de la liberté. Or, assigner des moyens à la liberté n'est-ce pas déjà présumer de son usage? En revanche, la menace posée par la réduction de la liberté aux moyens envisagés présente l'avantage non négligeable de fournir une mesure de comparaison des libertés. À titre d'exemple, il sera plus facile d'égaliser la liberté de déplacement par l'octroi de billets d'autobus que par une mesure portant sur les destinations de chaque citoyen. S'il est vrai que l'égalité de liberté sera dérivée de la distribution des billets, donc dans une certaine mesure présupposée, puisque d'autres circonstances pourraient interférer avec son exercice, cette dérivation évite néanmoins d'avoir à poser un jugement sur l'usage effectif de la liberté de déplacement, ce qui serait contradictoire.

[407] RENAUT Alain, « Les humanismes modernes » in Histoire de la philosophie politique, t. 3 « Lumières et romantisme », pp.34-35.

Le problème de la mesure, loin de ne constituer qu'une question conceptuelle, encadre donc une dynamique dans laquelle le passage de l'égale liberté formelle à l'égale liberté réelle est garanti par l'augmentation des rapports sous lesquels elle est mesurée, tant en nombre qu'en précision. Entreprise qui ne va pas de soi puisque la composante égalitaire de l'égale liberté est inconditionnellement universelle, ne serait-ce qu'au sein de la communauté concernée. S'il en était autrement, elle deviendrait la liberté de certains et par le fait même inégale, tandis que la finesse d'une mesure dépend de son aptitude à rendre compte avec précision des particularités de chacun. À ce titre, on peut considérer l'œuvre de Dworkin comme un effort visant à donner consistance à une communauté fondée en égale liberté par sa déclinaison sous différentes figures, en l'occurrence, démocratique, juridique, matérielle et naturelle[408]. Leurs relations réciproques s'établissent selon deux modalités. Seule, chaque figure de l'égale liberté peut être considérée comme formelle, c'est-à-dire comme souffrant de lacunes vis-à-vis des circonstances qui tolèrent l'émergence de rapports de force ou de pratiques contraires à l'égale liberté. Les autres figures sont donc appelées à combler ces failles non exclusivement en réaction au développement historique mais, et c'est là un point important, selon un affinement de la commensurabilité des actants individuels en vue d'en garantir l'intégration la plus complète dans la communauté libérale. La réalisation de l'égale liberté suit donc un double vecteur : quantitatif, par l'augmentation du nombre de mesures, et qualitatif, par la recherche d'une plus grande commensurabilité – les lacunes d'une figure de l'égale liberté étant attribuées à son absence de précision dans l'évaluation de ce qui importe. Par le fait même, cette réalité accrue de l'égale liberté assure la pérennité de la communauté libérale.

[408] Par naturelle, nous n'entendons pas la référence à une nature humaine, mais bien la prise en compte des caractéristiques biologiques de chacun.

CHAPITRE 3. DU POLITIQUE AU DROIT

1. PREMIÈRE FIGURE DE L'ÉGALE LIBERTÉ : QU'EST-CE QUE LA DÉMOCRATIE?

Dans une société idéale, les principes d'individualisme éthique se prolongent au sein de la sphère politique, de ses institutions et de ses objectifs, par l'obligation faite à tout État de traiter chacun en égal. De tous les régimes envisageables, même si la démocratie semble le plus en harmonie avec l'égale importance et avec la responsabilité spéciale, des écueils interviennent lors de sa mise en oeuvre. En effet, tout régime politique menace l'exercice de la responsabilité spéciale, d'abord, parce qu'un gouvernement, quel qu'il soit, tend à induire la passivité des citoyens en raison même de la coordination qu'il exerce en vue d'une action collective. Les citoyens se métamorphosent en administrés dont les choix dépendent plus d'institutions et de procédures externes que de leur libre arbitre. Ensuite, dans la mesure où ces institutions manifestent la différence – voire la distance – entre gouvernants et gouvernés, tout membre d'une unité politique est potentiellement soumis à la volonté d'autrui[409].

S'opposant au gouvernement d'un seul ou d'une élite – quelle qu'en soit la définition – au profit de la participation de tous, la démocratie rejoint le principe d'égale importance. De même, l'idée de souveraineté du peuple, seul dépositaire du pouvoir législatif, fait écho au principe d'autonomie éthique exprimé par la responsabilité spéciale : dans la mesure où l'expérience éthique a pour paramètre critique la construction indépendante des croyances axiologiques, et non l'hétéronomie normative, il semble naturel que cette autodétermination se manifeste à l'échelle politique.

[409] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice » in Dworkin : un débat, p.69.

Pour autant, cela ne signifie pas que l'idée de démocratie soit libre de controverses : majoritaire, délibérative, constitutionnelle, schumpétérienne, participative, sociale, ses qualificatifs attestent de ses diverses acceptions[410]. Considérer la démocratie comme l'émanation d'une communauté de personnes également libres ne suffit pas, encore faut-il dépasser la pétition de principe pour identifier les caractéristiques qui en font le meilleur vecteur des principes d'individualisme éthique. Autrement dit, jusqu'à quel point telle ou telle conception de la démocratie préserve-t-elle l'individualisme éthique de l'empiètement structurel inhérent à tout État[411]? De surcroît, le problème initial de la diversité des conceptions de la démocratie se double d'une polémique non moins essentielle concernant l'effet positif ou négatif sur la pratique de la démocratie du contrôle de constitutionnalité, par lequel une politique ou une loi émanant des instances législatives est suspendue ou abrogée par le pouvoir judiciaire.

D'un premier abord, le contrôle de constitutionnalité peut être vu comme une intrusion dans l'exercice démocratique, intrusion qui, pour utile qu'elle se révèle, n'en limite pas moins la volonté souveraine légitime[412]. En effet, il ne s'agit pas d'un empiètement ponctuel, résultant par exemple de contraintes contingentes, mais du fonctionnement normal du pouvoir judiciaire qui, appuyé sur les dispositions abrogatoires constitutionnelles, se pose comme le concurrent direct du pouvoir législatif des élus[413]. De plus, le caractère abstrait et général des dites clauses, par exemple l'égale protection de la loi ou la liberté d'expression, laisse l'impression que les juges, non contents de limiter la souveraineté du peuple, s'arrogent un pouvoir législatif indu pour imposer leurs propres valeurs à l'ensemble de la société[414]. Bref, de problème technique, le contrôle de constitutionnalité fissure la communauté politique par

[410] Nous reprenons la typologie utilisée par GUTMANN Amy dans l'article « Democracy » in GOODIN Robert E et PETTIT Philip, éd. A Companion to Contemporary Political Philosophy, pp.412-418.
[411] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice » in Dworkin : un débat, p.70.
[412] DWORKIN Ronald, « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court », Alberta Law Review, 1990, vol.XXVIII, n° 2, p.326.
[413] En ce qui concerne la constitution américaine, les dispositions abrogatoires sont les dix premiers amendements contenus dans la Bill of Rights – il existe à l'heure actuelle vingt-cinq amendements –; pour ce qui est du Canada, il s'agit de la Charte canadienne des droits et libertés enchâssée dans Loi constitutionnelle de 1982; en ce qui a trait à la France, ce sont les dispositions inscrites dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, le Préambule de la Constitution de 1946 et la Charte de l'environnement de 2004. Les organes de contrôle de constitutionnalité sont, respectivement, la Cour Suprême des Etats-Unis, la Cour suprême du Canada et le Conseil constitutionnel de France.
[414] DWORKIN Ronald, FL, p.4.

l'instauration d'une appartenance différenciée : entre n'importe quel membre et un membre d'un type spécial qui détermine les convictions acceptables du premier.

Cela dit, l'interprétation ainsi proposée des principes d'individualisme éthique comporte sa part de tensions et soulève plus de questions qu'elle n'en résout au sujet du caractère démocratique du contrôle de constitutionnalité. Ainsi, une fois reconnu que l'égale importance s'oppose à une aristocratie de toute sorte, rien n'est précisé quant à son instauration et son maintien. Plus exactement, l'égale importance de tous réside-t-elle dans un processus auquel chacun prendrait part, ou bien dans les résultats, lois et politiques qui respecteraient l'égalité des membres de l'unité politique[415]? En outre, si la responsabilité spéciale entretient un lien avec l'autodétermination de la souveraineté populaire, son altération par le contrôle de constitutionnalité dépend de la conception de la liberté qui la sous-tend. L'opposition entre suffrage et constitution retrace alors la dichotomie entre liberté positive et liberté négative et mène à se demander qui, de l'autodétermination de tous ou de l'indépendance de chacun, reste le plus fidèle à l'intégrité éthique des individus[416]. Il convient donc de procéder en deux étapes, la première consistant à définir la conception de la démocratie adéquate, pour, en deuxième temps, évaluer le caractère démocratique du contrôle de constitutionnalité, et par extension, du pouvoir judiciaire[417]. Ce faisant, Dworkin annonce les catégories qui distinguent et justifient les pratiques de chaque ordre de gouvernement – législatif, exécutif et judiciaire. Sa discussion du concept de démocratie revêt ainsi une importance primordiale pour l'articulation de l'horizon normatif en regard duquel la pratique juridique déterminera ses objectifs[418].

---

[415] DWORKIN Ronald, FL, pp.15-16. Voir aussi, MICHELMAN Frank, « Democracy and Positive Liberty », MICHELMAN Frank, « Democracy and Positive Liberty », Boston Review. Octobre-novembre 1996. URL = <http://bostonreview.net/BR21.5/michelman.html.> Copyright Boston Review.

[416] DWORKIN Ronald, FL, p.21. Pour un exposé du débat entre la liberté positive comme autodétermination et la liberté négative comme absence d'interférence, voir notamment, BERLIN Isaiah, « Two Concepts of Liberty » in Liberty, 1ère éd., Henry Hardy éd., avec un essai sur Berlin et ses critiques par Ian Harris, Oxford : Oxford University Press, 2002. xxxiv, 382 p. ISBN 9780199249893; RENAUT Alain, Qu'est-ce qu'un peuple libre? Libéralisme ou républicanisme, 1ère éd., Paris : Éditions Grasset et Fasquelle, 2005. 267 p. Essai. ISBN 2246674611. pp.153-158; SPITZ Jean-Fabien, La liberté politique. Essai de Généalogie conceptuelle, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 1995. 509 p. Léviathan. ISBN 2130471897, chap.3.

[417] DWORKIN Ronald, « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court », Alberta Law Review, p.329.

[418] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice » in Dworkin : un débat, p.67. Voir aussi, « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court », Alberta Law Review, p.327 et QP, chap.1.

a. Une personne, un vote : la démocratie majoritaire

En tant que forme de gouvernement, la démocratie représente une modalité possible de l'action collective. Par cela, il ne faut comprendre rien de plus que le constat selon lequel la conception d'un type de régime suppose, d'une manière ou d'une autre, la mention d'un actant collectif dont les gestes dépassent la capacité individuelle[419]. À travers ce prisme, Dworkin oppose deux conceptions de la démocratie, chacune retraçant un type d'action collective, à savoir l'action collective statistique qui correspond à la démocratie majoritaire et l'action collective commune liée à la démocratie partenariat[420]. Il nous semble que la démocratie pragmatique de Posner, que l'on peut considérer comme une variante schumpétérienne et profondément sceptique quant aux vertus de la délibération, doive être ajoutée aux conceptions statistiques de l'action collective[421].

Une action collective est dite statistique lorsqu'elle est perçue comme une fonction plus ou moins exacte des actions individuelles. À titre d'exemple, l'augmentation des échanges commerciaux lors de la période de Noël constitue une action statistique. L'encombrement des transports en commun lors de l'heure de pointe en est une autre. Le qualificatif « majoritaire » appliqué à cette conception de la démocratie vient donc de ce que les décisions qui y sont prises résultent de l'addition des suffrages individuels[422]. De ce point de vue, la démocratie se distingue des autres régimes par le pluralisme inscrit dans son fonctionnement : tout débat impliquera la consultation du plus grand nombre et sera tranché selon les préférences de chacun[423].

De prime abord, la démocratie majoritaire semble satisfaire les exigences de l'individualisme éthique dans la mesure où l'on estime que son but consiste à garantir

[419] DWORKIN Ronald, « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court », Alberta Law Review, p.329.
[420] Les expressions « action collective statistique » et « action collective commune » traduisent « statistical collective action » et « communal collective action », in « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court », Alberta Law Review, p.329. Outre les expressions « démocratie majoritaire » et « démocratie partenariat » – majoritarian democracy et partnership democracy – qui sont utilisées dans « The Roots of Justice » p.73, Dworkin utilise aussi les formules suivantes : statistical democracy et communal democracy dans « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court » et constitutional conception of democracy dans FL. Dans la mesure où ces désignations sont interchangeables, nous préférons la terminologie utilisée dans « The Roots of Justice ».
[421] POSNER Richard A., Law, Pragmatism, and Democracy, chap.4-5.
[422] DWORKIN Ronald, « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court », Alberta Law Review, p.330.
[423] DWORKIN Ronald, « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court », Alberta Law Review, p.331.

l'égalité de pouvoir. La compréhension statistique de l'action collective, telle qu'exprimée par la loi de la majorité, confère une voix égale à chacun et, ce faisant, elle assure la réciprocité des relations de pouvoir. Elle n'implique pas que chaque décision soit adoptée à l'unanimité – ou que chacun voit ses intérêts personnels systématiquement rencontrés – mais, dans la mesure où les décisions politiques touchent l'ensemble de la population, personne n'est le sujet d'une volonté qu'il ne puisse influencer en retour[424]. De surcroît, la réciprocité qui régit les rapports de pouvoir assure la transition de l'autodétermination du groupe vers la responsabilité spéciale : personne ne disposant de plus de pouvoir qu'autrui, toute participation au processus légitime équivaut à une appropriation de la souveraineté, donc à une augmentation de la liberté[425].

La conception majoritaire de la démocratie sert donc de prémisse à la position selon laquelle le contrôle de constitutionnalité, dénoncé sous les traits de l'activisme judiciaire, nuit au principe et au bon fonctionnement de la démocratie. Certes, en certaines occasions, la limitation de la souveraineté populaire peut se justifier notamment pour permettre de prolonger le débat public afin d'assurer que la décision soit prise en pleine connaissance de cause ou encore pour reconnaître la valeur instrumentale de certaines dispositions abrogatoires. Dans de telles circonstances, les libertés d'expression et d'association représenteraient les outils nécessaires à l'existence d'une sphère publique[426]. Néanmoins, ces concessions au pouvoir judiciaire restent de l'ordre du compromis; en dernière analyse, seule la loi de la majorité définit les droits[427]. Plus subtilement, la position majoritaire défend l'idée selon laquelle l'interprétation constitutionnelle devrait être l'apanage des instances élues.

Toutefois, la démocratie majoritaire butte sur plusieurs problèmes, tant méthodologiques que normatifs. Le premier résulte de la critique même que la conception majoritaire adresse au contrôle de constitutionnalité. Ainsi, les juges agissent de manière anti-

[424] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice » in Dworkin : un débat, p.70.
[425] DWORKIN Ronald, FL, p.22.
[426] DWORKIN Ronald, « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court », Alberta Law Review, p.328.
[427] DWORKIN Ronald, FL, 16.

démocratique parce que leurs voix respective faisant obstacle à celle de la majorité, ont un poids plus important que celle de chaque individu. En ce sens, ils agissent comme une instance extérieure à la communauté politique qui lui impose ses vues. Or, la démocratie majoritaire présente le même problème, car en dépit de ses prétentions égalitaires, il s'agit d'un gouvernement pour le peuple, mais *par une partie seulement* du peuple, la majorité. Il s'ensuit que pour toute décision prise, les membres de la communauté mis en minorité se trouvent dans la même situation que n'importe qui vis-à-vis des juges : du point de vue de l'individu, donc statistiquement, il n'existe strictement aucune différence entre se faire imposer une décision par une majorité contre qui l'on a voté ou par une cour suprême. L'empiètement sur l'égale importance reste le même.

De surcroît, dans la mesure où la communauté, par la majorité dégagée, est libre de se prononcer sur n'importe quel sujet, sans quoi l'on ne pourrait dire qu'elle est souveraine, rien ne l'empêche de condamner un comportement jugé immoral. Ce qui renvoie au problème de l'homogénéisation de l'environnement moral d'une communauté par son activité législative. Outre la question de la valeur justificative du suffrage – en quoi le caractère majoritaire d'une conviction démontre-t-il sa valeur? – l'interprétation résultante du principe de priorité empiète sur la responsabilité spéciale. Dès lors, comment soutenir que la démocratie majoritaire amplifie la liberté des individus si toute majorité a le loisir d'infliger n'importe quel traitement à une minorité[428]? Enfin, si l'on suppose, conformément à l'interprétation majoritaire, que les droits individuels inscrits dans la constitution limitent les pouvoirs de la majorité, il y a quelque chose de douteux à laisser une instance représentative juger de ce dont elle est partie[429].

Une réponse à ces objections consiste à souligner que même si un individu peut être exclu du processus décisionnel lorsqu'une majorité est dégagée, il n'en reste pas moins membre de la communauté politique, étant dépositaire d'une fraction du pouvoir collectif.

[428] DWORKIN Ronald, FL, p.22.

Cette solution se heurte à son tour au volet méthodologique des objections : comment mesurer l'égalité de pouvoir en démocratie? Par le fait même, comment définir le pouvoir politique[430]?

Dworkin propose deux axes d'analyse de la notion de pouvoir. D'une part, le pouvoir peut être conçu comme une relation verticale, c'est-à-dire entre un individu et un élu, un fonctionnaire ou un magistrat, ou comme une relation horizontale, entre chaque individu[431]. D'autre part, le pouvoir peut être synonyme d'impact, celui qu'une personne génère par ses seuls moyens, ou d'influence, à savoir la différence suscitée dans le comportement d'autrui. Ainsi, exercer son droit de vote représente un exemple type de pouvoir d'impact, tandis que le pouvoir d'un orateur sur son auditoire constitue un pouvoir d'influence[432]. Ces deux acceptations du pouvoir ne se limitent pas à la sphère politique : le pouvoir d'embauche d'un directeur sur ses employés s'inscrit dans la catégorie de l'impact, et l'animateur d'une émission de télévision populaire dispose d'une grande influence.

Est-il possible d'atteindre une égalité de pouvoir selon l'une ou l'autre de ces modalités? L'égalité politique est confrontée à un dilemme entre les deux conceptions proposées. Ainsi, l'égalité horizontale seule est insignifiante : une communauté d'esclaves peut très bien jouir de l'égalité horizontale de pouvoir, tant en termes d'impact que d'influence, sans que son statut soit modifié. À l'inverse, l'égalité verticale est irréalisable. Ne serait-ce que pour de strictes raisons de coordination, au-delà d'un certain nombre d'individus, aucune communauté ne peut se prévaloir d'une égalité de pouvoir verticale : même régler la circulation à l'intérieur d'un carrefour giratoire exige l'inégalité de pouvoir nécessaire à la bonne conduite de chacun[433].

Il y a lieu dès lors de se demander si les notions d'impact ou d'influence sont en mesure de résoudre ce dilemme. L'égalité verticale d'impact est impossible : toute délégation

---

[429] DWORKIN Ronald, PDS, p.229.
[430] DWORKIN Ronald, « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court », Alberta Law Review, p.332.
[431] Bien que le républicanisme soit une théorie autrement plus subtile que la conception majoritaire de la démocratie, on reconnaîtra dans la typologie du pouvoir en catégories verticale et horizontale la distinction entre imperium et dominium. Voir notamment, PETTIT Philip, Republicanism, A Theory of Freedom and Government, 2e éd. New York : Oxford University Press, 1999, c1997. 328 p. Oxford Political Theory. ISBN 0198296428. p. 130 et p.171. Voir aussi, SPITZ Jean-Fabien, La liberté politique. Essai de Généalogie conceptuelle, p.184.
[432] DWORKIN Ronald, « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court », Alberta Law Review, p.332.

du pouvoir décisionnel, pour quelque raison que ce soit, y contreviendrait. À ce titre, seule l'anarchie obéirait à ses réquisits[434]. L'égalité horizontale d'impact n'est quant à elle pas assez exigeante : une assemblée d'individus dont la seule prérogative consisterait à visser un boulon vers la gauche plutôt que vers la droite y satisferait intégralement. Les écueils rencontrés par l'égalité horizontale d'impact soulignent donc une faiblesse de la conception statistique de l'action collective qui est indifférente à la participation de la population au débat public. Du point de vue statistique, l'absence généralisée de participation équivaut à une participation égale de tous. Bien qu'apparaissant plus rigoureuse à l'endroit des risques de subordination, la démocratie majoritaire ne peut préserver une communauté de la passivité politique. *« Une démocratie peut devenir le cimetière de l'initiative éthique individuelle sans cesser pour autant d'être, pour cette raison, une démocratie »*[435].

En revanche, l'égalité d'influence représente un idéal plus plausible. Dans la mesure où la contrainte normative la plus importante consiste à disposer d'une influence égale envers autrui, ses variantes verticales et horizontales répondent à des intuitions plus familières. Verticalement, l'égalité d'influence est relativement aisée à réaliser; il suffit d'instaurer des structures de représentation qui autorisent la plus grande perméabilité des convictions des électeurs vers les élus. Qui plus est, ces dernières existent déjà, si ce n'est à l'intérieur d'un seul État, au moins dispersées à travers l'histoire des différentes démocraties occidentales : ainsi, la représentation proportionnelle, l'usage du référendum, le pouvoir de rappel des élus, l'insertion d'un mandat dans les conditions d'éligibilité et la réglementation des dépenses électorales représentent autant de moyens propres à favoriser l'égalité verticale d'influence, au nom d'un idéal de représentativité et d'imputabilité.

De même, la recherche d'une égalité d'influence horizontale répond à une préoccupation commune, à savoir qu'un individu, du fait de ses ressources personnelles,

---

[433] DWORKIN Ronald, « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court », Alberta Law Review, p.332.
[434] Avec les paradoxes que cela comporte : les situations purement anarchiques sont par essence instables et dérivent rapidement vers la loi du plus fort.

jouisse d'un poids public disproportionné. Ainsi, en est-il d'un milliardaire qui utiliserait son poids économique pour financer une campagne électorale, ou d'un magnat de la presse qui utiliserait ses réseaux télévisés pour assurer sa promotion[436]. Selon cette perspective, toute démocratie devrait rechercher l'égalité d'influence horizontale afin de prévenir l'érosion de la sphère publique.

Bien que cette préoccupation soulève un problème véritable au sein des démocraties contemporaines, on peut se demander quelles mesures adopter afin de réaliser l'égalité envisagée. D'un côté, l'influence est difficilement quantifiable : en dehors de dépenses électorales comptabilisées, comment l'évaluer? De l'autre côté, comment identifier un comportement modifié par une influence d'un comportement autonome? Par le fait même, sommes-nous en mesure de distinguer une influence légitime d'une influence illégitime? Pourquoi une personne qui choisit de consacrer sa vie à l'implication partisane ou dont l'expertise en politique est pertinente devrait-t-elle fixer des limites, si la chose est possible, à son influence? Autant de questions qui mènent à se demander si, en définitive, l'égalité d'influence horizontale est souhaitable[437].

Dworkin suggère d'abandonner ce terrain glissant pour proposer une autre approche à la prédominance qui l'expliquerait non par le résultat, l'influence politique, mais par les moyens : chaque individu aurait autant d'influence que le lui permettrait une distribution juste des ressources[438]. Si un milliardaire dispose de ressources matérielles telles qu'il puisse influencer à lui seul des élections, peut-être est-ce en raison d'une distribution injuste. Il serait ainsi possible de prévenir la prédominance sans pour autant avoir à prendre position sur les choix professionnels et l'utilisation des ressources matérielles, car la préservation artificielle

---

[435] Traduction libre de : « A democracy can become the graveyard of individual ethical initiative without being, for that reason, any less a democracy », DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice » in Dworkin : un débat, p.70.

[436] Bien qu'utilisée dans un contexte différent, on reconnaîtra la notion de prédominance autour de laquelle M.Walzer a articulé sa conception de l'égalité complexe. Voir WALZER Michael, Sphères de justice : une défense du pluralisme et de l'égalité, traduit de l'américain par Pascal Engel, 1ère éd., Paris : Éditions du Seuil, 1997. 475 p. La couleur des idées. Traduction de : Spheres of justices : a defense of pluralism and equality. ISBN 2020153769. p.33. Du point de vue du républicanisme, il s'agit du problème du dominium.

[437] DWORKIN Ronald, « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court », Alberta Law Review, p.333.

[438] DWORKIN Ronald, « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court », Alberta Law Review, p.334.

de l'égalité d'influence n'érode pas moins la sphère publique : non plus par une influence indue, mais par l'imposition d'un carcan à la libre participation[439].

En ce qui a trait à l'égalité d'influence verticale, la position de Dworkin est plus surprenante. En effet, bien que les moyens évoqués pour la réaliser puissent facilement s'enchâsser au sein de dispositions constitutionnelles, il leur reproche de provoquer la sujétion des membres des assemblées législatives au détriment de leur capacité d'initiative[440]. Toutefois, si un tel résultat est malheureux, c'est parce que toute sujétion est regrettable, quelle que soit la profession envisagée, et non parce qu'une classe politique plus intimement liée à son électorat constitue un objectif politique intrinsèquement condamnable. À moins d'activer les images de l'élu comme expert ou grand décideur, lesquelles légitimeraient une imputabilité réduite des élus, nous ne voyons pas comment justifier cette méfiance à l'endroit d'une représentation accrue[441]. Cette question demeure en suspens : elle sera traitée dans la seconde partie de notre thèse.

En ce qui concerne la presque totalité des figures de l'égalité de pouvoir politique, les difficultés tant conceptuelles que normatives en rendent la pratique peu probable. *A fortiori*, s'il s'agit d'y fonder une compréhension de la communauté politique telle qu'un individu ne puisse en être exclu quel que soit son suffrage[442]. Il appert ainsi que la démocratie majoritaire, comme action collective statistique, entraîne, tant normativement que méthodologiquement, la contradiction suivante : la procédure par laquelle chacun est traité en égal, comme unique source de légitimité politique, peut priver un groupe donné du traitement égal qui lui est dû. L'égalité de processus justifie l'inégalité de statut[443].

[439] DWORKIN Ronald, « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court », Alberta Law Review, p.335.
[440] DWORKIN Ronald, « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court », Alberta Law Review, p.333.
[441] À ce sujet, voir notamment, RENAUT Alain, chap.II, « La politique comme expertise » et « La politique comme leadership » in La fin de l'autorité, 1ère éd., Paris : Flammarion, 2004. 266 p. ISBN 2082103307.
[442] DWORKIN Ronald, FL, p.22.
[443] DWORKIN Ronald, « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court », Alberta Law Review, p.331.

b. Concurrence et représentation: la démocratie pragmatique

La démocratie pragmatique dresse un portrait quelque peu différent de la relation entre contrôle de constitutionnalité et volonté populaire. De façon lapidaire, la variante pragmatique de la démocratie se définit comme un régime marqué par la concurrence des membres de la classe dirigeante pour le plus grand support populaire. D'inspiration explicitement schumpétérienne, la conception de Posner se présente comme une démocratie d'élite, dont le principe opératoire n'est pas la volonté populaire, mais le gouvernement représentatif – ou responsable – au sein duquel les élus sont contrôlés par la sanction électorale et la durée limitée de leurs mandats[444]. Elle se distingue donc de la démocratie majoritaire en cela qu'elle est dépourvue de toute référence à un quelconque idéal d'autodétermination ou d'expression de la volonté populaire.

En fait, il s'agit d'une appréciation exacerbée de l'action collective statistique, puisque le choix des candidats politiques et les mouvements d'opinions publiques résultent de l'agrégation des intérêts privés. Les citoyens votent comme ils vont au marché, selon leur intérêt privé du moment tels les taux d'intérêts, leurs impôts, le chômage, pour choisir le candidat qui semble le plus susceptible de les satisfaire. Les notions de sphère publique, *a fortiori* de bien public, dotées d'une valeur autre que la simple utilité, relèvent toutes deux de fantasmes civico-délibératifs condamnés à être déçus par l'apathie des citoyens.

La vision ouvertement désenchantée de la démocratie esquissée par Posner s'appuie sur la méthode empirique et historique conforme à son pragmatisme. Ainsi, tandis que Dworkin recherche les principes essentiels de la démocratie dans le cadre d'une « querelle de famille », opposant diverses théories de la démocratie et leurs principes normatifs, le pragmatique étudiera l'évolution des différents régimes politiques, pour y comparer la démocratie. Et ce, pour en exhiber les traits distinctifs à partir des pratiques politiques telles

[444] POSNER Richard, Law, Pragmatism and Democracy, p.144 et p.167.

qu'elles sont, plutôt que de catégories normatives taxées d'utopiques[445]. Dans cette perspective, la démocratie apparaît comme un accident de l'histoire qui n'a connu son plein épanouissement qu'à l'échelle de l'Occident au cours de la seconde moitié du XX^{e} siècle, dont les mérites et traits distinctifs se mesurent à l'aune des autres régimes : autocratie, monarchie ou totalitarisme[446]. La compréhension de la démocratie qui s'ensuit renvoie l'image d'un régime mixte au sein duquel s'équilibrent des composantes libérales et démocratiques. Dans cet esprit, le « *We the People* » de la déclaration d'indépendance fait l'objet d'une interprétation restreinte qui attribue l'adoption du régime naissant à un processus démocratique, mais qui, pour autant, n'en implique pas la nature intégralement démocratique[447].

Y aurait-il donc quelques raisons à attribuer une quelconque légitimité à un tel régime qui semble n'avoir de démocratique que l'emballage? En d'autres termes, il y a lieu de se demander si la perception pragmatique de la démocratie tout plausible soit-elle, est souhaitable. Plus particulièrement, elle invite à se pencher sur les problèmes posés par la soumission et l'apathie. En dépit de sa profession de défiance à l'encontre des constructions théoriques et normatives, l'attitude pragmatique se signale par une position en faveur de l'équilibre dynamique des pouvoirs et des juridictions[448]. Prenant acte de la nature foncièrement intéressée de l'être humain et de l'inéluctable concurrence pour le pouvoir au sein des sociétés, le pragmatiste justifie sa conception de la démocratie par son aptitude à en contrôler les effets les plus néfastes, telles les luttes armées ou les guerres civiles.

À cette fin, les procédures de représentation revêtent une importance considérable. Liant dirigeants et dirigés au sein d'une même structure simple et efficace, elles sont sources de stabilité[449]. Du point de vue des membres de la classe dirigeante, forcés de recueillir le plus grand suffrage, elles entretiennent une situation de concurrence qui prévient l'occurrence des

[445] POSNER Richard, Law, Pragmatism and Democracy, p.143.
[446] POSNER Richard, Law, Pragmatism and Democracy, p.146.
[447] POSNER Richard, Law, Pragmatism and Democracy, p.148.
[448] POSNER Richard, Law, Pragmatism and Democracy, p.149.

formes les plus extrêmes d'incompétence ou de corruption. En effet, souhaitant autant conserver qu'acquérir le pouvoir, ces derniers se comportent comme des vendeurs qui font la promotion de leur produit auprès des consommateurs[450]. Cette attitude induit une mesure d'imputabilité : tout en poursuivant leurs propres intérêts, ils ne négligent pas de les présenter à l'approbation du public et, si besoin est, de les modifier quelque peu pour s'aligner sur son opinion[451] .

Réciproquement, l'électorat dispose par l'intermédiaire du droit de vote de l'outil le plus efficace – entraînant les plus grands bénéfices pour un coût minimal – pour se faire entendre sans que cela n'exige de sa part une attention soutenue pour la chose publique[452]. Combiné à l'intérêt bien compris, le droit de vote se révèle être la meilleure monnaie pour « acheter » les programmes politiques dans la situation d'information incomplète que sont les élections. Dans le même ordre d'idées, l'apparition du suffrage universel a permis l'expression d'une pluralité d'intérêts qui, d'une part, stimulent la concurrence électorale et, d'autre part, encouragent l'apparition de groupes de pressions qui, eux aussi, concourent à réguler les rapports entre dirigeants et dirigés[453].

Respectant ainsi la division du travail des sociétés contemporaines, la structure représentative laisse aux individus le temps de s'impliquer dans les activités autrement plus gratifiantes que ne le sont leur vie professionnelle et privée. En effet, par opposition à ses homonymes majoritaires, délibératifs et participatifs, le démocrate pragmatique ne perçoit pas la politique, chargée de rapports de force et alimentée d'idéaux intransigeants, comme l'exemple d'une vie des plus sereines. Tout intérêt privé, professionnel ou matériel, dans la mesure où il s'inscrit dans un marché, peut être négocié dans l'espoir d'une balance positive, tandis que la politique reste toujours un jeu à somme nulle : celui qui gagne, gagne

[449] POSNER Richard, Law, Pragmatism and Democracy, p.168.
[450] POSNER Richard, Law, Pragmatism and Democracy, p.195.
[451] POSNER Richard, Law, Pragmatism and Democracy, p.182.
[452] POSNER Richard, Law, Pragmatism and Democracy, p.172.
[453] POSNER Richard, Law, Pragmatism and Democracy, p.165.

absolument, et celui qui perd obtient rarement de compensation[454]. La concurrence économique retrace une dynamique de coopération, alors que la concurrence électorale n'est que la forme pacifiée de ce qui, en dernière analyse, reste une lutte; il n'est pas surprenant que seuls les plus favorisés d'une société s'y adonnent. Au travers de la lunette pragmatique, passivité et désertion de la sphère publique ne représentent pas une baisse de qualité de vie sociale, mais bien un acquis[455]. Établissant un parallèle avec le comportement des consommateurs, Posner relève qu'au sein du marché, l'apathie, c'est-à-dire l'absence de recherche de produits alternatifs, est signe de satisfaction[456]. Les citoyens des démocraties contemporaines ne participent pas parce qu'ils sont satisfaits d'être libérés des contraintes d'une participation assidue[457].

Cette appréhension de la politique met en lumière un avantage supplémentaire de la démocratie pragmatique, à savoir le refroidissement des ardeurs idéologiques. En effet, limitée à un nombre réduit de participants, la démocratie représentative entretient la concurrence politique sans que celle-ci n'atteigne l'intensité qui précipite la polarisation des idéologies puisque la présence des représentants sur l'échiquier gouvernemental dépend des intérêts prosaïques d'une population qui n'a que faire d'ambitions idéologiques. Ainsi, dans une critique acerbe de la démocratie délibérative, à laquelle Posner reproche une vision idéalisée du débat publique, Posner souligne la dimension éminemment polémique de la discussion : loin d'atténuer les différences de convictions, celle-ci met à jour le conflit des croyances axiologiques qu'elle exacerbe d'autant. Il en résulte, du côté des dirigeants, la radicalisation des politiques, et, du côté de l'électorat, l'émergence d'une politique de l'émeute. Le réveil de la masse est vu comme une boîte de Pandore qu'il vaut mieux ne jamais ouvrir : les tractations à l'œuvre dans le processus de représentation servent ainsi de tampons qui absorbent les passions politiques.

[454] POSNER Richard, Law, Pragmatism and Democracy, p.173.
[455] POSNER Richard, Law, Pragmatism and Democracy, p.172.
[456] POSNER Richard, Law, Pragmatism and Democracy, p.190.
[457] POSNER Richard, Law, Pragmatism and Democracy, p.173.

De ce point de vue, les dispositions constitutionnelles en général et le contrôle de constitutionnalité en particulier procèdent de cette conception de la démocratie comme garde-fou des déchaînements de la lutte pour le pouvoir. Même les dispositions structurelles, telles l'élection des assemblées législatives ou la désignation des membres du gouvernement ont pour principales fonctions d'endiguer le raz-de-marée démocratique, tout comme l'apparition de monopoles, source d'absolutisme et d'inefficacité[458].

La méfiance envers les velléités d'un peuple enivré de pulsions idéologiques se manifeste en grande partie par les dispositions structurelles, et non abrogatoires, de la constitution. Sur trois pouvoirs, les membres du premier ne sont pas élus mais nommés à vie, le premier citoyen de la république l'est par suffrage indirect – par l'intermédiaire d'un collège électoral composé des membres des partis politiques – et les sièges de la chambre haute ne sont pas répartis selon la population. Le suffrage majoritaire simple prévient les tendances centripètes du suffrage à la proportionnelle au profit d'un recentrement des formations politiques et des « électeurs médians », plus modérés[459]. Enfin, le référendum reste une pratique marginale. La relation des élus envers leurs électeurs est pour le moins distante.

Par opposition, la méfiance à l'endroit de la sacralisation de la volonté populaire ne s'accompagne pas d'une confiance aveugle envers les élus et les magistrats. La fragmentation des pouvoirs est à ce sujet emblématique. Tant horizontale, entre le pouvoir exécutif, législatif bicaméral et judiciaire, que verticale, entre le gouvernement fédéral et les gouvernements des États, l'irresponsabilité de chaque juridiction vis-à-vis de l'autre assure un équilibre constant[460]. Les dispositions abrogatoires relèvent de la même logique de limitation des abus de pouvoir, et non d'une quelconque confrontation entre l'individu et la majorité dont la

[458] POSNER Richard, Law, Pragmatism and Democracy, p.148.
[459] POSNER Richard, Law, Pragmatism and Democracy, p.175.
[460] POSNER Richard, Law, Pragmatism and Democracy, pp.209-210.

tyrannie est plus efficacement combattue par les groupes d'intérêts[461]. Appréhendées à travers le prisme de la vie privée dont elles constituent le cadre, les libertés individuelles sont beaucoup plus exposées à l'empiètement administratif, donc au pouvoir exécutif, qu'aux aspirations législatives d'un électorat qui vote plus volontiers contre la photo qu'il n'aime pas qu'en faveur d'un programme politique. On ne peut donc reprocher à l'activisme judiciaire son caractère anti-démocratique puisque l'ensemble du régime, au premier chef les modalités de suffrage et d'élection, a été conçu pour brider plus que pour libérer la volonté du peuple. Le contrôle de constitutionnalité n'est qu'un paramètre de la concurrence entre les différentes instances politiques, concurrence qui profite en retour à la population[462]. Dans ce contexte, la soumission est le fruit d'un marchandage : les dirigeants jouissent du prestige du pouvoir et d'une grande marge de manœuvre, tant que la population dispose des libertés privées nécessaires à la réalisation de ses aspirations personnelles. De même, les inégalités de pouvoir sont justifiées par les bénéfices retirés de l'exercice des droits individuels, dont le droit à la propriété constitue la clef de voûte[463].

En dépit de l'attrait présenté par sa simplicité, la démocratie pragmatique ne peut complètement assumer ses prémisses réalistes. À travers le prisme des principes d'individualisme éthique, le modèle de Posner consiste à transférer toute la substance de l'importance égale et de la responsabilité spéciale au sein des sphères professionnelle et privée vis-à-vis desquelles la sphère publique ne constitue qu'un appendice, par ailleurs lui aussi composé d'intérêts privés : ceux des puissants. La communauté pragmatique coïncide avec le marché et le bien-être matériel dont ses membres sont gratifiés, d'où le problème.

Force est de reconnaître que le marché, en tant que mécanisme de répartition et d'échanges, souffre de défaillances : information asymétrique, coûts d'opportunité disproportionnés, crises, etc. Il s'ensuit que, de façon générale, une part de la population se

[461] En effet, agissant comme porte-voix des minorités, ces derniers mettent en balance leur pouvoir de mobilisation – et les conséquences potentiellement néfastes pour l'élu auquel ils s'adressent – avec le coût relativement marginal de la satisfaction de leurs revendications. POSNER Richard, Law, Pragmatism and Democracy, p.171.
[462] POSNER Richard, Law, Pragmatism and Democracy, p.212.

retrouve marginalisée ou exclue du réseau d'échange, soit ponctuellement par le chômage intermittent ou de manière prolongée par le chômage structurel. Bien que ces effets secondaires indésirables ne constituent pas en soi une objection au pragmatisme, on ne peut en dire autant de leur rectification. Comme absence de participation au marché, le chômage soulève une question comparable à celle sur laquelle butte la démocratie majoritaire : qu'il s'agisse de production législative ou d'échanges commerciaux, est-il pertinent de définir l'appartenance en fonction d'une activité? Qui plus est, si le gouvernement tire sa légitimité de sa capacité à fournir les structures qui permettront aux individus de réaliser leurs projets personnels, il n'a d'autre choix que de compenser les défaillances du marché. Or, peut-il effectuer ce type d'opération sans faire appel à une idée de communauté plus substantielle que la somme des intérêts bien compris? À toute fin pratique, celui qui profite d'un monopole ou de la saturation d'un marché n'a, du strict point de vue pragmatique, aucune raison de souhaiter un marché qui fonctionne.

Dans cette optique, en dépit de son parti-pris anti-théorique et de son scepticisme axiologique, le pragmatisme suppose une adhésion normative forte à son *ethos*, « laborieux, optimiste, mettant la main à la pâte, perpétuellement inventif et béotien », pour maintenir un lien social essentiellement commercial[464]. À nouveau, on pourra s'interroger sur les fondations de ce système de valeurs : dépend-il de valeurs plus fondamentales qui justifieraient la primauté de la sphère privée ou est-il autonome? Posner semble le croire, s'appuyant sur les données empiriques de l'économie. Néanmoins, en adoptant ce point de vue, il serait possible de souligner le caractère macro-social des dites observations et de leurs interprétations et d'y voir une généralisation fortement influencée par la théorie de la main invisible. Qui plus est, la légitimation d'un régime politique par un *ethos* dominant reste pour le moins douteuse : on pourrait s'interroger longtemps sur ce que l'optimisme et l'inventivité

[463] POSNER Richard, Law, Pragmatism and Democracy, p.147.
[464] Traduction libre de : « hard-working, upbeat, hands-on, endlessly inventive, philistine culture », in POSNER Richard, Law, Pragmatism and Democracy, p.147.

perpétuelle des sociétés nord-américaines représentent pour les peuples autochtones cantonnés dans une réserve[465].

c. Démocratie partenariat

Dworkin oppose sa propre conception aux variantes majoritaire et pragmatique de la démocratie : la démocratie partenariat. En comparaison avec les deux types précédents de démocratie, qui autorisent le gouvernement du peuple par une partie du peuple, la majorité ou une élite, la démocratie partenariat défend une conception de la communauté politique qui assurerait que le gouvernement du peuple s'effectue réellement par l'ensemble du peuple, tel un groupe de partenaires d'une entreprise commune[466]. Pour atteindre ce résultat, qui, tel qu'exprimé, évoque plus l'égalité d'impact verticale qu'il ne s'en distingue, Dworkin propose de considérer la démocratie comme relevant d'un autre type d'action collective, à savoir,l'action collective commune – *communal collective action*.

Celle-ci postule l'existence d'un actant collectif dont les gestes ne se réduisent pas à la somme des gestes individuels concernés[467]. Réciproquement, les membres de l'actant commun le considèrent comme une entité, certes générée par leur coordination, mais néanmoins distincte. On reconnaîtra sans peine la conception que Dworkin propose de la communauté libérale comme actant collectif[468]. En fait, la démocratie partenariat est le corrélat de la communauté libérale en tant qu'entreprise conjointe dont le paramètre rigoureux de bien-être critique est la justice. Un avantage immédiat sur la conception statistique en ressort : plutôt que de mesurer l'égalité politique par le pouvoir relatif de chacun dont serait dérivée une forme d'appartenance, le modèle commun pose l'égalité de manière plus directe, comme une simple question de statut signalé par le principe de priorité[469].

[465] HABERMAS Jürgen, Droit et démocratie : Entre faits et normes, traduit de l'allemand par Rainer Rochlitz et Christian Bouchindhomme, 1ère éd., Paris : Gallimard, 1997. 551 p. NRF Essais. Traduction de : Faktizität und Geltung. ISBN 2070733521. p.221
[466] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice » in Dworkin : un débat, p.67.
[467] DWORKIN Ronald, « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court », Alberta Law Review, p.329.
[468] Parallèlement, la conception statistique de l'action collective reconnaît uniquement l'existence d'actants individuels.
[469] Ce qui ne signifie pas que ledit statut dépasse la reconnaissance formelle. Toutefois, le passage du formel au réel est une question supplémentaire, et non la condition du statut, comme c'est le cas au sein du modèle statistique. DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice » in Dworkin : un débat, p.73, du même auteur, FL, p.28.

Cela dit, la référence à une communauté, même exclusivement politique, qui incarnerait un actant collectif, a une réputation mitigée : elle partage toutes les ambiguïtés des théories de la volonté générale. Doit-on mentionner la longue liste d'aberrations commises lorsque cette expression se voit gratifiée de majuscules? Les régimes totalitaires n'ont pas besoin d'une conception ontologique de la communauté pour imposer leur vision du bien commun au détriment de leur population : seule leur suffit une application exacerbée du principe de priorité. De ce point de vue, si le modèle statistique de l'action collective dérive vers l'exclusion d'individus à cause d'une perception atomisée de la démocratie, le modèle commun comporte les germes du risque inverse : une assimilation à la communauté politique telle que l'on ne puisse plus réellement parler d'individus.

Cette réflexion mène à se demander par quelles conditions il est possible d'instaurer une démocratie qui, comprise comme un actant collectif commun, évite les dérives totalitaires et reste fidèle à la responsabilité spéciale et à l'importance égale. Une reformulation de ce questionnement pourrait ajouter plus de lumière : la démocratie majoritaire est défaillante parce qu'une personne en minorité court le risque d'être exclue par la majorité des décisions politiques et, par extension, de sa communauté. Selon quels paramètres organiser l'action collective de manière à ce qu'elle soit perçue comme une démarche commune, y compris par ceux qui s'opposent aux décisions du moment[470]?

Dworkin explore plus en avant la distinction entre actant collectif et actant individuel pour la décliner selon la responsabilité et le jugement. Pour reprendre l'exemple de l'orchestre, la responsabilité d'une performance exceptionnelle est attribuable à l'actant collectif : la performance est identifiée à l'orchestre, selon les critères de collectivité, de concertation et d'appartenance susmentionnés. En ce qui concerne l'unité de jugement, le phénomène opposé se produit : chaque musicien pose de lui-même son jugement sur la performance du groupe.

[470] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice » in Dworkin : un débat, p.74.

Une nuance est alors introduite au sein du principe de priorité. Le bien-être des individus augmente proportionnellement au bien-être de la communauté politique selon deux modalités distinctes : soit parce qu'ils s'attribuent une responsabilité partagée à l'échelle collective, l'unité de responsabilité étant l'actant collectif, soit parce qu'ils reconnaissent une unité de jugement collective. Tandis que la première interprétation donne lieu à une communauté politique comme action collective commune *intégrée*, dans laquelle le jugement reste la possession des actants individuels, la seconde interprétation, attribuant responsabilité et jugement à l'actant collectif, décrit une communauté politique comme action collective commune *monolithique*[471].

On aura saisi que les dérives totalitaires ou théocratiques de la communauté politique ne surviennent qu'au sein du second type d'action collective. Réciproquement, la démocratie majoritaire ne conçoit qu'un seul actant, qu'il s'agisse de la responsabilité ou du jugement, soit l'individu. En revanche, et ce point revêt un intérêt marquant, la préservation du jugement à l'échelle individuelle à l'intérieur de la conception intégrée de l'action commune s'accorde avec l'intuition générale entretenue à l'endroit de la démocratie – le gouvernement du, pour et par le peuple – et répond à la question posée plus haut : un individu peut se sentir intégré à la responsabilité commune, tout en réservant son jugement à l'endroit de ses politiques[472]. Dworkin qualifie cette intégration d'émotionnelle ou d'éthique, par opposition à une intégration conçue comme coordination qui n'admet pas la contestation des buts envisagés[473].

Deux questions émergent de la distinction entre actant collectif monolithique et actant collectif intégré. D'abord, quelles sont les conditions d'existence d'une intégration émotionnelle telle que celle-ci puisse constituer le vecteur d'une responsabilité collective qui soit plus substantielle que l'autodétermination illusoire du modèle statistique, tout en préservant l'indépendance du jugement individuel? Ensuite, quelles sont les conditions

[471] DWORKIN Ronald, « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court », Alberta Law Review, p.336.
[472] DWORKIN Ronald, « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court », Alberta Law Review, p.337.
[473] Voir, respectivement, DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice » in Dworkin : un débat, p.75 et « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court », Alberta Law Review, p.336.

d'appartenance morale à une communauté politique qui se réclame de la démocratie partenariat?

Dans la mesure où la démocratie partenariat se veut le prolongement politique de l'individualisme éthique et où ce dernier exprime de fortes présomptions en faveur de l'égalité et de la liberté, il est naturel de s'attendre à ce que ces valeurs se retrouvent, selon une interprétation ou une autre, dans les principes recherchés[474]. Dworkin les qualifie de principes d'intérêt, de participation et d'indépendance[475]. Le principe d'*intérêt*, expression quasi immédiate de son homologue éthique, l'égale importance, constitue un critère d'évaluation selon lequel seules sont démocratiques les décisions politiques qui traitent chacun avec égale sollicitude, c'est-à-dire de telle manière que l'intérêt des membres envers leur gouvernement se maintienne[476]. Dans cette optique, « intérêt » ne rend qu'imparfaitement le sens du terme d'origine, *« stake »*, qui signifie aussi « enjeu » : en quelque sorte, les citoyens d'un État doivent pouvoir considérer leur communauté politique comme un enjeu de leur vie personnelle.

Tout en restant sujet à interprétation, le principe d'intérêt est suffisamment substantiel pour exprimer une exigence de réciprocité qui souligne l'écart entre la démocratie partenariat et la démocratie majoritaire. Ainsi, tandis que la seconde voit la réciprocité dans l'absence d'évaluation des décisions prises, pourvu qu'elles l'aient été conformément à la procédure, la première pose que les conséquences de toute politique, indépendamment du suffrage remporté, doivent être évaluées en accordant une importance égale au sort de chaque personne[477]. Une décision qui interdirait l'accès à certaines professions à un groupe donné est automatiquement anti-démocratique dans la mesure où, de manière évidente, elle ne lui

[474] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice » in Dworkin : un débat, pp.77-78.
[475] Traduction libre de « principles of part, stake and independence ». DWORKIN Ronald, « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court », Alberta Law Review, p.337. Voir aussi, FL, p.24.
[476] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice » in Dworkin : un débat, p.78, « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court », Alberta Law Review, p.339 et FL, p.24.
[477] DWORKIN Ronald, « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court », Alberta Law Review, p.339.

accorde pas la même importance qu'au reste de la population. Outre l'égale protection de la loi, ce premier principe fonde l'interprétation dworkinienne de l'égalité matérielle[478].

Le principe de responsabilité spéciale encadre les deux autres principes démocratiques. D'une part, en raison de la continuité entre moralité personnelle et moralité politique, la responsabilité spéciale se décline par l'intermédiaire du principe de *participation* selon lequel chaque personne doit avoir la possibilité de faire une différence dans la sphère publique selon ses aspirations et sans limites fixées *a priori*[479]. Cela, non seulement grâce à une infrastructure électorale, mais aussi par l'accès aux postes décisionnels dans la fonction publique et par la participation au débat public, par le biais des libertés d'expression et d'association. Là encore, une personne qui, pour une raison quelconque, se voit empêchée de jouer son rôle public ne peut se considérer comme un membre de l'unité politique. Réciproquement, un État qui inflige de telles mesures à une partie ou à l'ensemble de la population vivant sur son territoire n'est pas une démocratie.

D'autre part, et peut-être de manière plus subtile, l'intégrité morale de l'individu – l'idée selon laquelle un individu doit être le seul auteur de son schème de croyances axiologiques – se traduit par le principe d'*indépendance*. Celui-ci est primordial puisqu'il distingue la démocratie partenariat non seulement de la démocratie statistique, mais de l'action collective commune monolithique[480]. Ainsi, le principe d'indépendance interdit à un gouvernement démocratique d'entraver l'exercice du jugement de ses citoyens que cela soit par la coercition ou par la manipulation. Ce principe s'incarne notamment dans la liberté de conscience et la liberté d'information, mais s'applique aussi à leur extension : on ne peut d'un côté affirmer respecter la liberté de conscience d'un individu tout en l'empêchant d'agir en accord avec ses convictions, en autant que celles-ci respectent le principe de non-nuisance[481].

[478] DWORKIN Ronald, « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court », Alberta Law Review, p.339 et « The Roots of Justice » in Dworkin : un débat, p.79.
[479] DWORKIN Ronald, « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court », Alberta Law Review, p.338, « The Roots of Justice » in Dworkin : un débat, p.79 et FL, p.24.
[480] DWORKIN Ronald, « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court », Alberta Law Review, p.340.
[481] DWORKIN Ronald, « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court », Alberta Law Review, p.340, « The Roots of Justice » in Dworkin : un débat, p.80 et FL, p.25.

En d'autres termes, le principe d'indépendance consacre l'individu comme seule unité de jugement authentique.

En revanche, l'intégrité morale de la personne n'est pas atteinte lorsqu'elle délègue une partie de son pouvoir décisionnel à une instance dont l'action améliorera les conditions au sein desquelles mener son projet de vie. Les musiciens d'un orchestre ne sacrifient ni leur statut ni leur activité lorsqu'ils reconnaissent un chef d'orchestre dont l'autorité musicale les lie tous[482]. Il y a donc un équilibre dans le principe d'indépendance entre l'autonomie de l'unité individuelle de jugement et l'existence d'une unité collective de responsabilité qui, dans le cas précis, a pour principal devoir la garantie de l'intégrité morale de tout un chacun. Le principe d'indépendance fait donc appel à la fois à la liberté et à l'égalité, propriété par ailleurs inhérente aux deux principes précédents[483].

Grâce aux principes d'intérêt, de participation et d'indépendance, Dworkin fournit les critères pour par lesquels évaluer le caractère démocratique du contrôle de constitutionnalité. De manière évidente, la démocratie partenariat ne se réduit pas à la loi de la majorité ou à la désignation ponctuelle de dirigeants : elle n'a de sens qu'au sein d'un contexte plus large visant à reconnaître en chacun un égal. La relation des clauses abrogatoires et de la souveraineté populaire ne se pose donc pas fatalement sous un rapport antagoniste. En fait, c'est l'inverse qui se produit : les clauses abrogatoires représentent, par la limitation du pouvoir législatif, une garantie ou une sauvegarde de la qualité de vie démocratique.

À partir du moment où l'on reconnaît que la démocratie dépasse la structure de décision pour défendre des principes substantiels, l'existence d'une institution qui les garantit en devient une condition de réalisation et non un mécanisme antagoniste[484]. La démocratie partenariat, définie par ses principes plutôt que par ses procédures, illustre ainsi un premier sens d'une communauté de citoyens également libres. Parallèlement, les principes d'intérêt,

[482] DWORKIN Ronald, FL, p.25.
[483] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice » in Dworkin : un débat, p.80.
[484] DWORKIN Ronald, « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court », Alberta Law Review, p.346.

de participation et d'indépendance fournissent une première mesure de commensurabilité : sont égales les personnes à qui l'on reconnaît ces trois dignités.

De surcroît, la démocratie partenariat fait de la constitution, perçue comme loi fondamentale et non comme acte législatif fondamental, le pilier de la communauté politique, confirmant ainsi le caractère indissoluble du lien entre démocratie et primauté du droit[485]. Pilier peut-être plus vacillant que ne le suggèrent les images de stabilité et de permanence qui lui sont couramment associées. En effet, pour peu que l'on s'y penche, les causes instruites en droit constitutionnel engagent et font référence à des clauses pour le moins abstraites : l'égale protection de la loi s'étend-elle à la reconnaissance du mariage homosexuel? Le droit à la vie et à la sécurité s'applique-t-il au fœtus? La liberté de religion s'oppose-t-elle à l'instruction laïque et publique? Projection de l'individualisme éthique au cœur du dispositif démocratique, les principes de participation, d'intérêt et d'indépendance représentent alors les guides grâce auxquels donner sens et réalité à l'État de droit. De ce fait, ils introduisent la question du droit, de sa spécificité, mais surtout, par leur fonction même de critère d'interprétation ils soulèvent celle du tribunal comme espace de délibération et du jugement qui s'y meut[486]. Ce vers quoi nous allons à présent nous tourner.

2. Deuxième figure de l'égale liberté : le droit-intégrité et la communauté de principe

Le droit, comme pratique sociale, dispose de l'éminent privilège de pouvoir être désigné par le soupçon d'imposture dont il est presque toujours l'objet. En quoi sommes-nous autorisés à parler de droit, qui ne se confonde pas, d'une part avec la violence qui se cache derrière les injonctions ou un arbitraire drapé des atours de la rhétorique et, d'autre part, avec une référence à un ordre métaphysique qui n'existe qu'en vertu de son dogme? Si la

[485] Sur la distinction entre loi fondamentale et acte législatif fondamental, voir MICHELMAN Frank, « Democracy and Positive Liberty », Boston Review. Octobre-novembre 1996. URL = <http://bostonreview.net/BR21.5/michelman.html.> Copyright Boston Review. paragraphe 3.
[486] DWORKIN Ronald, QP, p.95.

philosophie est bien l'activité qui consiste à départager tant la vérité de l'opinion que la réalité de l'illusion, le droit devrait figurer parmi ses problèmes privilégiés.

À ce titre, la question première du droit est celle de son autonomie, à la fois comme objet de connaissance et comme pratique sociale. Sous quoi subsumer en propre le concept de droit qui ne soit pas une émanation plus ou moins dérivée d'un phénomène englobant – en l'occurrence, une autre pratique sociale ou un autre champ de connaissance? Autonomie ou hétéronomie, les deux alternatives dégagent l'espace occupé par la réflexion sur les sources du droit.

Thème primordial, en raison de ce qu'il engage, mais aussi parce qu'il signale déjà une spécificité du droit, domaine dont l'explicitation théorique et pratique semble provenir de ses origines. Thème polysémique aussi qui contribue à problématiser le droit. Ainsi, la source peut désigner le rapport du concept à l'être ou au devoir-être : le droit s'identifie-t-il par référence à un quelconque état de fait ou à une norme? Par ailleurs, la source interroge l'opération constitutive de droit : réside-t-il dans un acte de découverte, de fondation, de décision ou d'interprétation? Comment, au sens large de l'expression, dire le droit[487]? Des réponses apportées dépend un enjeu fort concret : éviter que le droit ne se réduise à son moyen, à savoir la coercition. Dans cette relation aux moyens, la source devient donc question de légitimité : quelle teneur accorder au droit qui justifie le monopole et l'usage de la force?

Appliquée au droit, la théorie de Dworkin prend une tournure particulière. Ainsi, nous avons vu au cours des chapitres précédents que les objectifs normatifs de l'interprétation créative sont susceptibles de justification et de valeur de vérité. Par ailleurs, la continuité entre convictions éthiques et morales d'une part et, d'autre part, la continuité entre convictions morales et politiques – qui joue un rôle clef dans la sélection des systèmes de croyances –, tout ceci laisse l'impression d'une intrusion de l'élément étranger qu'est la morale dans le

[487] ALLARD Julie, Dworkin et Kant : réflexions sur le jugement, 1ère éd., Bruxelles : Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001. 181 p. Collection de philosophie politique et juridique, ISBN 2800412593. p.109.

droit, ou de la subordination de celui-ci à celle-là. Ces deux continuités, qui résultent de l'individualisme éthique, remettent en question l'autonomie du droit.

Il est donc possible de défendre une position non-interprétationniste en vue d'élaborer une théorie autonome du droit[488]. Autrement dit, tout en reconnaissant le caractère interprétatif des pratiques sociales et politiques, le droit ferait exception, pour des raisons de légitimité ou de méthode. Le projet kelsenien d'une théorie pure du droit illustrerait ce type d'entreprise. À l'inverse, l'on pourrait préconiser une conception sceptique du droit précisément pour des raisons interprétationnistes, c'est-à-dire parce que le droit n'a d'existence qu'en relation à des éléments exogènes qui ne sont pas forcément moraux, mais qui peuvent être politiques, économiques, etc[489]. Le décisionnisme juridique radical de Carl Schmitt pourrait servir d'exemple de théorie interprétative non morale. Enfin, la référence à des principes moraux plutôt que procéduraux, fussent-ils ceux de l'individualisme éthique, a l'apparence, au mieux, d'une réactivation plus ou moins consciente du projet jusnaturaliste, sinon d'un prétexte pour laisser libre cours à l'arbitraire des juges qui disposent d'une marge de manœuvre appréciable tant à cause du caractère abstrait des principes démocratiques que de l'ambigüité des clauses constitutionnelles.

Envisagé à travers le droit constitutionnel, le problème de la source prend une acuité toute singulière. Ainsi, chapeautant l'édifice du droit, le droit constitutionnel représente à la fois le principe fondamental dont découle le *corpus* de règles et l'entreprise proprement politique de l'instauration d'un État dont l'action est publiquement réglementée. Autrement dit, si la comparaison d'une administration publique locale, le bureau de poste du quartier par exemple, avec une cour municipale permet d'en distinguer à grands traits le caractère juridique, il est moins aisé de reproduire cette distinction dès lors qu'il est question d'un organe qui prétend réglementer d'égal à égal les édits d'une assemblée constituante *au nom*

[488] C'est du moins l'intention que Dworkin attribue aux positivistes juridiques. Voir DWORKIN Ronald, JR, p.188.
[489] Possibilité que Dworkin envisage lorsqu'il définit les théories interprétatives du droit comme toute théorie qui ne se repose pas exclusivement sur le texte pour en saisir le contenu. DWORKIN Ronald, QP, p.45.

d'une de ses propres règles. Cet enchevêtrement des juridictions rend donc particulièrement équivoque toute tentative de systématiser le statut de ce qui constitue à la fois la création la plus immédiate des assemblées législatives – ne serait-ce que parce qu'elle définit les conditions d'édiction des législations subséquentes – et la pierre de touche du droit.

Il n'est donc pas fortuit que les principales théories du droit constitutionnel, et particulièrement ses modalités d'interprétation, se regroupent en deux camps antagonistes : les théories prônant une lecture restreinte, selon lesquelles l'ambiguïté d'une clause constitutionnelle peut et doit être résolue par une référence exclusive au texte, et celles en faveur d'une lecture plus large qui préconisent l'interprétation des dispositions abstraites à la lumière d'éléments extérieurs au texte[490]. Le premier camp se divise entre théories de l'intention originale – ou théories intentionnalistes – et les théories sémantiques du droit. Si ces dernières diffèrent quant aux modalités de lecture du texte – l'intention d'un auteur pour l'une, le contenu sémantique pour l'autre –, elles ont en commun de prendre exclusivement position sur ce que *dit* le texte et non sur ce qu'il *devrait* dire, s'opposant ainsi au second camp, les théories interprétationnistes[491]. En ce sens, les théories de la lecture restreinte font dépendre l'autonomie du droit d'une méthodologie archimédienne neutraliste[492].

a. Le modèle de l'intention originelle

Ainsi que leur nom l'indique, les démarches intentionnalistes cherchent l'explication du passage ambigu d'un texte dans l'intention de son auteur. Par exemple, confronté à la question de savoir si la peine de mort constitue une punition cruelle et inhabituelle, l'exégèse intentionnaliste tentera de retracer la position des auteurs du document concerné : les Pères Fondateurs pour la constitution américaine ou l'Assemblée nationale constituante de 1789,

[490] Dworkin mentionne une autre classification des modèles d'interprétation pour la rejeter aussitôt, il s'agit de la dichotomie entre juge libéral et juge conservateur. Tentant d'expliquer l'interprétation judiciaire par les positions partisanes, elle n'est pas représentative de la pratique du droit : ce n'est pas parce qu'un juge est d'obédience conservatrice qu'il adoptera une lecture restreinte et réciproquement, voir DWORKIN Ronald, ED, pp.389-391. Voir aussi, QP, p.38, pour une présentation différente du même problème.
[491] DWORKIN Ronald, QP, p.20
[492] DWORKIN Ronald, JR, p.164.

par exemple. En ce sens, l'intentionnalisme est comparable à la théorie du droit commandement de John Austin[493].

L'avantage d'une telle approche est double. D'une part, elle résout le problème de la légitimité du pouvoir judiciaire : sachant que le contrôle de constitutionnalité est démocratique, les juges ne risquent pas d'abuser de leur pouvoir adjudicatif puisqu'ils n'expriment pas leur point de vue mais interrogent la volonté d'une tierce personne. Dans cette optique, les décisions de la Cour Suprême peuvent être considérées comme des indications formelles sur la manière de lire un texte de loi sans prendre position sur son fond[494]. À la limite, une recherche historique approfondie réduira les incertitudes du texte en exhibant les mobiles à son origine[495]. D'autre part, la question de l'autonomie du droit est également résolue : il s'agit d'une activité qui consiste à dévoiler le message qu'un locuteur adresse à la population[496]. L'intentionnalisme propose un modèle d'interprétation dont l'enjeu est la transmission de la perspective de l'auteur[497]. Les grandes déclarations constitutionnelles sont dès lors comparables à une lettre d'instructions plus ou moins complexe. Hybride d'historien et de rapporteur public, le juge ne risque pas de créer le droit selon ses préférences morales personnelles, fussent-elles justifiables, puisqu'il se contente de le répéter[498]. Ainsi, la méthode distingue mais aussi renforce la légitimité de la pratique juridique. On remarquera que cette vision de l'adjudication ne s'oppose pas comme telle à une définition de la démocratie en termes de valeurs substantielles et non de procédure : elle retire simplement la réflexion sur ces principes des mains du juge.

Toutefois, la simplicité avec laquelle le modèle intentionnaliste tire son attrait n'est qu'apparente. Encore faut-il s'interroger sur le sens à accorder aux termes « auteurs » et

[493] Voir pour une présentation de cette thèse, HARRIS James William, Legal Philosophies, 2e éd., London, Toronto : Butterworths, 1997. xiv, 318 p. ISBN 0406507163. chap.3, et HART Herbert L.A., Le concept de droit, traduit de l'anglais par Michel Van De Kerchove, avec la collaboration de Joëlle van Drooghenbroeck et Raphaël Célis, 1ère éd., Bruxelles : Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976. 314 p. Traduction de : The Concept of Law. ISBN 2802800582. chap.2
[494] DWORKIN Ronald, QP, p.43.
[495] DWORKIN Ronald, ED, p.59.
[496] DWORKIN Ronald, ED, p.392.
[497] DWORKIN Ronald, ED, p.55.
[498] DWORKIN Ronald, ED, p.59.

« intentions »[499]. Plus subtilement, l'entreprise consistant à identifier un auteur doté d'une intention repose sur une confusion de niveaux d'abstraction entre un concept et une conception.

Quel auteur?

De prime abord, en tant que produit matériel, le texte confirme l'existence d'un auteur. Si ce raisonnement peut à la rigueur s'appliquer aux romans, il n'en va pas de même pour les textes constitutionnels. L'illusion peut être maintenue dans une certaine mesure dans le cas de la constitution américaine puisque cette dernière n'a jamais été suspendue ni modifiée et que l'histoire lui a associé le nom des Pères Fondateurs. En revanche, la seule évocation de la constitution française fait ressortir les difficultés rencontrées par une approche historique : fait-on référence aux auteurs de la constitution de la Ve République de 1958, à ceux qui ont rédigé le Préambule de 1946 ou à l'Assemblée Constituante de 1789[500]? Que dire des États, tel le Royaume-Uni, dont la constitution se compose d'usages plus ou moins implicites sans être rédigée au sein d'un document unifié ou encore de la constitution canadienne qui tire sa substance à la fois d'une ancienne loi coloniale – l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique de 1867 –, du droit coutumier canadien et de l'enchâssement d'une Charte des droits et libertés datant de 1982 inspirée d'une loi de 1965, donc des deux législatures distinctes que sont les Parlements de la Grande-Bretagne et du Canada? En regard de cette problématique, la théorie intentionnaliste apparaît étriquée dans la mesure où elle fait dépendre le sens d'un texte de l'identification d'un auteur qui ne l'est pas forcément[501]. Le Roman de Renart, œuvre à la fois anonyme, collective et s'étendant sur deux siècles, serait, pour ces raisons, dépourvue de sens faute de nom d'auteur.

[499] DWORKIN Ronald, ED, p.60.
[500] DWORKIN Ronald, QP.p.56.
[501] DWORKIN Ronald, QP.p.199.

Quelle intention?

Supposant que malgré cette difficulté initiale, il ait été possible, en remontant le cours des abrogations et des reconnaissances de se fixer sur un texte d'origine dont l'auteur soit connu, telle la Déclaration de 1789 et chaque membre de l'Assemblée Nationale Constituante. Non seulement le problème n'est pas plus résolu, mais sa difficulté en est augmentée. De deux choses l'une : soit l'intention est acceptée au sens large, auquel cas elle inclut les déterminations sociales, culturelles et économique des rédacteurs, soit elle est conçue au sens strict, et se réduit à leurs états psychologiques[502]. La première option n'est guère envisageable, puisque la diversité des sources historiques nécessaires à une telle reconstitution – reconstruction? – outrepasserait de loin le contenu du texte : le résultat exigerait forcément le type d'interprétation que le juge intentionnaliste souhaite éviter[503].

La seconde option est *a priori* plus conforme à l'esprit de l'intention originale puisque, sans présager des déterminations qui ont affecté les auteurs, elle considère le texte comme la manifestation d'états cognitifs un peu à la manière du behaviorisme qui voit le comportement comme une réaction à une stimulation interne ou externe. Le texte traduirait donc des dispositions psychologiques, mais lesquelles? Sans explorer outre mesure la psyché humaine, il est possible d'attribuer deux types de motivations à l'énoncé d'instructions : l'auteur peut édicter une règle en anticipant les réactions d'autrui ou dans le but d'exprimer ses souhaits[504]. Pour reprendre l'exemple de l'interdiction des traitements cruels et inhabituels, un auteur pourrait en préconiser l'adoption en vue de supprimer les châtiments corporels en prison tout en s'attendant à ce qu'elle provoque l'abolition de la peine de mort et ce, même s'il l'estime justifiée à l'encontre de certains crimes. À l'inverse, un autre auteur pourrait proposer son adoption dans l'espoir qu'elle mène à l'abolition de la peine de mort, tout en se doutant que

[502] DWORKIN Ronald, QP, p.53.
[503] DWORKIN Ronald, QP, p.189.
[504] DWORKIN Ronald, QP, p.58.

tel ne sera pas le cas – pour des raisons culturelles, par exemple. Comment déterminer si le texte manifeste en soi des attentes ou des souhaits?

La définition de l'intention suppose également que le locuteur qui s'exprime à travers le texte ait une idée précise des cas ou des règles qui s'y subsument. Ainsi peut-il avoir édicté une règle dans l'intention de faire obstacle à un type de résultat, sans vouloir l'interdire, ou en déléguant aux générations à venir cette décision[505]. Que faire lorsque survient un cas qui n'a pu être prévu par l'auteur, telle, par exemple, l'utilisation de l'internet à des fins de propagande haineuse? À strictement parler, l'intention d'individus vivant au XVIIIe siècle n'est d'aucune aide à cet égard.

Dworkin souligne un certain nombre de difficultés supplémentaires qui pointent toutes la même cible : l'agrégation des intentions individuelles dans une intention constitutionnelle, le degré d'abstraction des intentions et l'intention dominante. En dépit de ses postulats, l'intentionnalisme n'est pas en mesure de proposer une définition opératoire de l'intention qui ne repose pas elle-même sur une interprétation indépendante du texte puisque, dans son appréhension des clauses d'une constitution, la théorie de l'intention originelle confond concepts et conceptions. Les droits fondamentaux, tant abstraits – l'égale protection de la loi – que plus concrets – la liberté d'expression – sont des concepts. Dworkin illustre la différence entre concepts et conceptions par l'exemple d'un père enjoignant ses enfants de ne pas se comporter injustement. Si, au moment où il édicte la règle, il a en tête des exemples précis d'un comportement injuste, tel frapper un enfant plus petit ou voler dans un magasin, il ne s'ensuit pas que son injonction se réduise à une liste d'exemples ponctuels représentatifs de sa conception de l'injustice. Au contraire, il s'attend à ce que ses enfants se conduisent conformément au standard décrit, donc qu'ils fassent preuve de jugement dans l'évaluation des situations qui se présentent et non qu'ils l'appliquent mécaniquement à une liste finie de

[505] DWORKIN Ronald, QP, p.59.

cas[506]. Le concept ouvre donc la porte au problème de l'injustice tandis que la conception est une tentative parmi d'autres d'y répondre[507].

De ce point de vue, les clauses abrogatoires d'une constitution doivent être perçues comme soulevant certains problèmes liés à la pratique gouvernementale, au droit ou à l'usage de la coercition. Y voir des réponses susceptibles d'application immédiate au cas présenté en vertu d'une intention serait s'exposer à la poursuite de chimères, non uniquement pour les raisons de méthode susmentionnées, mais aussi pour des raisons de principes. Pourquoi devrait-on accorder plus de poids à telle conception particulière d'un principe abstrait lorsque sa principale contribution consiste à « enfermer » les citoyens contemporains dans un schème normatif qui n'a pu anticiper leur situation[508]? La perpétuation dans le temps des dispositions d'une constitution exige, par équité envers les générations à venir, qu'elles soient considérées comme des concepts.

À partir du moment où l'on admet que l'évaluation d'une loi par l'application des dispositions constitutionnelles est question de concept dont il s'agit de tirer *hic et nunc* une conception applicable au cas concerné, l'intentionnalisme rencontre une difficulté qui lui est, si ce n'est fatale, pour le moins paralysante. Demander au juge de défendre une forme d'archimédisme qui consiste à rendre compte des conceptions des législateurs à l'endroit d'une disposition constitutionnelle, sans proposer la sienne, serait une restriction difficile à justifier en dehors d'une conception substantielle de la démocratie. Plus grave, comment le juge intentionnaliste pourrait-il justifier sa lecture restreinte d'un texte qui ne le lui prescrit pas explicitement? Il ne peut éviter de retourner au débat sur le caractère démocratique du contrôle de constitutionnalité, tenter de défendre une conception procédurale de la démocratie, se heurter aux difficultés de l'action collective statistique et reprendre le problème à zéro.

[506] DWORKIN Ronald, PDS, p.219.
[507] DWORKIN Ronald, PDS, p.221.
[508] COPPENS Philippe et BERTEN André, « Objectivité et Représentation », in Dworkin : un débat, p.179.

La distinction entre concept et conception soulève un problème supplémentaire, méthodologique et politique, qui ne peut être résolu par un simple appel aux textes. Si l'on ne peut fournir de raisons de donner préséance à la conception des rédacteurs d'une constitution autre que le fait qu'ils l'aient édictée – argument qui relève de l'historicisme juridique avec toutes les objections que cela comporte –, pourquoi n'admettrait-on pas que le juge à qui l'on demande de dire le droit puisse prendre position sur le concept concerné? Ultimement, l'intentionnalisme juridique n'a rien à répondre à la critique selon laquelle le *hiatus* chronologique entre le cas concerné et l'intention originelle permettrait au juge d'introduire sous couvert ses propres convictions morales[509]. Muette, la voix des Pères Fondateurs ou de Mirabeau laisserait toute la scène à celle de l'arbitraire, et par suite, à celle du scepticisme. Le droit intentionnaliste voit son autonomie fondre comme neige au soleil.

b. Le positivisme sémantique

Tandis que l'intentionnalisme juridique limite sa conception de la décision judiciaire au droit constitutionnel, le second modèle non interprétatif, soit le positivisme juridique de Herbert L.A. Hart, s'impose comme une véritable théorie générale du droit[510]. Initiée en 1967 lors de la publication « The Model of Rules I » – réédité dans *Prendre les droits au sérieux* – la dispute entre Hart et Dworkin a duré plusieurs décennies, alimentée d'échanges entre les principaux intéressés mais aussi de contributions de nombreux commentateurs, notamment Joseph Raz[511]. À l'instar d'un débat d'une telle ampleur, les arguments de part et d'autre entre positivisme et droit-intégrité ont été riches, variés et prolifiques. Il est néanmoins possible d'en distinguer deux moments, correspondant respectivement à la parution de deux ouvrages de Dworkin : *Prendre les droits au sérieux* et *L'empire du droit*.

[509] DWORKIN Ronald, ED, p.61. Voir aussi QP, p.96.
[510] DWORKIN Ronald, PDS, p.40.
[511] SHAPIRO Scott J., « The « Hart-Dworkin » Debate : A Short Guide for the Perplexed », in RIPTSTEIN Arthur, éd., Ronald Dworkin, 1ère éd., Cambridge Massachusetts : Cambridge University Press, 2007, x, 186 p. Contemporary Philosophy in Focus, ISBN 9780521664127. p.22.

Bien que les deux critiques fassent référence au *Concept du droit* de Hart, leurs cibles ne sont pas les mêmes[512]. La première vise la méthode du positivisme hartien, selon laquelle le droit s'identifie en fonction de faits rendus évidents – *plain facts* – par les règles d'usage du langage, et non à la lumière de valeurs morales, tel que le préconise l'interprétation créative[513]. Dworkin y oppose la théorie des droits, dont l'axiome est l'existence de droits moraux contre l'État, antérieurs à toute législation[514]. La seconde critique suppose que le positivisme est, malgré les apparences, une théorie interprétative qui assigne un objectif normatif au droit, différent de celui proposé par le droit-intégrité[515]. On peut aussi présenter le contraste entre les deux critiques comme la différence entre les critères de validité légale – étudiés dans *Prendre les droits au sérieux* – et les fondements du droit - envisagés dans *L'empire du droit*[516].

D'un point de vue stratégique, on peut se demander pourquoi Dworkin a formulé deux objections à l'encontre du positivisme hartien, selon deux perspectives si différentes. En effet, un certain nombre de commentateurs ont reproché à la première critique de faire du positivisme juridique un tigre de papier, aussi caricatural que facile à réfuter. Sans aller aussi loin, on se demandera pourquoi il aurait éprouvé le besoin de varier les angles d'attaque : si la première critique est valide, il ne devrait pas être nécessaire d'envisager la possibilité d'un positivisme interprétatif. Reprenant la thèse de Scott J. Shapiro sur ce point, on peut considérer que les deux critiques de Dworkin tentent d'expliquer pourquoi Hart, et les positivistes qui l'ont suivi, défendent l'existence d'un pouvoir de décision judiciaire discrétionnaire[517]. Dans la mesure où Dworkin considère la thèse de Hart comme incontournable en théorie du droit, on saisit pourquoi il y a consacré autant de réflexion[518].

[512] HART Herbert L.A., Le concept de droit.
[513] DWORKIN Ronald, ED, p.33 et JR, p.141.
[514] DWORKIN Ronald, PDS, p.43.
[515] DWORKIN Ronald, JR, p.179. Pour une explication des deux volets de la critique du positivisme voir aussi, GUEST Stephen, Ronald Dworkin, p.108.
[516] SHAPIRO Scott J., « The « Hart-Dworkin » Debate : A Short Guide for the Perplexed », in Ronald Dworkin, p.41.
[517] SHAPIRO Scott J., « The « Hart-Dworkin » Debate : A Short Guide for the Perplexed », in Ronald Dworkin, p.29.
[518] DWORKIN Ronald, PDS, p.72

Dworkin appréhende le positivisme juridique à partir de la question du rapport du droit à la morale par l'intermédiaire de la définition de l'obligation[519]. Pour lui, l'obligation, comme justification de la contrainte, est essentielle à l'existence du droit : sans elle, il ne se réduit qu'à la force ou qu'à la menace. Dans cette optique, elle répond à la question posée préalablement sur le trait distinctif du droit. Le positivisme de Hart fait dépendre droits et obligations de l'existence de règles. Pour l'essentiel, celui-ci se résume en trois points.

D'abord, le droit est l'ensemble des règles visant l'imposition d'un comportement donné. Elles sont identifiables par un test de *pedigree*, soit une procédure d'adoption qui les distingue des règles non-valides ou d'un autre type, lesquelles ne sont pas appliquées par la force publique.

Ensuite, un cas que l'on ne peut subsumer au sein de cet ensemble ne peut être résolu par l'application du droit. Le juge doit donc exercer son pouvoir discrétionnaire pour construire une nouvelle règle, un précédent, ou en compléter une ancienne. Au cours de ce processus, il agit en tant que législateur suppléant. Son pouvoir va donc au-delà du droit.

Enfin, il s'ensuit qu'une obligation est ce qui relève d'une règle de droit. Ce que l'on nomme communément un droit est en fait une obligation qu'autrui doit au justiciable[520]. Par exemple, le droit de passer sur le terrain du voisin suppose qu'une règle l'oblige à ne pas l'interdire.

Selon Hart, l'autorité des règles a deux sources. La première est la convention : les membres d'une communauté observent une règle parce qu'ils l'acceptent comme un standard, c'est-à-dire comme la justification d'un comportement ou d'une évaluation. La seconde source est la validité : une règle fait autorité parce qu'elle est le résultat d'une procédure qui la définit comme telle. Cette distinction est primordiale puisque c'est ainsi que Hart différencie un système de droit de la morale, d'une habitude culturelle ou de la pression sociale : toute règle socialement *acceptée* n'est pas forcément de droit, seules les règles *valides* le

[519] DWORKIN Ronald, PDS, p.70.

composent[521]. En revanche, tant les règles acceptées par convention que les règles valides sont identifiables comme des faits sociaux : le droit se décrit.

Les règles valides se répartissent à leur tour en deux groupes : les règles primaires qui définissent une obligation, et les règles secondaires qui précisent comment une obligation voit le jour[522]. Les règles qui composent le droit criminel constituent l'exemple le plus évident des premières, tandis que les règles de validation d'un contrat et les dispositions structurelles d'une constitution relèvent du second type. Le noyau du positivisme réside dans le postulat selon lequel il existe une règle secondaire fondamentale, la règle de reconnaissance, qui identifie toutes les règles de droit, et par extension, le droit[523]. Si les différentes variantes du positivisme juridique divergent quant au contenu de la règle de reconnaissance, toutes s'accordent pour affirmer son existence. Selon la théorie de Hart, la règle de reconnaissance est la seule à être acceptée dans un système complexe de droit[524]. En ce qui concerne notre propos, on comprendra que les dispositions d'une constitution représentent la règle de reconnaissance par laquelle le droit des pays concernés, soit les États-Unis, le Canada et la France, est identifié.

Deux éléments doivent être mentionnés. En premier lieu, en dépit de ce que sa désignation pourrait suggérer, la règle de reconnaissance n'est pas forcément un énoncé monolithique rédigé dans un document : elle peut être plus ou moins complexe, disposer de critères variés et d'origines diverses articulés selon des règles de prééminence. De même, elle peut aussi bien prendre la forme d'une coutume, d'un texte officiel ou d'un acte du gouvernement.[525]. En revanche, quelle qu'en soit la forme, la règle de reconnaissance peut être empiriquement constatée comme l'est n'importe quel fait ou comportement social[526]. En second lieu, lorsque la règle de reconnaissance est coutumière, elle n'est pas forcément

[520] DWORKIN Ronald, PDS, p.73.
[521] Trouver une référence de Hart à ce sujet voir aussi, DWORKIN Ronald, PDS, p.77.
[522] Trouver référence de Hart. DWORKIN Ronald, PDS, p.75.
[523] Trouver référence de Hart. DWORKIN Ronald, PDS, p. 77.
[524] Rappelant en cela, selon un mode empiriste, la Urnorm de H.Kelsen, supposée mais pas posée. Voir, RENAUT Alain et SOSOE Lukas, Philosophie du droit, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 1991. 484 p. Recherches politiques. ISBN 2130439403, p.361.
[525] HART Herbert L.A., Le concept de droit, p.128.

explicite et peut même être tacite[527]; par contre, les règles primaires d'obligation sont explicites quant à la forme et au contenu : il s'agit de leur texte. Il n'existe pas d'obligation qui ne soit pas écrite : c'est en cela que la doctrine de Hart peut être qualifiée de théorie sémantique du droit. Toutefois, reconnaissant le caractère dynamique de l'entreprise juridique et de la société, Hart souligne la « texture ouverte » du droit, texture qui doit parfois être raccommodée par une source supplémentaire d'obligations, le juge. Ainsi, lorsqu'il y a vide juridique, la décision du juge constitue une nouvelle règle – qui peut être par la suite entérinée par la doctrine, donc faire jurisprudence, ou être renversée par un tribunal d'instance supérieure ou par le législateur. Quoi qu'il en soit, la règle est belle et bien créée; il ne s'agit pas d'une activation d'un droit potentiel, ni de quelque autre élément latent. De plus, en l'absence d'une règle pour la justifier, la décision du juge peut s'appuyer sur une référence extra-juridique.

C'est ainsi que peut se mesurer la distance qui sépare le droit-intégrité du positivisme hartien. Le cas des dispositions abrogatoires fait ressortir le contraste. En premier lieu, leur statut est ambigu : en tant que droits fondamentaux, les libertés individuelles sont des obligations auxquelles se soumettent les assemblées législatives. Mais en tant que critère d'édiction des autres règles, tant primaires que secondaires, elles font partie des éléments de la règle de reconnaissance. En second lieu, dans la mesure où le sens d'une règle n'excède pas son contenu explicite, ou, réciproquement, lorsqu'une décision ne peut être justifiée qu'en fonction du texte d'une règle, on comprendra en quoi une lecture positiviste des droits fondamentaux ne peut les considérer comme un concept, au sens où Dworkin l'entend, c'est-à-dire comme le point de départ d'un problème moral. En fait, en cela comparable au juge intentionnaliste, le juge positiviste applique une règle à un cas, sans interférer dans la définition de son contenu[528]. En troisième lieu, comment rendre compte du pouvoir

[526] Se distinguant sur ce point de la Urnorm kelsénienne.
[527] HART Herbert L.A., Le concept de droit, p.129.
[528] ALLARD Julie, Dworkin et Kant : réflexions sur le jugement, p.21.

discrétionnaire? La question, moins anodine qu'il n'y paraît, introduit une caractéristique du droit-intégrité, à savoir la distinction entre règles et principes.

Des règles appuyées sur des principes

Dworkin initie son raisonnement par l'étude des cas les plus susceptibles de provoquer une décision discrétionnaire, les cas difficiles. Selon le paradigme positiviste, ces cas ne se subsument pas sous une règle selon la démarche syllogistique classique, exigeant ainsi l'intervention active du juge. Or, pour Dworkin même s'il s'agit de cas difficiles, le juge justifie sa décision en invoquant des principes qui, bien que n'étant pas des règles, n'en sont pas moins contraignants : il ne peut rendre n'importe quel verdict. Citant en exemple le cas d'un tribunal amené à statuer sur les droits d'un héritier ayant assassiné son grand-père dans le but de recevoir sa fortune, Dworkin souligne le recours au principe selon lequel personne ne doit profiter de son crime[529]. Si l'on s'en tenait à la seule règle de droit, l'assassin aurait eu droit à l'héritage, puisque l'obligation ne concerne que les critères de validité testamentaire et non les conditions du décès.

La reconnaissance du type de standard que sont les principes constitue le vecteur par lequel la morale intervient dans le droit, et plus exactement, ce par quoi les principes d'individualisme éthique s'y prolongent. Le principe est un standard, une justification à appliquer dans un cas donné parce qu'il est requis « par la justice, l'équité, ou quelque autre *dimension de la morale* »[530]. De ce point de vue, le principe vient préciser la notion de concept. Dans une autre opposition importante sur laquelle nous ne nous attarderons pas dans l'immédiat, Dworkin distingue les principes des politiques. Pour l'instant, il suffit de retenir la nature proprement morale des principes dont la mention conteste la thèse d'un droit exclusivement composé de règles.

[529] DWORKIN Ronald, PDS, pp.80-81.
[530] Nous soulignons, DWORKIN Ronald, PDS, p.80.

En partie, les principes diffèrent des règles par la manière dont ils sont appliqués. L'application des règles suit une logique du tout-ou-rien : si une règle correspond aux faits, alors la décision qu'elle indique doit être acceptée. Si ce n'est pas le cas, elle ne peut justifier la décision[531]. De même, si deux règles sont concurrentes, l'une est forcément invalide tandis que l'autre ne l'est pas. De plus, l'énoncé d'une règle contient ses conditions d'application et ses exceptions. L'application du principe n'est pas aussi mathématique. Ainsi, on ne peut dégager une liste de conditions qui, une fois remplies, impliquent nécessairement l'invocation du principe. De surcroît, la prescription du principe ne détermine pas la décision : il l'influence mais ne la cause pas[532]. À ce titre, on n'attendra pas du principe selon lequel on ne peut profiter d'un crime qu'il précise la liste des crimes envisagés ou les décisions à prendre le cas échéant. Enfin, l'existence de principes concurrents ou de contre-exemples ne signifie pas l'annulation ou l'abrogation du principe concerné[533].

Fait important, le principe engage le jugement de celui qui l'évoque, non seulement parce que son usage n'est pas aussi systématique que celui de la règle, mais surtout parce que le juge ne peut éviter de s'interroger sur son contenu[534]. Il n'existe pas de formule syllogistique par laquelle utiliser les principes : leur prise en compte est question de poids relatif, c'est-à-dire de l'évaluation du pour et du contre en regard du cas précis, bref, de raisonnement moral. Pour reprendre l'exemple de l'héritier assassin, non seulement la mention du principe selon lequel il ne doit pas profiter de son crime relève d'un jugement d'appréciation, c'est-à-dire de l'évaluation de sa pertinence, mais surtout fait référence à ce que le droit ne *devrait* pas être, à savoir un système de règles duquel un criminel pourrait tirer profit.

Deux questions opposent Dworkin et Hart à ce sujet. D'une part, outre le simple constat empirique, pourquoi admettrait-on que les principes contiennent la charge normative

[531] DWORKIN Ronald, PDS, p.82.
[532] DWORKIN Ronald, PDS, p.84.
[533] DWORKIN Ronald, PDS, p.83.
[534] DWORKIN Ronald, PDS, p.85.

que Dworkin leur attribue? D'autre part, quel est le statut de ces principes qui imprègnent la jurisprudence sans y être inscrits? En réponse à la première question, on pourrait percevoir les principes comme l'expression du pouvoir discrétionnaire du juge : l'impression d'une référence à un ordre de réflexion principiel pourrait être le fruit d'une simple convergence terminologique, qui tiendrait soit au profil social des juges, soit aux significations partagées de leur langage. En d'autres termes, ayant tous été entraînés d'une manière comparable dans la pratique du droit et tous sujets au même ensemble de règles doté d'une terminologie commune, les juges justifieraient l'usage de leur pouvoir discrétionnaire par le même langage, donnant l'illusion que de simples faits sociaux injectent une dimension morale au droit.

À la seconde question, une réponse relativement simple est possible. De deux choses l'une : soit les principes sont intra-juridiques, soit ils sont extra-juridiques. La différence est d'importance car ce qui compose le droit en général induit une obligation qui s'applique tant au juge qu'au justiciable : au juge pour statuer sur un cas, au justiciable une fois la décision rendue[535]. Il s'ensuit que si les principes font partie du droit, le juge est obligé à la fois d'y faire référence et de s'y conformer, certes selon les modalités plus souples que l'on a vues, faute de quoi il serait possible de lui reprocher d'avoir manqué aux devoirs de sa charge[536]. En revanche, si les principes sont extérieurs au droit, le juge n'est même pas tenu d'y réfléchir, si tel n'est pas son souhait, ou s'il dispose d'une autre méthode pour résoudre le cas difficile. De ce choix dépend en premier lieu la pertinence de la thèse discrétionnaire, mais aussi la véracité de la thèse du *pedigree* : si l'existence de principes dont l'application ne dépend pas de critères de validité est reconnue, la justification des décisions rendues par un tribunal ne répond plus à un test unique[537].

La réponse de Dworkin à cette question est audacieuse et radicale : si les principes sont considérés comme extra-juridiques, donc ne liant pas les juges, alors *aucune règle*, quel

[535] DWORKIN Ronald, PDS, p.88.
[536] DWORKIN Ronald, PDS, p.89.
[537] ALLARD Julie, Dworkin et Kant : réflexions sur le jugement, p.36.

qu'en soit le pedigree, ne peut les lier[538]. Puisque, selon la thèse positiviste sémantique, le juge rend des décisions discrétionnaires, quel sens attribuer à cette notion? Dworkin en distingue trois; deux faibles, l'un fort. Les deux premiers sens font référence à un contexte d'incertitude, soit à l'endroit des faits concernés, soit à l'endroit de l'agent. Dans le premier cas, on parlera de pouvoir discrétionnaire lorsqu'un agent chargé d'appliquer une règle disposera d'une marge de manœuvre, faute d'informations[539]. Par exemple, lorsqu'une règle spécifie le nombre de témoins nécessaire à la rédaction d'un acte notarié, leur sélection restera à la discrétion du notaire ou de la personne concernée. Dans le second cas, il y a pouvoir discrétionnaire lorsqu'un agent n'est pas soumis à une autorité supérieure capable d'annuler sa décision[540]. Un juge de la plus haute cour d'appel se trouverait dans une telle situation.

Le troisième sens, tel qu'utilisé par Hart, correspond à la discrétion forte, à savoir l'absence de standard de quelque sorte que ce soit, liant ou guidant la décision de l'agent[541]. Les deux premiers sens se démarquent du précédent parce que malgré la marge de manœuvre dont ils rendent compte, factuelle ou hiérarchique, les agents n'appliquent pas moins un standard qui contrôle leur décision ou, réciproquement, qui la justifie. La question qui se pose est donc la suivante : en quoi doit-on considérer que les principes ne contrôlent pas les décisions rendues par les juges[542]?

Dworkin transfère alors le fardeau de la preuve au positivisme par une utilisation implicite du principe dit du rasoir d'Occam. Ainsi, il serait beaucoup plus ardu de démontrer que des standards régulièrement utilisés par les juges pour justifier leur décision, les principes, les lient moins que ne le font les règles. Rien dans la pratique concrète des tribunaux n'autorise d'emblée une telle affirmation. Or, c'est la position que les positivistes semblent défendre. Sous ce rapport, l'assimilation de la justification par principe au pouvoir discrétionnaire, au motif d'une précision et d'une clarté moindre que celle d'une règle, relève

[538] DWORKIN Ronald, PDS, p.97.
[539] DWORKIN Ronald, PDS, p.91.
[540] DWORKIN Ronald, PDS, p.92.
[541] DWORKIN Ronald, PDS, p.93.

de la pétition de principe[543]. Cela dit, si l'on ne peut exclure *a priori* les principes du droit, il ne s'ensuit pas pour autant que ceux-ci y soient bel et bien présents. Les objections adressées au positivisme hartien restent pour l'instant négatives.

D'où la thèse de Dworkin qui s'appuie sur un constat. Ainsi que le cas de l'héritier assassin l'illustre, certaines règles établies du droit – telles les règles de succession – sont parfois renversées lors d'un procès. Comment justifier de tels renversements? La perspective du droit-intégrité recourt alors aux principes, d'abord, parce qu'ils constituent l'étalon pour évaluer le changement jurisprudentiel – ce que le texte de la règle ne peut accomplir à lui seul puisqu'il est l'objet du changement – mais surtout, parce qu'ils définissent le cadre qui autorise le juge à modifier la doctrine. Ainsi en est-il des principes du *stare decisis* ou de la déférence à l'endroit du législateur[544]. Un tribunal n'est pas libre d'ignorer ces principes qui pèsent en faveur de la continuité du droit.

Par contre, les thèses du pouvoir discrétionnaire soutiennent que ces renversements résultent de la volonté du juge. Or, cette interprétation contredit l'autre thèse positiviste, nommément, la thèse du *pedigree* selon laquelle lorsque les conditions spécifiées par une règle sont remplies, elle doit être appliquée. Cette contradiction est grave puisqu'elle provoque un effet de domino : si un juge peut, à sa discrétion, renverser une règle établie, alors il est libre d'appliquer l'ensemble des règles selon sa seule appréciation. Aucune règle n'est plus sûre[545]. En ce sens, le positivisme sémantique illustre le mouvement de balancier allant du dogmatisme au scepticisme dénoncé par Kant[546]. Ne précisant pas pourquoi le droit serait exclusivement composé de règles, le positivisme butte sur les cas difficiles et mène à une conclusion sceptique : la thèse du pouvoir discrétionnaire confirme les positions qui, du réalisme juridique aux Études Juridiques Critiques, définissent le droit comme, au mieux, une

[542] DWORKIN Ronald, PDS, p.95.
[543] DWORKIN Ronald, PDS, p.96.
[544] DWORKIN Ronald, PDS, p.99.
[545] DWORKIN Ronald, PDS, p.98.
[546] Nous reprenons le propos de ALLARD Julie, Dworkin et Kant : réflexions sur le jugement, p.18.

création des pressions et intérêts politiques, au pire, l'outil des préférences personnelles du juge.

Remparts protégeant le droit de l'arbitraire, les principes confirment le lien insécable entre morale publique et droit pour réfuter la thèse du pedigree. En effet, si les règles de droit les plus susceptibles d'identification formelle doivent leur pérennité à des principes substantiels non moins juridiques, la notion de test perd tout caractère significatif. Sans oublier qu'en tant que principes régulateurs du jugement réfléchissant, les principes échappent aux entreprises qui viseraient à les subsumer dans une règle de reconnaissance plus complexe : par définition, ils sont ce par quoi l'on tire un sens de ladite règle. Les cartes du château positiviste s'écroulent.

c. Prendre les droits au sérieux

Ni l'intention originelle ni le modèle des règles ne garantissent l'autonomie du droit, faute de procédures pour régler les cas difficiles. En effet, les difficultés rencontrées par ces deux théories suggèrent l'inéluctable dissolution des instances judiciaires dans une dérive « législativante », à mi-chemin entre le marchandage politique et l'arbitraire. Dworkin propose alors une alternative susceptible de conserver au droit son autonomie vis-à-vis des autres organes de l'État, tout en rendant compte de ses liens avec la morale politique. Il s'agit du modèle des droits. Là où l'intentionnalisme cherche à identifier ce qu'un ou plusieurs auteurs ont en tête et le positivisme sémantique les faits sociaux qui définissent l'autorité d'un texte explicite, le modèle des droits postule que les citoyens disposent de droits moraux dont le premier consiste à les identifier[547].

Cette théorie, par laquelle sont introduits certains traits familiers de la justice-sollicitude – nommément, Hercule le juge surhumain, la thèse de la bonne réponse et la distinction entre principes et politiques de laquelle découlent les droits – se comprend comme

la traduction juridique du problème posé par l'empiètement structurel de l'État sur l'individualisme éthique. Ainsi, jusqu'à preuve du contraire, chacun doit disposer comme il l'entend de sa responsabilité spéciale tout en se faisant reconnaître une égale importance. Dans la mesure où l'État ne peut qu'empiéter sur ces deux éléments, il a l'obligation, lorsqu'il édicte des lois ou met en œuvre des politiques, de préciser l'étendue des droits de ses citoyens lorsque ceux-ci en formulent la requête, notamment lors d'un procès[548]. Dans cette optique, il y a une reconnaissance implicite du pouvoir d'initiative des individus.

Cela ne revient-il pas à répéter dans un autre vocabulaire la thèse du positivisme? En quoi l' « identification » de la portée des droits des individus se distingue-t-elle du pouvoir de législation suppléant préconisé par Hart? En fait, il y aurait même lieu d'y voir une augmentation plutôt qu'une réduction du pouvoir politique des juges : si l'individu dispose de droits antérieurs à leur promulgation explicite, le juge peut créer ce que bon lui semble, pourvu que cela soit porté à son attention. Pourtant, Dworkin souligne bien que sa théorie décrit les conditions de découverte des droits de chaque partie, et non de leur invention rétroactive[549]. Qui plus est, il affirme l'existence pour tout cas difficile du droit du demandeur ou du défendeur à gagner sa cause, même si les règles ne le désignent pas explicitement. Cette idée, quelque peu ambiguë, a laissé l'impression que Dworkin défend la thèse de l'unique bonne réponse selon laquelle il existerait une procédure mécanique de détermination des droits[550]. Le modèle des droits souffrirait alors d'une contradiction interne.

En réponse à cette objection Dworkin invoque une distinction primordiale, entre argument de principe et argument de politique[551]. Au sein des différents arguments invoqués en morale politique, les arguments dits de politique justifient une décision en référence à un but collectif qu'elle permettrait d'atteindre ou de réaliser. Parallèlement, les arguments de

[547] DWORKIN Ronald, QP, p.15 et PDS, p.153. Au sein de sa classification des doctrines politiques, laquelle distingue les théories fondées sur un but, un devoir ou des droits, le modèle des droits s'inscrit fort logiquement dans une doctrine fondée sur les droits. Voir DWORKIN Ronald, PDS, p.267.
[548] DWORKIN Ronald, QP, p.15.
[549] DWORKIN Ronald, PDS, p.154.
[550] À ce sujet voir GUEST Stephen, Ronald Dworkin, p.138.
[551] DWORKIN Ronald, PDS, p.155.

principe justifient une décision lorsqu'elle garantit le respect d'un droit, d'une personne ou d'un groupe[552]. À ce titre, une politique est un énoncé qui décrit un but collectif, non-individué, tandis qu'un principe est un énoncé qui décrit un droit individuel[553].

On remarquera que la même décision peut être justifiée à la fois par un argument de principe ou de politique, ou encore justifiée par un argument de politique mais tempérée par des principes, *a fortiori* si la décision porte sur un phénomène ou une situation complexe[554]. Ce qui importe, ce sont les contraintes qui modulent les types d'arguments. Ainsi, un argument de politique doit intégrer une mesure ou une autre d'efficacité ou de bénéfice marginal collectif, mais n'est pas tenu de prendre en compte les critères de réciprocité ou d'équité. Le cas des politiques industrielles fournit un bon exemple : un gouvernement peut justifier l'octroi de subvention à une industrie plutôt qu'à une autre en s'appuyant sur des données qui en démontrent la productivité. Du fait qu'il y ait eu cette subvention, les autres industries ne peuvent pas forcément exiger le même montant. À l'inverse, si après avoir légalement officialisé ladite subvention, le gouvernement se ravise parce qu'une nouvelle étude révèle l'existence d'industries plus performantes, c'est au nom d'arguments de principe que l'industrie concernée justifiera sa poursuite – dans le cas précis, tenir parole après avoir promulgué une décision[555].

La théorie des droits défend l'idée selon laquelle les décisions rendues par un tribunal lors de cas difficiles doivent s'appuyer sur des arguments de principe plutôt que de politique, leurs modalités respectives distinguant la pratique juridique de la pratique politique tout en autorisant la continuité avec la moralité politique[556]. Ainsi, de façon générale, les décisions judiciaires générées par un argument de politique s'exposent aux critiques portant sur l'empiètement anti-démocratique du pouvoir judiciaire sur la souveraineté populaire. Dans la mesure où un argument de politique fait appel à l'amélioration du bien-être collectif et que

[552] DWORKIN Ronald, PDS, p.155.
[553] DWORKIN Ronald, PDS, p.165.
[554] DWORKIN Ronald, PDS, p.156.
[555] DWORKIN Ronald, PDS, p.156.

celui-ci fait l'objet d'appréciations et d'intérêts divergents, la procédure démocratique apparaît plus adéquate pour représenter les préférences en présence et pour établir les compromis nécessaires à l'efficacité des politiques envisagées[557]. Il s'ensuit que ce sont les instances représentatives, législatives et exécutives qui sont le plus à même d'harmoniser les intérêts sociaux et économiques.

Même si un juge démontrait la même représentativité, en le faisant, il faillirait à ses devoirs. En effet, un tribunal qui compense l'absence de règles explicites selon une perspective politique n'a d'autre choix que de rendre sa décision selon une mesure du bien-être collectif. Or, ce faisant, il agit rétroactivement, punissant l'une des parties au nom d'un bénéfice qui n'existait pas lors du litige, puisqu'il s'agit d'un but, c'est-à-dire une augmentation anticipée du bien-être collectif[558]. En ce sens, au moins par défaut, l'argumentation de politique est attribuable au pouvoir législatif puisque le pouvoir judiciaire ne peut s'en servir sans enfreindre l'une de ses intuitions constitutives, à savoir accorder un poids au précédent – non en raison d'un attachement excessif à la tradition, mais afin d'appuyer aussi souvent que possible une décision concernant ce qui a déjà été proclamé.

De ce point de vue, l'erreur des modèles intentionnaliste et positiviste s'explique : présentant le droit comme l'application par les juges de règles créées par le pouvoir législatif, ils perçoivent la décision judiciaire lors de cas difficiles comme un acte législatif interstitiel posé par des législateurs suppléants pour combler un vide juridique[559]. Un pouvoir discrétionnaire est donc accordé au juge. Or, une telle appréciation ne tient que dans la mesure où l'on considère qu'un tribunal puisse justifier ses décisions par un recours aux deux registres d'argumentation, ce qui, aux yeux de Dworkin, n'est pas le cas[560].

Par contraste, l'association de l'argumentation de principe et du pouvoir judiciaire repose sur une présomption un peu plus subtile qui appelle quelques précisions. Ainsi, une

---

[556] DWORKIN Ronald, PDS, p.157.
[557] DWORKIN Ronald, PDS, p.158.
[558] DWORKIN Ronald, PDS, p.158.
[559] DWORKIN Ronald, PDS, p.154.

décision judiciaire indépendante d'une règle explicite semblerait s'ajuster plus aisément à une justification de principe dans la mesure où celui-ci, par définition, décrit un titre qui vaut indépendamment ou en dépit des buts collectifs[561]. En ce sens, la question de la représentation des intérêts en présence au sein de l'instance décisionnelle perd de son poids puisque le droit revendiqué est individué. De même, si le droit assigné par la décision n'était pas au préalable publié dans une loi, l'idée de ne pas légiférer rétrospectivement signifierait simplement que le juge doit s'appuyer sur une démonstration plus rigoureuse du principe invoqué – celui qui décrit le droit concerné. L'injustice de la « surprise rétrospective » ne s'y appliquerait donc pas[562].

Exprimée telle quelle, la distinction politique-principe a tous les traits d'une pétition de principe : un argument de principe se définit comme tout argument qui ne décrit pas un but collectif et réciproquement. S'il est alors facile d'en déduire le caractère distinctif du droit comme reconnaissance de droits moraux, il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'un préjugé. De surcroît, même en admettant la dimension opératoire de la distinction, l'attribution d'arguments de principe aux tribunaux ne saurait prévenir l'apparition d'un arbitraire des principes. En effet, si l'on accepte l'argument des différentes sources des droits, qu'ils soient par exemple énoncés dans une règle ou identifiés lors d'une décision, rien n'empêche le juge de créer un droit en utilisant le langage des principes.

Afin de répondre à ces objections, la théorie des droits doit résoudre deux problèmes. D'abord, il importe de préciser la distinction politique-principe de façon à ce qu'elle soit applicable aux cas concrets et dépasse la simple rhétorique. Ensuite, dans la mesure où elle affirme que tout cas difficile dispose d'une réponse, c'est-à-dire qu'une des parties a le droit d'avoir gain de cause, elle doit présenter un critère d'identification des décisions erronées,

[560] DWORKIN Ronald, PDS, p.157.
[561] DWORKIN Ronald, PDS, p.159.
[562] DWORKIN Ronald, PDS, p.159.

limitant par la même occasion, la capacité du juge d'ignorer le poids des précédents et donc de faire preuve d'arbitraire[563].

En ce qui a trait au premier problème, Dworkin soumet les arguments de principe et de politique à deux distinctions. En tant qu'objectifs politiques, tant les principes que les desseins politiques peuvent être absolus ou non[564]. Ainsi, un gouvernement peut simultanément rechercher le prestige international et la puissance militaire ou équilibrer l'un des deux derniers buts avec un autre objectif collectif, telle la croissance économique. De même, une conception de la liberté d'expression pourrait affirmer son caractère absolu, le rejet de toute limite autre que naturelle, tandis qu'une autre conception la tempèrerait par d'autres principes – par exemple, le droit à la dignité – ou par un objectif collectif. Il s'ensuit que tout principe justifiant un droit dispose d'un poids mesuré selon les arguments nécessaires pour l'outrepasser[565].

L'idée qu'un objectif politique ait un poids est primordiale car elle définit la substance de la relation entre objectifs collectifs justifiés par un argument de politique et droits justifiés par un principe. Lorsqu'un droit est défini par opposition à un objectif collectif, cela doit être compris en termes de poids relatif, non pas le truisme selon lequel un principe n'est pas une politique, mais bien l'idée autrement plus substantielle qu'un droit ne peut être rogné par quelque politique que ce soit.

> *Il découle de la définition d'un droit que tous les buts sociaux ne peuvent pas peser davantage que lui. On pourrait, (...) convenir de ne pas appeler « droit », un but politique à moins, par exemple, qu'il n'ait un poids plancher contre les buts collectifs en général*[566].

Il s'ensuit que la distinction entre argument de principe et argument de politique, loin d'établir deux registres de discours évoluant en parallèle et les exposant du fait même au reproche de circularité, établit les deux pôles d'une échelle de poids au sommet de laquelle se

[563] DWORKIN Ronald, PDS, p.164.
[564] DWORKIN Ronald, PDS, p.166.
[565] DWORKIN Ronald, PDS, p.167.
[566] DWORKIN Ronald, PDS, p.167.

situe ce qui est considéré comme un droit. Dit autrement, le même objectif politique décrira un droit ou un but selon la place qu'il occupe au sein de la doctrine politique concernée[567].

La notion de poids s'applique aussi à l'intérieur de la catégorie des droits. Ainsi, certains droits seront qualifiés de fondamentaux, c'est-à-dire justifiant abstraitement les décisions d'une communauté politique dans son ensemble. Les dispositions abrogatoires d'une constitution et, du moins au sein de la justice-sollicitude, les principes d'intérêt, de participation et d'indépendance, représentent ce type de droit. D'autres droits sont institutionnels et ne justifient que les décisions prises par une institution particulière. Par exemple, le salaire minimum peut être considéré comme un droit législatif qui requiert la promulgation de lois allant dans ce sens, ou comme un droit ministériel[568]. De même, les garanties juridiques qui protègent de l'emprisonnement arbitraire sont des droits institutionnels judiciaires et les droits démocratiques – droit de vote, condition d'éligibilité – sont des droits politiques[569].

Plus subtilement, la notion de poids, ou de résistance des droits aux buts collectifs donne corps à l'idée de droits moraux contre l'État. Souvent perçus comme les vestiges d'une métaphysique dépassée, ils fixent en fait le seuil en deçà duquel un gouvernement ne peut se prévaloir d'un but collectif pour empiéter sur les principes d'individualisme éthique. C'est dans cette optique que la distinction entre arguments de politique et arguments de principe selon leur poids fonde la célèbre compréhension des droits comme atouts – *rights as trumps*[570].

Il serait en effet possible de voir le poids des droits comme une simple règle de proportion. Prise hors contexte, celle-ci ne précise pas de quels droits les individus disposent ni même s'ils en ont : il s'agit d'une présomption que l'on peut renverser par l'importance du

[567] DWORKIN Ronald, PDS, p.167.
[568] DWORKIN Ronald, PDS, p.168 et p.178.
[569] DWORKIN Ronald, PDS, p.280.
[570] DWORKIN Ronald, ED, p.178.

but collectif visé[571]. Par exemple, il fut une époque où la gloire militaire prenait le pas sur les droits des citoyens. Mais cette acceptation négative des droits décrits par les principes néglige la fondation éthique de laquelle dérive leur substance. Autrement dit, si *les* droits sont des atouts à l'encontre des politiques ou des préférences de la majorité, c'est en vertu d'*un* droit plus général, le droit à l'égal respect et à l'égale attention. C'est ce droit, proprement moral puisqu'antérieur à toute déclaration, qui invite à prendre les droits au sérieux et, par suite, l'entreprise du droit dans son ensemble[572].

Il importe d'insister sur ce point, afin d'éviter tout malentendu au sujet de l'idée de droit comme atout contre les buts collectifs. Il existe en effet une confusion due à la définition ambiguë d'un droit, selon laquelle celui-ci consiste à pouvoir poser un geste, libre de toute interférence[573]. Le critère d'absence d'interférences a conduit plusieurs auteurs à déduire l'existence d'un droit à la liberté dont les droits inscrits dans les constitutions seraient l'émanation[574]. À ce titre, les droits résisteraient aux buts collectifs au nom du droit à la liberté.

Or, cette conception mène à une indétermination problématique dans le sens où, si la liberté est l'absence d'interférence, toute règle lui porte atteinte. Cette atteinte est acceptable dans la mesure où toute société doit assurer une certaine coordination – dont le code de la route est l'exemple le plus évident – et la sécurité des citoyens. Il s'ensuit que l'on ne peut dire en quoi imposer un culte unique à l'ensemble d'une population est plus grave que l'obligation de conduire à droite : les deux restrictions s'appuient sur la coordination et la sécurité des personnes[575]. Réciproquement, percevant la liberté comme une question de degré, cette hypothèse n'indique pas pourquoi les droits fondamentaux devraient faire preuve d'une résilience plus élevée que d'autres projets limités pour des motifs politiques. Bref, le droit à la

[571] Éventualité que Dworkin reconnaît, par ailleurs. DWORKIN Ronald, PDS, p.165.
[572] DWORKIN Ronald, PDS, p.304.
[573] Définition de la liberté négative rendue célèbre par I.Berlin dans son essai «Two Concepts of Liberty », pp.166-217, in BERLIN Isaiah, Liberty, 1ère éd., Henry Hardy éd., avec un essai sur Berlin et ses critiques par Ian Harris, Oxford : Oxford University Press, 2002. xxxiv, 382 p. ISBN 9780199249893.
[574] DWORKIN Ronald, PDS, 381.
[575] DWORKIN Ronald, PDS, 383.

liberté est incapable d'en indiquer la valeur intrinsèque et réduit le rapport entre argument de principe et argument de politique à une pétition de principe[576].

Il est donc nécessaire d'introduire une différence qualitative entre une simple restriction et une atteinte aux droits fondamentaux intuitivement perçue comme allant au-delà de son impact. Ainsi, même si l'interdiction de conduire un véhicule sans disposer d'un permis reconnu restreint considérablement les options disponibles pour l'ensemble de la population, l'interdiction d'aborder en public un sujet politique revêt une importance plus grave, et ce, même si peu de personnes en discutent effectivement[577]. C'est précisément cette différence qu'introduit le droit à l'égalité de respect et d'attention qui fait des libertés individuelles non une combinaison de permissions, ou une licence, mais bien le statut dont chacun bénéficie dans une démocratie de droit.

Dworkin distingue les droits abstraits dont ni la place ni le poids ne sont spécifiés, des droits concrets qui précisent leur poids vis-à-vis des autres objectifs politiques, s'agisse-t-il de desseins collectifs ou de principes concurrents[578]. On observera que si les droits concrets sont forcément institutionnels, l'inverse n'est pas vrai : on peut envisager l'existence de droits institutionnels abstraits, par exemple, le droit à l'égale protection de la loi qui est un droit judiciaire abstrait.

Une fois admise la distinction entre droits et buts collectifs, le lien avec l'activité des juges, particulièrement l'utilisation de principes pour justifier leurs décisions, n'est pas acquise pour autant. En effet, il serait possible d'objecter que les principes qu'évoque Dworkin sont avant tout des droits fondamentaux abstraits ou des droits législatifs, à savoir des droits institutionnels qui ne relèvent pas du pouvoir judiciaire. Il importe donc de faire le

[576] Il importe de prendre en compte que la liberté comme licence est une interprétation de la liberté négative, mais pas son implication nécessaire : comme Dworkin en fournit la preuve il existe d'autres interprétations de possibles de la liberté négative.
[577] DWORKIN Ronald, PDS, p.387.
[578] DWORKIN Ronald, PDS, p.168.

pont entre les droits fondamentaux abstraits et les droits institutionnels concrets sur lesquels se prononcent les juges[579].

Une unité politique instituée comprend différentes institutions à autonomie variable. Par autonomie, il faut comprendre que l'appel aux droits régis par une institution donnée est plus ou moins indépendant de la morale fondamentale. L'exemple du Club des Misanthropes, cité plus haut, illustre ce concept d'institution autonome dans la mesure où elle garantit à ses membres un droit au silence sans qu'ils n'aient besoin d'en appeler à un principe moral plus général – par exemple, les vertus de la tranquillité. Simultanément, certains droits institutionnels seront trop flous pour déterminer à eux seuls les décisions appropriées, rendant nécessaire le recours à des principes plus fondamentaux qui leur serviront d'horizon normatif[580].

L'autonomie des institutions explique ainsi les divergences que l'on peut constater entre les grandes déclarations de droits fondamentaux et les droits concrets, mais surtout elle signale la présence d'un réservoir normatif d'arrière-plan apte à clarifier les droits institutionnels trop flous pour être concrets – précisément la définition d'un cas difficile[581]. Il convient de remarquer l'opposition entre cette conception interactive de l'autonomie et la conception juridictionnelle de Posner dans le cadre de la théorie de la démocratie pragmatique. Ainsi, tandis que le pragmatisme fait de l'autonomie juridictionnelle stricte la principale barrière prévenant le pouvoir arbitraire, Dworkin souligne la nature fatalement partielle de toute autonomie précisément pour la même raison[582]. Si le juge pragmatique considère sa juridiction comme une barrière électrique, le juge dworkinien y voit aussi une occasion d'accès aux principes qui font parfois défaut à son institution.

Dans cet esprit, et nous ne saurions trop insister sur l'importance de ce qui suit, l'incomplétude d'une règle ou d'une convention n'équivaut pas à l'absence d'une règle

[579] DWORKIN Ronald, PDS, p.177.
[580] DWORKIN Ronald, PDS, p.178.
[581] DWORKIN Ronald, PDS, p.178.
[582] DWORKIN Ronald, PDS, p.179.

supplémentaire, mais bien à une trop grande abstraction de laquelle résulte un concept contesté, c'est-à-dire un concept au sein duquel s'affrontent diverses conceptions[583]. À ce titre, la décision rendue par le tribunal n'est pas question *d'ajout* à ce qui existe déjà mais plutôt de *concrétisation* selon les pratiques établies de l'institution judiciaire[584]. C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'idée mentionnée plus haut selon laquelle les dispositions abrogatoires représentent des concepts à élucider en regard d'une théorie plus large de la démocratie – en l'occurrence elle-même fondée sur une théorie axiologique. La question qui se pose alors est de déceler ce à quoi les individus ont cru adhérer en acceptant les règles constitutionnelles[585]. Par ailleurs, la définition d'un cas difficile en termes de concrétisation plutôt que de lacune explique en partie l'affirmation selon laquelle tout litige comporte une solution adéquate : dans la mesure où tout droit institutionnel concret est dérivé d'un droit fondamental abstrait susceptible de plusieurs interprétations, le juge pourra toujours y remonter. Enfin, tout ce processus rend compte du « droit moral de chaque individu à être informé de ses droits ».

Le problème des critères par lesquels le juge-interprète passe d'un niveau de droit à l'autre revêt une importance primordiale pour la compréhension de l'autonomie du droit. Dworkin distingue à cet égard les principes qui assurent l'union des règles explicites en incarnant l'exigence d'équité – traiter de la même manière les cas semblables – des objectifs normatifs qui expliquent en quoi une règle est source de droits précis[586]. Ce sont les principes régulateurs du droit qui y intègrent les cas difficiles, pour lesquels on ne sait quel droit résulte d'une loi ni comment les traiter de manière similaire – faute de savoir quels cas sont comparables. L'utilisation de ces critères fait des droits juridiques une fonction des droits politiques fondamentaux : ils délimitent la démarche par laquelle le juge fait preuve d'une

[583] DWORKIN Ronald, PDS, p.180.
[584] DWORKIN Ronald, PDS, p.181.
[585] DWORKIN Ronald, PDS, p.182.
[586] DWORKIN Ronald, PDS, pp.182-183.

interprétation créative proprement judiciaire. L'autonomie du droit prend forme et substance dans le jugement, non dans l'acte législatif, fût-il suppléant.

Ici survient la métaphore d'Hercule, juge surhumain. Dans le contexte de *Prendre les droits au sérieux*, ce dernier représente le jugement du magistrat confronté à un cas difficile. Hercule serait un juge capable de construire une théorie qui, d'une part, rend compte de toutes les règles de droit et, d'autre part, de toutes les jurisprudences et des autres institutions politiques afin de les présenter sous leur meilleur jour. En dépit de ses capacités surhumaines, Hercule n'outrepasse pas ses fonctions en créant de nouveaux droits : appliquant les principes constitutifs du droit, il est contraint d'accorder un poids aux précédents lorsqu'il interprète une loi. Il reste donc à l'intérieur des limites du passage des droits abstraits aux droits concrets.

En ce qui concerne les lois écrites – *statute law* – la question est aisément résolue[587] : Hercule propose une interprétation de la production législative à la lumière de sa théorie du droit constitutionnel, lequel détermine les lois inférieures qu'il recoupe avec l'énoncé de la loi[588]. Le cas de la *Common Law* est légèrement plus complexe. Droit jurisprudentiel, Hercule ne peut s'appuyer sur un énoncé canonique qui encadrerait sa décision. En effet, la question initiale : comment interpréter une règle – quel droit crée-t-elle? –, se dédouble : doit-on la considérer comme une règle et, le cas échéant, quel principe énonce-t-elle[589]? À toutes fins pratiques, il s'agit du même problème que celui rencontré lors de la construction d'une géode normative : dans un cas difficile, aucune jurisprudence ne peut prétendre, *a priori*, s'imposer comme le bon type de précédent. Toutefois, Hercule n'est pas complètement dépourvu de points de repère, se distinguant ainsi du registre axiologique.

En effet, le principe d'équité comporte une dimension chronologique qui procure un poids normatif au passé : l'évaluation d'un cas actuel dépend en grande partie de la

[587] Par opposition aux systèmes civilistes de droit, le droit américain est composé de Constitution, écrite, du droit statutaire, composé de l'ensemble des lois votés par les législatures, lui aussi écrit, et de la Common Law, composée de l'ensemble des décisions qui font jurisprudence. Le droit statutaire prime sur la Common Law.
[588] DWORKIN Ronald, PDS, p.187.

comparaison avec les cas passés et, par suite, avec les décisions qui les ont réglés[590]. Hercule peut donc s'appuyer sur le principe d'équité pour invoquer la force d'attraction des cas antérieurs. Dans cette optique, à la différence de la loi écrite, le caractère exemplaire d'un précédent dépasse son énoncé pour déterminer les cas ultérieurs. Élément important car, si seul le principe d'équité confère un poids normatif à une décision, poids qui l'autorise à transcender son énonciation pour lier les cas à venir, une justification de politique ne peut être invoquée au sein de la *Common Law*. En effet, cette dernière s'appuyant sur des faits historiquement contingents, les intérêts du moment, il n'est même pas souhaitable qu'elle détermine les cas ultérieurs puisque cela rigidifierait un processus qui tire en partie sa légitimité et son efficacité de son aptitude à s'adapter aux circonstances[591]. L'explicitation de la pratique du précédent confirme ainsi le caractère principiel de l'argumentation juridique. À partir des précédents et du principe d'équité, Hercule sera en mesure d'extraire des décisions de sa juridiction, les principes sous-jacents à la *Common Law*.

Présentées telles quelles, les prouesses d'Hercule suggèrent que Dworkin prescrivait aux juges de se comporter de la sorte, démontrant ainsi le caractère utopique de sa théorie. En effet, si la justification de l'ensemble des institutions politiques et du droit statutaire est contraignante, que dire du processus appliqué à la *Common Law* : Hercule doit justifier, d'une part, la structure verticale des différentes cours, de la Cour Suprême aux cours de plus basse instance, et d'autre part, l'ordre horizontal, c'est-à-dire l'ensemble des décisions prises par les cours de même juridiction. L'entreprise est considérable[592].

Néanmoins, ainsi que Dworkin le souligne, cette critique – comparable à l'objection de l'impossible cohérence – fait fausse route à deux titres. D'abord, loin de prétendre à une quelconque réalité, descriptive ou autre, Hercule représente un idéal régulateur du droit[593]. Au même titre qu'un scientifique vise l'unité de tous les savoirs, tout en sachant que ses seules

[589] DWORKIN Ronald, PDS, p.190.
[590] DWORKIN Ronald, PDS, p.191.
[591] DWORKIN Ronald, PDS, p.192.
[592] DWORKIN Ronald, PDS, p.196.

ressources ne lui permettront pas d'accomplir ce projet, Hercule se veut une métaphore de l'unité du droit. À ce titre, il symbolise l'exigence du justiciable à l'endroit du pouvoir juridique à l'origine du droit : *« Le droit n'est peut-être pas une toile sans couture; mais le demandeur est en droit d'exiger d'Hercule qu'il le traite comme s'il en était ainsi »*[594]. Cela dit, pratiquement, rien ne s'oppose à ce qu'un juge procède dans le sens inverse. Ainsi, les facultés surhumaines d'Hercule l'autorisent à embrasser l'éthique, la morale, le système politique et le droit d'un seul coup d'œil pour proposer une réponse, quel que soit le cas présenté. Le juge procède de manière inverse : il remonte du concret vers les principes plus distants selon les failles d'autonomie[595]. Hercule sert ainsi d'objectif normatif, mais aussi de rappel méthodologique : une décision rendue dans un cas vise la plus grande cohérence normative, mais risque constamment d'être prise en défaut[596]. Bref, Hercule illustre un principe de précaution et de prise au sérieux des requêtes et non un fantasme mythologique.

d. La thèse des sources : l'autorité du droit

La première salve de Dworkin à l'encontre du positivisme de Hart a fait couler beaucoup d'encre. Troisième théorie du droit échappant à la dichotomie positivisme juridique et jusnaturalisme pour certains, maîtrise consommée dans la tétrapiloctomie pour d'autres, la thèse des principes a laissé peu de critiques indifférents[597]. Parmi les répliques positivistes, il en est deux qui prennent acte de l'existence des principes dans la décision judiciaire tout en soulignant le caractère erroné de l'articulation avec les règles proposées par Dworkin. La première, le positivisme exclusif, nie la relation étroite entre principes et règles au sein du droit : la validité de ce qui est de droit ne dépend pas d'un quelconque contenu moral. La

[593] Au sens kantien de l'expression, selon l'utilisation que J.Allard en fait. Voir ALLARD Julie, Dworkin et Kant : réflexions sur le jugement, pp.130-133. Voir aussi, dans le même ouvrage, p.61.
[594] DWORKIN Ronald, PDS, p.196.
[595] DWORKIN Ronald, JR, p.54.
[596] STAVROPOULOS Nicos, « Interpretivist Theories of Law », The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2003 Edition), Edward N. Zalta (éd.), URL = <http://plato.stanford.edu/win2003/entries/law-interpretivist/.>
[597] Par exemple, MICHAUT Françoise, « Vers une conception postmoderne du droit » in Dworkin : un débat, STAVROPOULOS Nicos, « Interpretivist Theories of Law », The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2003 Edition), Edward N. Zalta (éd.), URL = <http://plato.stanford.edu/win2003/entries/law-interpretivist/.>, ALEXANDER Larry, « Stricking back at the Empire : a brief survey of problems in Dworkin's theory of law », Law and Philosophy, D.Reidel Publishing Company. 1987, vol.6, pp.419-438. Le terme tétrapiloctomie est un néologisme

seconde, le positivisme inclusif, consiste à défendre l'idée selon laquelle même si le critère de validité d'un principe légal peut être moral, la dilution du positivisme juridique n'en résulte pas pour autant[598].

Nous nous concentrerons sur la réponse apportée par le positivisme exclusif, sans pour autant contester l'importance des enjeux abordés par son homonyme inclusif. En effet, le positivisme exclusif soulève des questions, notamment en ce qui a trait au droit et à l'autorité, qui annoncent certains problèmes abordés en seconde partie. Défendu par Joseph Raz sous l'appellation du droit comme source, cette variante du positivisme s'oppose à l'image que Dworkin dépeint de la théorie de Hart. Il en réaffirme le credo selon lequel l'identification du droit est question de fait social. Malgré la subtilité de sa critique, Dworkin radicaliserait à tort la thèse du *pedigree* pour attribuer au positivisme l'axiome selon lequel il n'est de droit que les règles explicites[599]. Cette vision répondrait à l'adéquation erronée du droit comme fait social et de l'absence de controverse à son sujet, ce que le positivisme proprement compris n'implique ni ne suppose[600].

En fait, le point de désaccord fondamental entre Raz et Dworkin ne porte pas tant sur les caractéristiques prêtées au positivisme que sur la problématisation du droit. Plaçant le jugement au centre de son modèle, Dworkin confond théorie du droit et théorie de la décision judiciaire lorsqu'il assimile la réflexion sur la nature du droit exclusivement aux arguments invoqués par les tribunaux pour justifier leurs décisions[601]. Si cette nature constitue effectivement un sujet important de la réflexion juridique, elle comporte aussi selon Raz une dimension institutionnelle que Dworkin néglige pour privilégier la perspective non pas du droit, mais du praticien et de son jugement[602]. Ceci manifeste la rivalité entre deux interprétations possibles du droit, l'adjudicative et la législative, ce qui renvoie aussi à

---

créé par Umberto ECO et désigne la coupe des cheveux en quatre, voir Le pendule de Foucault, traduit de l'italien par Jean-Noël Schifano, 1ère éd., Paris : Éditions Grasset et Fasquelle, 1990. 656 p. Le livre de poche. Traduction de : Il Pendolo di Foucault. ISBN 2253059498. p.78.

[598] Présentation du débat « post-Prendre les droits au sérieux » que nous reprenons de SHAPIRO Scott J., « The « Hart-Dworkin » Debate : A Short Guide for the Perplexed », in Ronald Dworkin, p.31.

[599] RAZ Joseph, « Authority, Law, and Morality » in Ethics in the Public Domain : Essays in the Morality of Law and Politics, édition révisée, Oxford : Oxford University Press, 2001. x, 380 p. Clarendon Paperbacks. ISBN 0198260695. p.234.

[600] RAZ Joseph, « Authority, Law, and Morality » in Ethics in the Public Domain : Essays in the Morality of Law and Politics, p.234.

l'opposition entre justice comme sollicitude et doctrine archimédienne. Ainsi, Dworkin place le jugement au premier plan dans l'identification des pratiques sociales et donc les énoncés substantiels. Raz, quant à lui, enchâsse l'institution dans le registre du factuel dont la description précède et encadre le jugement. Les structures de chaque théorie sont rigoureusement inversées.

Pour l'essentiel, Raz estime que Dworkin suppose à tort que la justification morale d'une décision juridique puisse faire preuve d'autorité, c'est-à-dire constituer un motif poussant à l'action. L'autorité étant intrinsèquement liée au droit, c'est en vertu de cette caractéristique qu'on peut l'identifier sans avoir recours aux objectifs normatifs. Enfin, la présence de principes au sein du jugement judiciaire ne démontre aucunement que le droit soit identifié par référence à un contenu moral[603].

Raz initie sa critique en distinguant trois types de théories du droit, chacun postulant un lien différent avec la morale. D'abord, le droit comme source : tout droit est fondé sur une source dont l'existence et le contenu sont identifiés par des faits sociaux, hors de toute évaluation normative. Ensuite, le droit comme incorporation : tout droit est soit fondé sur une source, soit résultant du droit fondé sur une source. Enfin, le droit comme cohérence : le droit est la combinaison du droit fondé sur une source et de sa meilleure justification morale[604]. Ce dernier type renvoie directement à la théorie du droit de Dworkin.

Analysant le concept d'autorité, Raz défend le droit comme source – que nous désignerons ci-après par l'expression droit-source – contre les critiques de Dworkin et tente d'en démontrer la supériorité. De prime abord, selon Raz, l'autorité peut être pratique ou théorique : la première motive les gestes des personnes à qui elle s'adresse tandis que la seconde porte sur les raisons justifiant une croyance – ainsi, lorsque l'on parle d'une sommité

[601] RAZ Joseph, « The Problem about the Nature of Law » in Ethics in the Public Domain : Essays in the Morality of Law and Politics, p.202 et p.199.
[602] RAZ Joseph, « The Problem about the Nature of Law » in Ethics in the Public Domain : Essays in the Morality of Law and Politics, p.204.
[603] RAZ Joseph, « The Problem about the Nature of Law » in Ethics in the Public Domain : Essays in the Morality of Law and Politics, p.207.
[604] RAZ Joseph, « Authority, Law, and Morality », in Ethics in the Public Domain : Essays in the Morality of Law and Politics, p.211.

qui fait autorité dans son domaine d'expertise. Le droit, s'il est source de directives autoritaires, relève de l'autorité pratique.

De ce point de vue, quelle est la principale caractéristique d'une directive autoritaire? Selon Raz, une directive est autoritaire lorsqu'elle est péremptoire, c'est-à-dire qu'elle dispose d'un statut spécial qui outrepasse les autres raisons qu'une personne pourrait invoquer pour agir d'une manière ou d'une autre[605]. Raz explique ce qui pourrait être qualifié d'aliénation en évoquant situation imaginaire où deux personnes sont incapables de trouver un compromis qui les satisfasse, face à une décision à prendre. Ils s'en remettent à une tierce personne pour arbitrer leur désaccord et, ce faisant, ils acceptent de se conformer à sa décision, quelle qu'elle soit. L'arbitre a donc autorité sur eux, non seulement parce qu'ils conviennent de s'en remettre à son jugement, mais aussi parce que sa décision effectue la synthèse de toutes les raisons évoquées lors du débat[606]. C'est là le trait fondamental d'une directive autoritaire : elle est péremptoire parce qu'elle *remplace* les raisons invoquées par les personnes impliquées. L'arbitre évalue les différents arguments pertinents à la place des personnes concernées, pour leur fournir un motif qu'ils doivent accepter en lieu et place de leurs motifs personnels. Raz désigne ce nouveau motif de raison *préemptive*[607] dont la seule énonciation suffit à susciter un comportement prescrit[608]. Il importe de souligner que l'autorité ainsi conçue ne suppose pas l'annihilation du jugement individuel. Les deux plaignants acceptent d'agir selon les instructions de l'arbitre, mais restent maîtres de leur jugement : la directive autoritaire peut être critiquée. En ce sens, Raz se situe dans la continuité de la distinction effectuée par Kant au sujet de l'extériorité du droit et de l'intériorité du devoir éthique.

La démarche d'arbitrage retrace à la fois le processus décisionnel d'un individu et l'organisation de l'action institutionnelle. Dans une société complexe, la coordination efficace

[605] RAZ Joseph, « Authority, Law, and Morality », in Ethics in the Public Domain : Essays in the Morality of Law and Politics, p.212.
[606] RAZ Joseph, « Authority, Law, and Morality », in Ethics in the Public Domain : Essays in the Morality of Law and Politics, p.212. Voir aussi, RAZ Joseph, « Authority and Justification » in RAZ Joseph éd., Authority, 1ère éd., Washington Square, New York : New York University Press, 1990. vi, 330 p. Readings in Social and Political Theory. ISBN 0814774156.
[607] RAZ Joseph, « Authority, Law, and Morality », in Ethics in the Public Domain : Essays in the Morality of Law and Politics, p.213. Il s'agit de la traduction littérale de "pre-emptive reason", expression qui, dans le sens où Raz l'emploie, n'a pas d'équivalent direct en français, "préemption" désignant la priorité d'achat accordée à un tiers.

des personnes et des groupes suppose l'instauration d'instances délibératives et d'instances exécutives tout comme au niveau individuel une étape délibérative permettant de peser les différentes alternatives et d'identifier la décision à prendre précède une étape exécutive au cours de laquelle le geste envisagé est posé au moment voulu[609]. Les premières sont composées d'individus qui débattent des mérites et des faiblesses de diverses activités afin de déterminer une « intention sociale » que les instances exécutives se chargent d'appliquer[610].

Dans cette optique, l'autorité comme raison préemptive correspond à l'étape exécutive, que cela concerne un individu ayant cessé de peser le pour et le contre ou une institution dont l'intention sociale synthétise toutes les raisons préalables. En ce sens, l'intention sociale est une directive autoritaire ou n'est pas. En effet, tant que l'argumentation, la soumission de raisons supplémentaires ou la discussion sont autorisées, l'étape exécutive n'est pas encore atteinte[611]. Il s'ensuit, ce qui est capital pour notre propos, que les arguments moraux, appelant justification, relèvent par définition de l'étape délibérative et, inversement, que les directives autoritaires, comme produit de l'étape exécutive, sont identifiables hors de toute appréciation morale. C'est leur statut de raison préemptive qui les signale à l'attention.

Raz développe la notion de raison préemptive comme motif suffisant pour articuler en trois points la conception suivante de l'autorité :

- D'abord, les directives autoritaires doivent s'appuyer sur les raisons qui s'appliquent au sujet et qui portent sur les circonstances qui l'entourent plutôt que sur des raisons dépourvues de pertinence : c'est la thèse de la dépendance.
- Ensuite, selon la thèse de la justification normale, l'autorité d'une personne sur une autre est justifiée si et seulement si cette dernière se

[608] RAZ Joseph, « The Problem about the Nature of Law » in Ethics in the Public Domain : Essays in the Morality of Law and Politics, p.205.
[609] RAZ Joseph, « The Problem about the Nature of Law » in Ethics in the Public Domain : Essays in the Morality of Law and Politics, pp.206-207.
[610] On peut voir dans la distinction étape délibérative-étape exécutive une formulation de la distinction entre argument de fondation et argument d'application. Voir, entre autre, HABERMAS Jürgen, Droit et démocratie : Entre faits et normes, traduit de l'allemand par Rainer Rochlitz et Christian Bouchindhomme, 1ère éd., Paris : Gallimard, 1997. 551 p. NRF Essais. Traduction de : Faktizität und Geltung. ISBN 2070733521. p.251.
[611] RAZ Joseph, « The Problem about the Nature of Law » in Ethics in the Public Domain : Essays in the Morality of Law and Politics, p.207.

conforme mieux aux raisons qui la concernent en suivant les directives de l'autorité plutôt qu'en recourant à ses propres moyens. On reconnaîtra la formalisation de l'initiation du processus d'arbitrage.

- Enfin, la prescription d'un acte donné par une autorité constitue l'unique raison suffisante pour l'accomplir et non une raison supplémentaire. Il s'agit de la thèse préemptive, qui généralise les raisons du même nom[612].

Selon Raz, le droit possède les attributs d'une institution autoritaire, ou, à tout le moins, qui prétend à une certaine autorité, fût-elle légitime ou non. En effet, un tribunal a pour fonction de résoudre des disputes par le biais de décisions préemptives : bien que libre d'en appeler, le plaignant doit se conformer au verdict qui remplace alors tous les autres motifs. Il s'ensuit que les magistrats sont guidés par les intentions sociales particulières que sont les lois édictées par les assemblées législatives ou par les décisions qui font jurisprudence[613]. À ce sujet, on remarquera à quel point la notion de raison préemptive explique la force du précédent dans le cadre de la *Common Law*.

De surcroît, le principe de séparation des pouvoirs place les tribunaux du côté exécutif du gouvernement, élément que Dworkin reconnaît implicitement lorsqu'il démontre que le juge ne crée pas de nouveaux droits[614]. Dans le même ordre d'idéess, la combinaison des thèses de dépendance et de justification normale souligne la fonction de médiation de l'autorité qui coordonne les perspectives antagonistes[615]. Or, les tribunaux possèdent aussi cette fonction de régulation sociale. Il s'ensuit que l'institution judiciaire peut être caractérisée de manière amorale en tant que source de directives préemptives.

La théorie du droit-source est alors en mesure de répondre aux arguments présentés par Dworkin. En ce qui concerne la mention de principes distincts des règles explicites pour

[612] RAZ Joseph, « Authority, Law, and Morality », in Ethics in the Public Domain : Essays in the Morality of Law and Politics, p.214.
[613] RAZ Joseph, « The Problem about the Nature of Law » in Ethics in the Public Domain : Essays in the Morality of Law and Politics, p.205.
[614] RAZ Joseph, « The Problem about the Nature of Law » in Ethics in the Public Domain : Essays in the Morality of Law and Politics, p.207.
[615] RAZ Joseph, « Authority, Law, and Morality », in Ethics in the Public Domain : Essays in the Morality of Law and Politics, p.214.

justifier une identification morale du droit, Raz réplique qu'il s'agit d'une confusion de l'étape délibérative et de l'étape exécutive d'un jugement. Tout tribunal, lorsque confronté à un cas difficile, c'est-à-dire à un cas dont la résolution ne dépend pas encore de raisons préemptives, fait appel à la fois à des directives autoritaires et à des directives non-autoritaires pour décider[616]. Les principes moraux mentionnés par Dworkin font partie des directives non-autoritaires qui s'appliquent au cas difficile. Ce qui importe, c'est l'appartenance de ces directives au stade délibératif. Elles font de fait partie des raisons qui seront remplacées par la décision émise. En dépit de la publication des justifications du jugement rendu, un justiciable ne peut refuser de s'y conformer, ou ne s'y conformer que partiellement, en s'appuyant sur leur interprétation : en ce qui le concerne, le verdict est le seul motif pertinent.

La confusion de Dworkin s'explique par l'accent mis sur le processus d'élaboration et de justification des décisions comme seul critère de définition du droit. Dans la mesure où la délibération inclut les critères de sélection des arguments et de justification d'une décision, il va de soi qu'elle est morale[617]. Pour autant, comme nous venons de le voir, cela n'implique pas que la validité d'une proposition de droit relève de son caractère moral, mais bien qu'elle puisse revendiquer l'autorité nécessaire à la détermination des gestes des plaignants. On peut donc parfaitement défendre une conception positiviste exclusive tout en reconnaissant l'existence des principes : ceux-ci sont tout simplement extra-légaux, au même titre que l'ensemble de la délibération du juge. Le droit dispose donc d'un *pedigree*, soit la nature exécutive de ses directives[618].

Dans sa riposte à l'égard du positivisme exclusif, Dworkin a peut-être qualifié trop rapidement d'artificielle la conception razienne de l'autorité qu'il a accusée d'être conçue dans l'unique but de maintenir en vie une théorie dépassée[619]. En effet, quoi que l'on pense du droit-source, la théorie de Raz a le mérite de soulever le problème de la distance critique à

[616] RAZ Joseph, « The Problem about the Nature of Law » in Ethics in the Public Domain : Essays in the Morality of Law and Politics, p.207.
[617] RAZ Joseph, « The Problem about the Nature of Law » in Ethics in the Public Domain : Essays in the Morality of Law and Politics, p.209.

observer vis-à-vis d'une pratique sociale qui revendique, pour son propre bénéfice, l'obéissance à ce qui reste des injonctions – quand bien même nous renseigneraient-elles sur nos droits. Selon cette perspective, l'identification du droit en termes de faits sociaux rappelle que s'il doit rendre des comptes à l'évaluation morale, c'est parce que bien souvent il n'est pas lui-même vecteur de moralité[620]. C'est là une dérive qui menace l'interprétation créative : définissant une pratique sociale selon ses objectifs normatifs assignables, elle risque d'en assimiler les conditions de légitimité à une obligation morale[621].

Néanmoins, en explorant les conditions de justification de l'autorité par le biais de la thèse de la justification normale, Raz confirme malgré lui l'un des axiomes de l'interprétation créative. Bien que la soumission à une autorité en mesure de fournir de meilleurs motifs entraîne des comportements susceptibles de description sociologique ou anthropologique, elle n'en constitue pas moins un énoncé normatif, en l'occurrence, que seule une autorité en mesure d'assurer une meilleure médiation ou une meilleure coordination entre les personnes est légitime. Autrement dit, la thèse de la justification normale partage les travers de l'archimédisme neutraliste : cherchant à proposer une description neutre de l'autorité, elle en développe une interprétation substantielle[622].

Cette remarque fait écho à la problématique de l'autorité, telle qu'elle se pose, non comme concept, mais comme réalité sociale. Ainsi, on peut établir un parallèle entre la demande d'arbitrage et le transfert de pouvoir au centre du processus électoral. Or, force est de constater que rares sont les gouvernements élus en mesure de revendiquer le type d'autorité qui pousserait les citoyens à percevoir leurs politiques comme une raison remplaçant les autres raisons pertinentes[623]. À la lumière de cette comparaison, il apparaît que l'autorité préemptive razienne suppose un rapport au droit pour le moins particulier : pourquoi

---

[618] Ce qui ne signifie pas qu'il soit facile d'identifier ce qui est de droit ou non, ni même qu'une directive exécutive soit forcément explicite ou ne puisse être controversée. Voir RAZ Joseph, « Authority, Law, and Morality », in Ethics in the Public Domain : Essays in the Morality of Law and Politics, p.234.
[619] DWORKIN Ronald, JR, p.188.
[620] RAZ Joseph, « Authority, Law, and Morality », in Ethics in the Public Domain : Essays in the Morality of Law and Politics, p.211.
[621] Problème sur lequel nous reviendrons dans le chap.5.
[622] DWORKIN Ronald, JR, p.179.

un plaignant, du simple fait qu'il s'adresse à un juge, s'abstiendrait-il d'évaluer les raisons à l'origine de son verdict, alors qu'il ne s'abstient pas de le faire envers les personnes pour qui il a voté – donc pour lesquelles le transfert d'autorité est *a priori* plus important? À ce titre, il est possible de s'interroger sur la réalité d'une telle déférence envers les instances exécutives au sein d'une communauté d'individus qui s'affirment également libres[624]. Dès lors, comment conférer quelque pertinence que ce soit à l'autorité préemptive, si ce n'est à titre de principe normatif? Dès lors, la question qui se pose n'est plus de savoir si le droit est effectivement question de directives autoritaires ou non, mais pourquoi il devrait l'être. Par sa réplique à la théorie des droits, le positivisme exclusif quitte, involontairement il est vrai, le domaine de l'interrogation sur le type d'énoncés – règles ou principes – qui composent le droit pour accéder à celui de son fondement – dans le cas précis, sa fonction médiatrice.

3. LE DROIT COMME INTERPRÉTATION : CONVENTIONNALISME, PRAGMATISME ET INTÉGRITÉ

Outre les difficultés qui leur sont propres, l'intentionnalisme ainsi que le positivisme hartien et razien partagent tous une faiblesse commune. Que cela soit en raison de l'intention de l'auteur ou de la règle d'autorité, Dworkin souligne que tous supposent l'existence d'une compréhension commune du vocabulaire impliqué pour limiter les polémiques à leur composante empirique[625]. En d'autres termes, les seuls désaccords possibles au sujet du droit portent sur la sélection des faits pertinents[626]. Le présupposé qui accorde au langage le statut d'étalon fixe entraîne le dilemme suivant : soit le critère langagier est partagé et deux personnes s'entendent sur la définition d'une voiture avant de discuter de sa beauté, soit elles ne s'accordent pas sur ce point et se disputent sur le sens à accorder à deux homonymes. Puisque la seconde branche du dilemme est absurde, seule une divergence quant aux faits est

[623] Nous nous inspirons de l'analyse de A. Renaut au sujet de l'autorité et du gouvernement. Voir RENAUT Alain, La fin de l'autorité, 1ère éd., Paris : Flammarion, 2004. 266 p. ISBN 2082103307. pp.100-101.
[624] DWORKIN Ronald, JR, p.206.
[625] ALLARD Julie, Dworkin et Kant : réflexions sur le jugement, p.26.
[626] DWORKIN Ronald, ED, p.35.

possible. C'est l'aiguillon sémantique – *semantic sting* – qui oriente le positivisme et l'intentionnalisme vers une conception réductrice du droit[627].

Or, comme le suggère déjà l'analyse des difficultés liées à la *Common Law*, le droit dans son ensemble, comme pratique sociale, répond aussi à la question de savoir si ce qui est invoqué constitue effectivement une règle ou un principe apte à justifier une décision – bref, un désaccord théorique appelant une stratégie d'interprétation organisée selon un principe normatif[628]. Élément déjà suggéré par le principe dont l'importance dépend de son poids : non seulement est-ce un standard différent de la règle, mais il souligne en quoi la résolution d'un cas ne peut faire l'économie d'une synthèse entre le contenu jurisprudentiel et son devoir-être.

Cette critique s'applique au positivisme exclusif selon le poids accordé aux thèses de son auteur. Si l'on adopte l'idée de Raz selon laquelle l'autorité peut être identifiée hors de tout contenu moral, alors la conception du droit-source est infectée de l'aiguillon sémantique. Si, à l'inverse, l'accent est mis sur l'axiome de la justification morale de l'autorité, ce qui en contesterait la nature exclusivement descriptive, le droit comme autorité devient une théorie interprétative dont l'objectif normatif est la coordination sociale[629].

On aura saisi que le second volet de la critique de Dworkin à l'égard du positivisme, et par extension de l'ensemble de sa théorie du droit, s'insère dans le registre interprétatif : quel objectif normatif assigner au droit qui, en amont, en justifie la pratique, et, en aval, lui serve de grille de lecture? Question qui n'a de sens que s'il est possible d'esquisser au moins une approximation du concept de droit. Ainsi, l'étude de la théorie des droits de Dworkin met en lumière que le droit est composé de droits identifiés par une argumentation de principe. Une norme plus générale peut en être tirée selon laquelle le droit, dans son rapport au pouvoir d'État, constitue un critère qui limite l'utilisation de la force au respect ou à l'application de

[627] DWORKIN Ronald, ED, pp.49-50. Il est intéressant de noter que le terme « sting » signifie « aiguillon », mais aussi « arnaque ». La première version de l'aiguillon sémantique date de 1986 avec la publication de Law's Empire. Dworkin en propose une version élargie dans JR, p.226, qui inclut non seulement la fixité du langage mais aussi la fixité d'un référent naturel.
[628] DWORKIN Ronald, ED, p.18.
[629] Hypothèse confirmée par le texte de Raz sur l'autorité légitime, voir RAZ Joseph, « Authority and Justification » in Authority, pp.115-141.

droits tels que spécifiés par les décisions politiques antérieures pertinentes, et ce, quelle que soit la valeur de l'objectif politique envisagé[630].

Ce concept général du droit suscite à son tour trois questions. En premier lieu, pourquoi ne devrait-on utiliser la force publique qu'en conformité avec les droits qui découlent des dites décisions antérieures? D'où la seconde question : pour quelle raison agir de la sorte? Enfin, quel sens attribuer à l'idée qu'un droit « découle » d'une décision politique et quelle est la compatibilité de ces deux éléments[631]? Dworkin compare sa conception, le droit-intégrité, à deux modèles susceptibles d'y répondre, à savoir le conventionnalisme et le pragmatisme. Tandis que le conventionnalisme recouvre peu ou prou les différentes variantes du positivisme, le pragmatisme désigne la théorie économique du droit défendue par Posner et d'autres conceptions sceptiques qui assimilent la décision judiciaire aux arguments de politique[632].

a. Le conventionnalisme

Dans ses grandes lignes, le conventionnalisme reprend les thèses du positivisme hartien, mais au lieu de leur donner une valeur logique – une personne qui ne reconnaît ni le *pedigree* ni le pouvoir discrétionnaire ne sait pas de quoi elle parle – il leur confère un statut normatif : la pratique juridique devrait viser les objectifs inscrits dans le conventionnalisme[633]. De prime abord, ce changement de centre de gravité implique que l'analyse de la thèse ainsi proposée doive être plus élaborée que ne l'était celle effectuée à partir de la théorie des droits[634].

Ainsi, à la question de justifier en quoi les décisions du passé lient les décisions actuelles, le conventionnalisme postule l'existence de conventions juridiques qui identifient

[630] DWORKIN Ronald, ED, p.105.
[631] DWORKIN Ronald, ED, p.107.
[632] DWORKIN Ronald, ED, pp.108-109. À proprement parler, Dworkin n'associe pas explicitement ces modèles aux théories mentionnées et ne les attribue pas à un penseur en particulier – du moins dans le texte de ED. Toutefois, leurs caractéristiques et les critiques ultérieures qu'il leur adresse autorisent le lien. Voir notamment, JR, p.226 pour le conventionnalisme et chap.1 et 3 en ce qui a trait au pragmatisme juridique.
[633] DWORKIN Ronald, ED, p.131.
[634] On comprendra que la théorie du droit-intégrité est la version accomplie de la théorie des droits développée par Dworkin dans Prendre les droits au sérieux.

tant les institutions législatives que la procédure utilisée à cette fin. Le droit dépend de ces conventions officielles qui fournissent alors un test de *pedigree*. Dans la mesure où le droit n'est jamais exhaustif, face à des cas inédits, le juge doit le compléter par des principes extra-juridiques de son choix. Par après, la convention se charge de faire du précédent un nouveau droit jouissant de la même autorité que les autres droits[635]. On reconnaîtra là le pouvoir discrétionnaire lié à la directive autoritaire, tel que postulé par Raz. Le conventionnalisme défend donc deux positions pré-interprétatives, à savoir l'obligation faite aux juges de respecter les conventions juridiques de leur communauté et l'absence de droits en dehors de ce que les conventions identifient comme la loi[636].

Le noyau normatif qui distingue le conventionnalisme des théories sémantiques s'incarne dans l'idéal des attentes protégées. Celui-ci postule que l'usage de la coercition est légitime si et seulement si il a été précédé d'un avertissement clair et public des circonstances qui président à son emploi[637]. Dans cette optique, le poids accordé au précédent régularise le recours à la force du fait de sa reconnaissance par une convention. En effet, toute convention, quelle qu'en soit la complexité, établit l'intervalle exact dans lequel le passé régit le présent, ni plus, ni moins[638]. Les citoyens de l'État concerné sont donc en mesure d'accorder leurs projets aux lois qui les régissent sans craindre l'arbitraire. L'imposture législative, par laquelle le juge prétend découvrir un droit selon quelque critère moral flou alors qu'il le crée, est rendue impossible : la convention rend notoire le pouvoir discrétionnaire du juge lorsqu'il en fait usage et souligne son caractère de pis-aller. La discrétion du magistrat est un mal nécessaire, mais c'est celui qui se rapproche le plus de la clarté conventionnelle.

En dépit de son attrait initial, le conventionnalisme butte sur une première difficulté qui, ironiquement, concerne le sens à accorder à la notion de convention. De prime abord, la convention renvoie à une norme dont le contenu ne serait pas controversé, raison pour

[635] DWORKIN Ronald, ED, p.130.
[636] DWORKIN Ronald, ED, p.132.
[637] DWORKIN Ronald, ED, p.133.
[638] DWORKIN Ronald, ED, p.134.

laquelle on peut en dire qu'elle garantit les attentes entretenues à son endroit[639]. Il n'existe donc pas de divergences quant au contenu réel de ce qui est reconnu comme une convention, par exemple, la déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Or, à moins de retraiter au sein des théories sémantiques, une telle conception de la convention doit admettre qu'à ce contenu réel correspond une extension qui peut être explicite ou implicite. L'extension explicite est un ensemble d'énoncés ou de normes considérés comme les parties d'une convention par ses adhérents directs, alors que l'extension implicite se compose de l'ensemble des propositions qui offrent la meilleure interprétation de la convention[640]. À titre d'exemple, l'extension explicite de la convention du Club des Misanthropes interdit à ses membres de converser dans ses locaux tandis que son extension implicite incluerait la réponse à la question de son application aux non-membres visiteurs.

Selon le type d'extension reconnu à la convention, se dégage le conventionnalisme strict, selon lequel seule l'extension explicite doit être prise en compte, et le conventionnalisme modéré, qui admet l'extension implicite des conventions. Corrélativement, l'étendue du droit d'une communauté variera selon le type d'extension adopté. On reconnaîtra ainsi les variantes exclusives et inclusives du positivisme[641]. *A priori*, le conventionnalisme modéré semble plus porteur que son homologue strict. En effet, le juge qui se réclamerait d'un conventionnalisme strict risque fort de ne pas trouver un grand nombre de conventions à respecter, puisque cela exigerait l'existence de conventions dont les termes, l'intention des auteurs, les modalités d'application et la compréhension du public ne puissent porter à équivoque[642]. De surcroît, l'axiome positif du conventionnalisme strict – il n'y a de droit que ce qui est déterminé par convention – n'est pas d'une grande aide vis-à-vis des cas difficiles, et doit céder la place à une prescription négative selon laquelle les juges ne doivent pas

[639] Ce qui ne signifie pas pour autant que les lois ou les droits qui en découlent ne puissent faire l'objet de controverse.
[640] DWORKIN Ronald, ED, p.139.
[641] Voir notamment, Schapiro « son article », Dworkin JR et Raz son texte sur l'autorité.
[642] DWORKIN Ronald, ED, p.141.

prétendre de ne pas légiférer lorsqu'ils règlent un cas difficile, soulignant ainsi le caractère bilatéral – donc potentiellement contradictoire – du conventionnalisme strict.

Par contraste, le conventionnalisme modéré a un double avantage puisqu'il conseille aux juges de statuer en fonction de leur propre interprétation des contraintes de la loi et des précédents. Or, ce conseil s'applique aussi aux cas difficiles et évite ainsi d'avoir à se replier sur une solution de second choix, nommément, un pouvoir discrétionnaire sincèrement assumé. Le juge préconisant un conventionnalisme modéré pourrait ainsi entretenir l'espoir d'articuler une méthode d'interprétation apte à extraire de l'extension implicite des conventions les matériaux nécessaires à la résolution des cas. Il lui serait aussi possible, en l'absence de consensus explicite sur une convention qui ne l'est pas moins, de remonter les différents niveaux d'abstraction de manière à assurer un consensus, n'étant pas lié au contenu littéral des textes juridiques[643].

Néanmoins, une fois prise la pleine mesure de l'extension implicite accordée aux conventions, il apparaît que le conventionnalisme modéré ne représente plus une forme de conventionnalisme : sa conception de la convention est beaucoup trop fine pour être d'un quelconque pouvoir discriminant[644]. De même, les extensions implicites sont beaucoup trop exposées aux polémiques pour préserver l'idéal des attentes protégées – du moins tel qu'exprimé par le conventionnalisme. En dernière analyse, il s'agit d'une version faible du droit-intégrité privé de l'avantage que lui procure la référence aux principes moraux[645].

Il s'ensuit que seule la version stricte du conventionnalisme est significative. La dualité à l'œuvre dans le conventionnalisme strict, selon la difficulté des cas, doit donc être assumée et présenter une raison d'être. Dworkin appréhende cette interrogation selon les registres pré-interprétatifs et interprétatifs : d'une part, le conventionnalisme correspond-il, au

[643] DWORKIN Ronald, ED, p.142.
[644] DWORKIN Ronald, ED, p.143.
[645] DWORKIN Ronald, ED, p.143.

moins dans les grandes lignes, à la pratique juridique? D'autre part, le conventionnalisme justifie-t-il la pratique juridique?

L'élément le plus évident de la pratique juridique est la référence aux précédents. Quel que soit le cas présenté, les juges justifient leur verdict par les décisions qui composent l'histoire institutionnelle. Selon le conventionnalisme, ces décisions représentent l'extension explicite des conventions concernées. Un cas est difficile lorsque cette extension explicite est épuisée; le juge conventionnaliste passe alors à l'étape législative. Dans les faits, les juges analysent les précédents pour établir, d'une part, la relation entre doctrine établie et cas difficiles et, d'autre part, leur force d'attraction. Ils accordent donc une importance intrinsèque au passé jurisprudentiel, même lorsque l'extension de la convention porte à controverse. Or, c'est précisément ce type de comportement que nie le conventionnalisme [646].

À cette objection, il serait possible de répliquer que si le conventionnalisme accorde effectivement cette importance au passé, expliquant les références citées dans la justification des décisions, elle s'exprime néanmoins par un critère de compatibilité stratégique, telle l'image de la pièce manquante d'un puzzle : la doctrine établie représenterait l'assemblage terminé de toutes les pièces et le cas difficile l'interstice entre celles-ci. Le juge formulerait sa décision de manière à le combler, c'est-à-dire à conserver l'harmonie du droit[647]. Néanmoins, la compatibilité stratégique correspond à un critère de cohérence formel et ne prête pas attention à la qualité de la décision rendue. Plus important, il n'y a incompatibilité stratégique que si le droit accordé à la suite d'une décision contredit les droits antécédents, ce qui présente deux difficultés. D'une part, par principe, un juge conventionnaliste ne peut admettre cette éventualité, du fait de la préséance des décisions antérieures. D'autre part, par définition, un cas est précisément difficile parce qu'il ne peut être résolu en référence aux décisions antérieures, fut-ce par opposition[648].

[646] DWORKIN Ronald, ED, p.146.
[647] DWORKIN Ronald, ED, p.148.
[648] DWORKIN Ronald, ED, p.149.

Dworkin évoque la possibilité que la compatibilité recherchée par le conventionnalisme puisse être de principe, et non stratégique. Mais cette hypothèse est auto-contradictoire : si le juge recherche une compatibilité de principe entre l'histoire jurisprudentielle et le cas à l'étude, il ne se situe plus dans le registre des conventions[649].

Qui plus est, il semble que la notion même de convention prête à équivoque, indépendamment de son extension. En effet, son caractère consensuel admet deux sens différents : la vérité de la norme peut être purement conventionnelle et tous l'acceptent au même titre – chacun accepte de jouer au tennis avec une raquette – ou encore la vérité de la norme correspond à une conviction indépendante tenue pour évidente, tel, par exemple, l'emploi d'enfants soldats dans un conflit armé. La nuance est importante, puisque si la vérité d'une norme est uniquement conventionnelle, les questions fondamentales à son endroit sont évacuées de la pratique juridiques pour s'inscrire dans le domaine de la théorie du droit ou de la philosophie. Ainsi, une personne qui trouverait plus amusant de frapper une balle au-dessus d'un filet à l'aide d'un bâton plutôt que d'une raquette créerait un nouveau jeu, mais ne remettrait pas directement en question la pertinence des règles du tennis. À l'inverse, si une norme doit sa vérité à une conviction partagée, le désaccord à son sujet porte au cœur de son contenu et à la pratique qu'elle encadre[650].

Quelle compréhension de la convention la pratique juridique manifeste-t-elle? Appréhendées sur plusieurs décennies, quarante ans et plus, les attitudes d'interprétation tout comme les justifications invoquées ont considérablement changé. Le harcèlement sexuel est représentatif de cette situation: d'abord inexistant, puis considéré comme étant de la faute de la victime, il fait maintenant l'objet d'une condamnation sans équivoque.

La variation elle-même constitue le premier indice expliquant non seulement ces changements de position, mais surtout les variations d'arguments invoquées à leur appui. Si les normes juridiques étaient purement conventionnelles, elles tendraient à une plus grande

[649] DWORKIN Ronald, ED, p.150.

stabilité. Ainsi, rappelle Dworkin, les règles d'un jeu changent peu par comparaison avec l'évolution de la jurisprudence. Mais surtout, si la jurisprudence était simplement question de convention, il y aurait une scission stricte entre les arguments *sur* ses règles d'interprétation et les arguments intérieurs aux dites règles. Un argument portant sur le changement des règles d'interprétation admissibles serait lié à la première catégorie et n'aurait pas droit de cité à l'intérieur du tribunal. Réciproquement, une demande de changement serait envisagée à l'extérieur de la pratique juridique pour fonder une nouvelle convention qui, dans un second temps, en modifierait le cadre. Or, une telle conclusion est fausse : tant du point de vue des plaideurs que de celui des magistrats, les arguments invoqués en cour font régulièrement appel à un changement de règles à partir de l'intérieur de la pratique juridique[651].

Il s'ensuit que les conventions juridiques relèvent plus de la conviction que, n'ayons pas peur du truisme, de la convention. Moins prosaïquement, Dworkin tire deux conclusions quant aux aptitudes descriptives du conventionnalisme. En premier lieu, supposer l'existence de conventions n'est en rien nécessaire pour assurer ni expliquer le fonctionnement d'un système de droit. En second lieu, le conventionnalisme ne peut expliquer les changements de doctrine concernant les aspects controversés des pratiques constitutionnelles, et par extension, l'évolution historique du droit[652].

Privé de valeur descriptive, le conventionnalisme propose-t-il une justification de l'usage de la coercition? La composante normative du conventionnalisme correspond à peu de chose près à la justification de l'autorité proposée par le positivisme exclusif de Raz. Pour récapituler, le conventionnalisme mise sur la clarté des règles de droit dont l'interprétation procédurale garantit l'individu contre toute immixtion impromptue du pouvoir d'État dans ses projets, notamment par le biais d'une jurisprudence rétroactive[653]. La coercition devrait donc toujours être annoncée. En dépit des difficultés rencontrées par le positivisme razien, il

[650] DWORKIN Ronald, ED, p.152.
[651] DWORKIN Ronald, ED, p.153.
[652] DWORKIN Ronald, ED, p.154.
[653] DWORKIN Ronald, ED, p.156.

importe de ne pas sous-estimer l'attrait de cette position. En effet, un droit conventionnaliste évite la confusion des lois et de la morale dont on ne sait anticiper les dérives vers une obligation morale d'obéir à une décision improvisée et non-représentative. De surcroît, mettant l'accent sur l'étape législative, la justification du conventionnalisme s'harmonise avec l'intuition démocratique selon laquelle la seule source de conventions devrait être le peuple par le biais de ses représentants[654].

Toutefois, le conventionnalisme fait de la prévention de la surprise une fin intrinsèquement juste. Or, l'activité du législateur et les politiques des élus comportent autant, si ce n'est plus de surprises – budgétaires, administratives, etc. – qui n'entachent pas pour autant leur légitimité – sauf peut-être lorsque la surprise consiste à enfreindre des promesses électorales. Outre cette considération externe, le conventionnalisme réunit difficilement ce qui lui sert de justification, les attentes protégées, avec la structure bilatérale du pouvoir discrétionnaire du juge qui peut autant se prononcer en faveur du défendeur que du demandeur. En effet, si la protection des attentes constituait véritablement un objectif souhaitable, le conventionnalisme devrait proposer une démarche unilatérale, à savoir n'accorder de victoire au plaignant qu'en prolongation directe de l'extension explicite d'une convention, sans quoi l'accusé devrait toujours gagner[655]. Comparable à la présomption d'innocence du droit criminel, l'unilatéralité est difficilement justifiable dans le cadre du droit privé. En effet, la présomption d'innocence est justifiée par le rapport de force disproportionné entre le plaignant, en l'occurrence l'État, et l'accusé. En revanche, accorder le même bénéfice à l'accusé d'un procès civil, dont le but est d'établir les droits des parties et non forcément de condamner l'une d'elles, risque fort d'empiéter sur le principe d'égalité devant la loi. En ce sens, le principe des attentes protégées n'est pas absolu : il doit être mis en équilibre avec d'autres principes juridiques.

[654] DWORKIN Ronald, ED, p.156. Même si ce raisonnement partage les difficultés du modèle majoritaire de la démocratie.
[655] DWORKIN Ronald, ED, p.158.

À ce titre, le conventionnalisme peut s'appuyer sur une interprétation plus nuancée des attentes protégées : non la réduction à tout prix des surprises jurisprudentielles, mais la distinction des situations au sein desquelles la surprise est contre indiquée de celles où elle doit être tolérée. C'est en cela que son bilatéralisme est pertinent, afin d'atteindre un équilibre entre la prédiction et la souplesse[656].

La coordination sociale est alors le critère proposé. Raz poursuit le même but par la thèse de la justification normale de l'autorité : la convention met en place des procédures qui assurent que tous suivent les mêmes règles et soient ainsi en mesure d'organiser leurs activités respectives. Puisque ces dernières sont variées et nombreuses, il est parfois plus avisé de laisser une part d'indétermination dans les décisions politiques, quitte à s'en remettre aux juges pour prendre la meilleure décision possible et ce, uniquement en dernier recours[657]. « À tout prendre, avoir à sa disposition une certaine règle fixée est plus important qu'avoir quelque règle particulière »[658]. Ainsi, le conventionnalisme autorise une plus grande souplesse jurisprudentielle que ne le permettrait la stratégie par défaut de l'unilatéralité.

Néanmoins, il se peut que l'équilibre obtenu entre prédiction et souplesse n'assure qu'une relative élégance scolastique. En effet, le conventionnalisme est trahi par sa propre démarche au profit de son rival le plus immédiat : le pragmatisme juridique. D'après cette position, l'individu n'a droit qu'aux décisions qui se révèlent être les meilleures pour la collectivité et non au contenu des décisions antérieures[659]. De ce point de vue, c'est la capacité du droit à provoquer des états de fait sociaux souhaitables qui prime. Le juge pragmatique prendra en compte les décisions du passé, non parce qu'il s'y estime lié, mais parce que maintenir la continuité du droit, rétrospectivement, constitue un bon moyen de lui conserver ses capacités d'action. Dit autrement, le pragmatisme considère le conventionnalisme comme l'une des stratégies disponibles pour régler les cas faciles tout en

[656] DWORKIN Ronald, ED, p.162.
[657] RAZ Joseph, « The Problem about the Nature of Law », Ethics in the Public Domain, p.208.
[658] DWORKIN Ronald, ED, p.161.
[659] DWORKIN Ronald, ED, p.108.

disposant d'un critère pour résoudre les cas difficiles[660]. Or, si la casuistique pragmatiste obtient sensiblement les mêmes résultats que le conventionnalisme sans en reproduire la rigidité, ou en bénéficiant d'une plus grande souplesse, pourquoi se cramponnerait-on au conventionnalisme?

b. Le pragmatisme

En regard du concept de droit énoncé par Dworkin, le pragmatisme se présente comme une conception sceptique : non seulement les juges ne sont pas liés par les décisions politiques antérieures, ce qui impliquerait que le lien normatif entre l'histoire institutionnelle et le droit n'existe pas, mais la seule justification adéquate de la coercition réside dans les qualités de la décision[661]. La véritable colonne vertébrale du droit est tournée vers l'avenir, en vue d'atteindre les meilleurs buts collectifs. Il s'ensuit qu'un citoyen n'a de droit qu'en conformité avec le bien collectif, jamais à son encontre[662]. Dans sa compréhension la plus radicale, le pragmatisme représenterait une forme de décisionnisme judiciaire. Il importe toutefois de ne pas l'y réduire : en niant l'existence de droits, le pragmatisme attire l'attention sur la substance de la décision, donc les valeurs qui s'y enchâssent, et recouvre un grand nombre d'interprétations possibles.

Le noyau du pragmatisme consiste donc à refuser toute obligation morale envers le passé, sans que cela n'implique pour autant son refoulement : ne serait-ce que stratégiquement, la réalisation d'un bien collectif doit prendre en compte les données historiques. Tout dépend du sens que l'on accorde à la notion de « bien collectif »[663]. À ce titre, il est plus exact de parler *des* pragmatismes que *du* pragmatisme. En ce qui concerne Dworkin, la version la plus abondamment analysée est celle dite de l'École de Chicago, dont Posner est le représentant le plus illustre.

[660] DWORKIN Ronald, ED, p.166.
[661] DWORKIN Ronald, ED, p.169.
[662] DWORKIN Ronald, ED, p.170.
[663] DWORKIN Ronald, ED, p.170.

Le pragmatisme de Posner considère la maximisation des richesses le but collectif à l'œuvre dans le droit, tant selon la perspective descriptive que normative. Au sein de son *opus magnum*, *Economic Analysis of Law*, il défend la thèse selon laquelle les concepts économiques sont en mesure d'expliquer et d'améliorer le droit[664]. En tant que science des choix rationnels en situation de rareté des ressources, l'économie fournit la structure du pragmatisme. L'individu y est perçu comme rationnel, c'est-à-dire cherchant à maximiser la satisfaction de ses préférences. De ce comportement axiomatique sont dérivés trois principes fondamentaux, à savoir celui de la loi de la demande selon laquelle il y a une proportion inverse entre le prix et la demande[665], celui des coûts d'opportunité qui correspondent à la perte encourue par un ou plusieurs individus lorsqu'ils renoncent à l'utilisation d'une ressource et aux bénéfices qu'elle pourrait leur procurer[666], et finalement, combinant les deux principes précédents, le principe selon lequel les ressources tendent à se diriger vers ceux pour qui elles sont les plus précieuses si l'échange volontaire est autorisé[667]. En effet, si le coût d'une ressource est déterminé par la valeur que chaque individu est libre de lui attribuer, cette ressource se dirigera vers là où on lui accorde la plus grande valeur, c'est-à-dire vers celui qui fera l'offre la plus élevée.

Pour Posner, une répartition sera considérée efficace lorsque, par le biais des échanges opérés dans le marché, chaque ressource sera dans les mains de celui qui lui accorde la plus grande valeur[668]. Cette répartition incarne à la fois le schème par le biais duquel étudier les comportements de chacun, mais introduit aussi la composante normative du pragmatisme posnerien, cette dernière devant être distinguée de deux théories similaires, à savoir l'utilitarisme et le critère de Pareto.

[664] POSNER Richard A., Economic Analysis of Law, 6e éd., New York : Aspen Publishers, 2003. xx, 747 p. ISBN 0735534748. p.3.
[665] POSNER Richard A., Economic Analysis of Law, p.4.
[666] POSNER Richard A., Economic Analysis of Law, p.6.
[667] POSNER Richard A., Economic Analysis of Law, p.9.
[668] POSNER Richard A., Economic Analysis of Law, p.9. « Efficacité » traduit « efficiency »; bien que le terme « efficience » soit souvent rencontré, nous lui préférons « efficacité » parce qu'il s'agit de la traduction employée dans ED et QP.

Posner insiste sur la différence entre l'efficacité, qui est un critère économique, et l'utilité rendue célèbre par la philosophie qui en porte le nom[669]. La seconde notion, au moins dans sa formulation classique, est un critère de bien-être : est utile une ressource qui augmentera le bien-être de son propriétaire, et réciproquement. L'efficacité quant à elle mesure ce que le consommateur est prêt à payer. Ainsi, pour un bien donné, le principe d'utilité conseille de le céder à celui qui en éprouvera le plus grand bien être, tandis que celui d'efficacité prescrira de l'attribuer à celui qui le paiera la plus cher – indépendamment de la satisfaction retirée[670]. En d'autres termes, l'allocation des ressources vise la maximisation des richesses et non celle de la satisfaction[671].

De surcroît, la mesure de la satisfaction souffre des problèmes traditionnellement attribués à l'utilitarisme. À moins de défendre un hédonisme naïf, il semble difficile de faire du seul plaisir, ou de la satisfaction, une fin en soi. Qui plus est, la maximisation utilitariste suppose l'agrégation des satisfactions individuelles, avec les problèmes que cela pose : le sacrifice d'une minorité pour augmenter le bien-être collectif, une relative indifférence à l'égard des sources de satisfaction – si un sadique éprouve une plus grande satisfaction à torturer sa victime qu'elle n'en souffre, faut-il lui accorder ce plaisir? Enfin, l'utilitarisme ne peut rendre compte de l'intuition voulant qu'un individu doive donner priorité à ses proches plutôt qu'à des inconnus[672]. La maximisation des richesses est donc non seulement plus fiable, mais surtout elle supprime les problèmes liés à l'indifférenciation des préférences et de leurs résultats.

Dans le même ordre d'idées, l'efficacité ne doit pas être confondue avec le critère de Pareto. Selon ce dernier, une répartition est jugée supérieure à une autre lorsqu'elle améliore la situation d'au moins une personne sans que cela ne s'effectue au détriment de qui que ce soit d'autre. L'attrait de ce critère vient de ce qu'il propose une traduction économique de

[669] POSNER Richard A., Economic Analysis of Law, p.11.
[670] POSNER Richard A., Economic Analysis of Law, p.11. Dworkin souligne aussi la différence des perspectives utilitaristes et pragmatistes quant aux objets mesurés, voir QP, p.304.
[671] POSNER Richard A., Economic Analysis of Law, p.11. Nous traduisons « value » par « richesse ».

l'unanimité : si personne ne perd à la suite d'une transaction, alors on peut supposer la prise en compte de tous et toutes[673]. Le critère de Pareto semble cependant difficile à appliquer à une situation concrète : s'il est vrai que les participants à une transaction volontaire arriveront facilement à une Pareto-amélioration, on ne peut en dire autant des tierces personnes. En effet, dans une économie ouverte, telle que le suppose le critère de Pareto, chaque transaction influence les prix, soit en introduisant ou en retirant des ressources du marché. À ce titre, l'amélioration du sort d'une personne est rarement libre de tout effet secondaire sur autrui, plus spécifiquement sur ceux qui ne participent pas à la transaction. Non seulement une transaction avantageuse pour certains se révèlera presque toujours désavantageuse pour d'autres, mais on peut aussi en déduire qu'à une échelle suffisante, toute distribution sera toujours Pareto-optimale puisque sa modification entraînera des pertes pour au moins une personne[674]. Le pouvoir discriminant de la Pareto-optimalité est donc insuffisant.

La maximisation des richesses obéit à un critère différent, celui de Kaldor-Hicks. Ce dernier se contente d'enregistrer la valeur que chacun attribue aux différentes ressources pour évaluer l'efficacité des transactions[675]. Ainsi, si un individu souhaite vendre sa voiture 200 $ et qu'un acheteur est prêt à la payer 500 $, la transaction est efficace. De surcroît, la transaction restera efficace, y compris pour les tiers parties, tant que les pertes qui leur sont occasionnées se maintiennent en deçà de la richesse dégagée par la transaction – en l'occurrence, 300$. Le critère de la maximisation des richesses est à la fois plus souple et plus discriminant que ses pendants utilitariste et parétien. Il devient alors possible de se représenter une distribution efficace, mais surtout de définir la composante normative du pragmatisme : si un marché efficace correspond à une distribution des ressources telle que chacune est possédée par celui qui l'acquerrait au plus haut prix, alors le bien-être collectif que les tribunaux doivent viser est la maximisation des richesses.

---

[672] POSNER Richard A., Economic Analysis of Law, p.12. Ainsi que le démontrent aussi les limites du principe de bienfaisance.
[673] POSNER Richard A., Economic Analysis of Law, p.12.
[674] POSNER Richard A., Economic Analysis of Law, p.14. Voir aussi, DWORKIN Ronald, QP, p.295.
[675] POSNER Richard A., Economic Analysis of Law, p.13.

Deux précisions doivent être ajoutées. On objectera à propos que le marché ainsi décrit est idéal : concrètement, les coûts d'opportunité sont affectés par les défaillances de marché – les *market failure* –, au premier chef desquelles, les situations d'information asymétrique. Toutefois, la richesse et les coûts auxquels Posner fait référence constituent avant tout des outils de mesure, sujets à diverses modélisations. Il en résulte que le calcul de la richesse n'est pas tant fondé sur ce que les personnes payent effectivement – au risque de payer trop ou trop peu – mais sur ce qu'elles paieraient advenant une information et des coûts de transaction adéquats[676].

De plus, appliquée à la décision judiciaire, l'objection de l'imperfection des marchés n'entraîne que peu de conséquences. Étant donné le fonctionnement global de la société, organisée autour d'un marché, les cas portés à l'attention des tribunaux constituent par définition des situations d'inefficacité. Dans ce contexte, la cour agit comme une instance palliative qui compense les défauts des marchés réels. En ce sens, le juge rendra son jugement en fonction des résultats qu'aurait entraînés un marché idéal, dépourvu de pertes de richesses.

Il importe de ne pas adopter une compréhension textuelle de la terminologie du pragmatisme posnerien qui le confinerait aux flux monétaires et au droit du travail. Ainsi, les principes de demande, de coût d'opportunité et de maximisation des richesses surpassent de loin l'activité comptable à laquelle l'économie est parfois assimilée. À ce sujet, l'analyse pragmatique des controverses liées à l'adoption et à l'application du *Patriot Act* au lendemain des attentats du onze septembre 2001 fournit un exemple éloquent de sa portée théorique.

Fidèle aux postulats pragmatique, Posner s'oppose à ce qu'il considère comme un dangereux fétichisme constitutionnel pratiqué par des hommes de loi jaloux de leurs prérogatives – être les seuls à définir le rapport entre doctrine juridique et contraintes de sécurité[677]– pour défendre l'équilibre des droits fondamentaux et des exigences de sécurité,

[676] POSNER Richard A., Economic Analysis of Law, p.16.
[677] POSNER Richard A., Law, Pragmatism, and Democracy, p.292.

niant toute primauté normative des uns sur les autres[678]. Comme nous le verrons, Dworkin défend une position diamétralement opposée, ayant, en différentes occasions, critiqué la stratégie du compromis par équilibre et les arguments pragmatiques en faveur du *Patriot Act* – dans un texte qui, sans le nommer, réfute en substance le raisonnement de Posner[679]. Nous reviendrons sur les arguments présentés de part et d'autre.

Dans l'immédiat, il importe de relever que Posner appuie ses conclusions sur le critère du rapport coût-bénéfice : jusqu'à quel point le coût marginal résultant de la limitation des droits fondamentaux reste-t-il en deçà du bénéfice marginal associé à l'augmentation des mesures de sécurité[680]? Même si, de prime abord, la confrontation entre liberté et sécurité ne met en scène aucun coût financier direct, le schème de réflexion économique s'y applique aisément dès lors que l'on estime que le problème concerne des valeurs concurrentes, donc susceptibles du même équilibre que celui atteint par deux individus échangeant quelque denrée. Il s'ensuit que tout principe peut être appréhendé en termes de coût et de bénéfices et toute décision judiciaire raisonnablement évaluée selon ses bénéfices probables. Bref, le pragmatisme peut se consacrer intégralement à la décision judiciaire prospective, ne consultant les jurisprudences passées qu'à titre d'information[681].

Dworkin adresse à la théorie de Posner les mêmes questions qu'au conventionnalisme : le pragmatisme correspond-il à la pratique juridique courante et est-il en mesure de justifier la pratique juridique? Faisant de la souplesse son axiome, le pragmatisme est plus apte que le conventionnalisme à rendre compte de l'évolution de la doctrine juridique. L'explication proposée a l'avantage de la simplicité : les doctrines évoluent au cas par cas, selon ce que le juge estime être la décision la plus bénéfique. Pour reprendre l'exemple de l'équilibre entre sécurité et droits fondamentaux, ce qui, à la suite de l'effondrement du mur de Berlin constituait des garanties constitutionnelles inviolables – notamment le droit à un

[678] POSNER Richard A., Law, Pragmatism and Democracy, p.296.
[679] En ce qui concerne la stratégie du compromis par équilibre, voir ED, pp.198-204; pour la sécurité et les droits fondamentaux, voir DWORKIN Ronald, DPH, chap.2, pp.24-51.
[680] POSNER Richard A., Law, Pragmatism, and Democracy, p.297.

procès équitable, la protection de la vie privée et l'interdiction d'un emprisonnement arbitraire – dans une Amérique dépourvue de menaces extérieures, doit, une douzaine d'années plus tard, être réévalué en fonction des coûts probables d'un nouvel attentat terroriste, lequel empièterait lui aussi sur les autres libertés inscrites dans la constitution. Dans ce contexte, la décision d'un juge admettant l'usage en cour de preuves obtenues sans mandat de perquisition ne serait pas la marque d'un pouvoir discrétionnaire, mais le résultat d'un calcul dont les paramètres ont changé depuis 2001.

Toutefois, cette explication repose sur la négation de tout lien entre l'usage légitime de la coercition et les décisions antérieures. Il semble donc difficile, d'un côté, d'expliquer l'évolution des décisions qui composent le droit, et de l'autre, d'affirmer l'inexistence de ce qui apparaît être son principal élément, les droits[682]. Le pragmatisme résout cette tension en soulignant l'intérêt d'une pratique juridique qui agit *comme s'il* existait des droits – autrement dit, une fidélité à l'histoire jurisprudentielle[683]. La stratégie du *comme si* n'est pas un pur mensonge, adressé à une population uniquement bonne à se faire duper, mais simplement l'évaluation des bénéfices résultant d'une stabilité institutionnelle contre la souplesse nécessaire à l'amélioration du droit selon les circonstances. En d'autres termes, il importe de se demander jusqu'à quel point l'originalité des décisions se combine harmonieusement avec l'intérêt collectif que constitue une législation et des précédents suffisamment durables pour faciliter la coordination sociale. De même, décider comme si les individus avaient des droits n'équivaut pas à un pouvoir arbitraire. Sensible à la valeur pratique d'une image institutionnelle fiable, le pragmatiste l'est encore plus aux barrières juridictionnelles : quelle que soit la souplesse dont il fait preuve, un juge n'a tout simplement pas le pouvoir de se prononcer ni de se saisir de n'importe quelle question. Ainsi, le pouvoir judiciaire ne s'est

[681] DWORKIN Ronald, ED, p.173.
[682] DWORKIN Ronald, ED, p.170.
[683] DWORKIN Ronald, ED, p.172.

jamais penché sur les traités internationaux qui restent une prérogative du pouvoir législatif – et dans une moindre mesure, de l'exécutif.

Proposant une interprétation plausible de la pratique courante du droit, le pragmatisme peut-il en faire autant pour les cas difficiles? *A priori*, oui : un cas n'est difficile que pour les tenants d'une conception du droit selon laquelle une décision doit être justifiée par des précédents ou des règles. Libérée de ce présupposé encombrant, la perspective pragmatique s'en remettra au critère du bien collectif qui est le sien : il ne lui est pas nécessaire de faire appel à la distinction entre cas faciles et cas difficiles[684]. Si la description que le pragmatisme offre du droit est adéquate, les juges ne devraient pas éprouver le besoin de justifier leur décision par le passé. Il n'y aurait même pas lieu de faire appel à la stratégie du *comme si* puisqu'un cas difficile peut être aisément défini comme un cas sur lequel le droit ne s'est pas prononcé[685]. Les verdicts rendus lors de cas difficiles devraient faire directement référence aux profits envisagés. Puisque tel n'est pas le cas, il ne reste qu'à conclure que les juges, pour une raison mystérieuse, trompent les justiciables même lorsque ce n'est pas nécessaire[686].

En revanche, l'insistance pragmatique sur le critère juridictionnel pourrait dans une certaine mesure expliquer la référence aux droits : les juges utilisent le langage des droits et des précédents pour signaler l'origine institutionnelle des décisions[687]. Ceci étant, le pragmatisme assigne-t-il un but normatif adéquat à la pratique juridique? Étant donné les principes économiques sur lesquels repose le pragmatisme, la maximisation des richesses collectives se présente comme le but du droit. Le droit devrait être réglé de manière à ce que chaque ressource soit aux mains de ceux qui leur accordent la plus grande valeur, et les principes juridiques évalués à l'aune de ce critère.

En dépit de sa clarté de présentation, Dworkin doute de la valorisation de la richesse ainsi entendue. En fait, la mesure de la répartition de la richesse constitue au mieux un

[684] DWORKIN Ronald, ED, p.176.
[685] DWORKIN Ronald, ED, p.177.
[686] DWORKIN Ronald, ED, p.178.
[687] POSNER Richard A., Law, Pragmatism and Democracy, p.149.

indicateur, mais elle est incapable de prendre position sur la justice d'une distribution, ni *a fortiori*, d'en justifier la maximisation[688]. Il existe plusieurs manières d'appréhender le caractère normatif de la richesse, mais toutes ont pour point commun l'association abusive de l'augmentation de la richesse avec une valeur donnée – directe ou indirecte[689].

De deux choses l'une : soit la richesse constitue une fin collective en soi, soit elle est une fin collective instrumentale qui facilite l'actualisation d'autres buts collectifs[690]. La première alternative comporte une version forte, selon laquelle la richesse est la valeur fondamentale dont les autres sont dérivées, et une version faible, selon laquelle la richesse est une fin parmi d'autres. La seconde alternative fait de la richesse une valeur instrumentale parce que son augmentation provoque des progrès dans d'autres domaines jugés essentiels – progrès technologique, amélioration du sort des démunis, etc. –, fournit les matériaux nécessaires à la réalisation des objectifs collectifs, ou représente un objectif de substitution, c'est-à-dire un pis-aller que l'on peut corréler avec d'autres progrès plus difficiles à réaliser. Par exemple, en soi, la richesse ne cause pas le talent artistique et former un artiste est chose complexe – si tant est que l'on n'estime pas dès le départ que « formation » et « art » sont antinomiques –, néanmoins, l'augmentation de la richesse des musées est un objectif plus simple qui encourage la production artistique d'une société – en lui accordant notamment une plus grande visibilité[691].

La valorisation de la maximisation de la richesse collective pour elle-même, comme fin en soi, peut être relativement rapidement éliminée. En effet, à moins d'osciller entre une personnification de la collectivité telle qu'une plus grande richesse lui soit plus bénéfique que l'inverse et une valorisation des transferts en tant que tels, pourvu qu'ils s'effectuent en direction de quiconque consent à payer le coût le plus élevé, il est plus difficile de voir

[688] DWORKIN Ronald, QP, p.300.
[689] DWORKIN Ronald, QP, p.301.
[690] DWORKIN Ronald, QP, p.298.
[691] DWORKIN Ronald, QP, p.299.

pourquoi l'accroissement de la richesse collective correspond à un accroissement de la valeur[692].

Un contre argument consisterait à souligner le caractère intrinsèquement bon, du point de vue de l'individu, d'acquérir les ressources qu'il tient pour les plus précieuses. Toutefois, la maximisation des richesses reste aveugle aux hiérarchies normatives individuelles : une personne peut se voir empêchée d'acquérir un bien ou un droit tout simplement parce qu'autrui pourrait se le procurer à un plus haut prix, indépendamment de la valeur qu'il y attache. En fait, la maximisation des richesses incarne surtout un principe de minimisation des pertes qui, n'étant pas nécessaires, empêchent les ressources d'être « dirigées » vers celui qui leur attribue la plus grande valeur. Ces remarques vont dans le sens des thèses de Posner qui ne présume pas de la place de l'efficacité dans les systèmes de valeurs collectifs : celle-ci évalue avant tout les coûts et bénéfices associées aux autres valeurs[693].

La seconde compréhension, selon laquelle l'efficacité représente une valeur instrumentale, semble alors plus prometteuse. Quelle que soit la version de la relation instrumentale adoptée – source de progrès, outil ou objectif de substitution – celle-ci peut donner lieu à une théorie pragmatique plus ou moins contraignante. Dans sa version peu contraignante, le pragmatisme accepte que la maximisation provoque parfois des progrès dans d'autres domaines. Réciproquement, le juge n'est pas strictement tenu à un critère d'efficacité, surtout s'il estime qu'un autre critère satisferait mieux la réalisation du but recherché. Selon la version contraignante, la maximisation des richesses est le seul critère à la disposition d'un juge pragmatiste pour atteindre le ou les buts collectifs[694]. La position de Posner est à cet égard nuancée : d'une part, il soutient que l'efficacité est le principe opératoire qui régit le droit et, d'autre part, il précise qu'une économie du droit, en dépit de tous ses avantages, ne rend pas complètement compte des intuitions entretenues à l'endroit de

[692] DWORKIN Ronald, QP, p.301.
[693] POSNER Richard A., Economic Analysis of Law, p.25.
[694] DWORKIN Ronald, QP, p.310.

la justice[695]. Néanmoins, dans la mesure où la maximisation des richesses reste la ligne de force de l'ensemble de sa pensée – outre l'attitude anti-théorique –, on peut supposer qu'elle représente un critère contraignant du droit.

Posner associe un nombre important d'intuitions morales à l'efficacité, parmi lesquelles les libertés individuelles, l'honnêteté, la charité, et en général les vertus pragmatiques mentionnées plus haut[696]. À ce titre, par exemple, l'honnêteté contribue à réduire les coûts de transaction, les libertés individuelles encouragent l'échange volontaire puisqu'elles permettent l'acquisition et l'utilisation – donc un échange supplémentaire – des ressources. Toutefois, démontrer les conséquences pragmatiques des croyances morales partagées n'implique pas l'inverse : la recherche d'efficacité n'entraîne pas forcément une augmentation des libertés politiques, comme nombre d'économies en pleine croissance le démontrent. De plus, même si l'efficacité constituait le meilleur moyen pour développer certaines vertus, il resterait encore à en préciser la valeur propre[697].

Ces deux problèmes sont d'une acuité particulière en ce qui concerne les libertés individuelles. Intuitivement, une société acquise à l'efficacité doit assurer une combinaison substantielle de libertés individuelles pour assurer les transactions nécessaires au fonctionnement du marché. En revanche, la maximisation des richesses s'oppose à la préservation d'un droit inefficace, c'est-à-dire un droit dont le coût est supérieur au bénéfice. Il s'ensuit qu'elle ne peut se prononcer *a priori* sur la répartition des droits, dont l'efficacité doit être évaluée au cas par cas selon la valeur attribuée au droit par les parties en présence. Par exemple, dans le cadre d'un litige entre l'éditeur d'une revue de protection des consommateurs et un industriel qui vendrait des produits de qualité médiocre, la liberté d'expression revêt une plus grande importance pour le premier que pour le second. À ce titre, loin de préserver les droits, l'efficacité pragmatiste les indexe à leur valeur sur le marché.

[695] POSNER Richard A., Economic Analysis of Law, pp.27-28.
[696] POSNER Richard A., Economic Analysis of Law, p.264.
[697] DWORKIN Ronald, QP, p.313.

D'objectif recherché, l'importance de ces derniers varie selon l'efficacité qui leur est attribuée[698]. Le raisonnement devient au mieux circulaire : l'efficacité fait la promotion de droits dont l'importance est question d'efficacité.

Un reproche similaire s'applique aux cas des autres vertus, telle la charité ou l'honnêteté. Si l'on peut effectivement traduire ces deux notions en termes de réduction des coûts inutiles, il ne s'ensuit pas que l'inverse soit vrai. Il s'agit en fait d'un raisonnement comparable à celui de la fable des abeilles de Mandeville : Posner établit un lien entre l'intérêt bien compris et l'émergence du bien public[699]. Même en supposant que ce mécanisme se vérifie empiriquement, ce qui ne va pas de soi, il se heurte à une objection de principe : le caractère moral d'un geste dépend en grande partie de l'intention qui l'anime[700]. Rien, dans un système de maximisation de l'efficacité, ne tourne autour de l'intention des agents : il s'agit d'un système moralement neutre, en cela comparable au contractualisme intéressé. Là encore la pertinence des vertus de travail, d'honnêteté et de coopération est fonction de leur efficacité : si le bénéfice d'une escroquerie surpasse son coût – par exemple, une baisse de confiance à l'égard d'une profession - rien ne justifie que celui qui la pratique s'en abstienne. L'efficacité est l'instrument de vertus dont elle fixe la valeur, ce qui revient à être l'instrument de rien ou leur fondement – donc une fin en soi.

En règle générale, l'approche pragmatique doit sa souplesse à son caractère ponctuel, qu'elle transmet aux valeurs collectives dans le cadre d'une casuistique. Il est alors possible de se demander si cette démarche n'est pas l'antinomie de la notion même de croyance axiologique : l'importance accordée aux valeurs morales en tant que guide et motif de l'action, semble venir, au moins en partie, d'une certaine pérennité. Si la valeur dépend toujours du contexte, décrit en termes de coûts-bénéfices, en quoi se distingue-t-elle de la description?

[698] DWORKIN Ronald, QP, p.314.
[699] POSNER Richard A., Economic Analysis of Law, p.265.
[700] DWORKIN Ronald, QP, p.319.

En dépit de ces objections, le pragmatiste conserve le bénéfice du doute. En effet, ces dernières relèvent du procès d'intention : il n'a jamais été question de construire une géode normative, mais seulement de proposer un critère en fonction duquel résoudre des conflits de principes – qui y sont toujours donnés. Fermement ancré dans une conception sceptique de l'action, dont Posner dérive des théories complètes de la démocratie et du droit, le tenant du pragmatisme juridique est toujours en position de remettre le fardeau de la preuve à ses opposants. Il n'affirme pas l'existence de principes dont l'application réfute souvent la désirabilité et se contente de départager les conséquences; le reproche d'opportunisme normatif s'appuie, quant à lui, sur un manque de lucidité qui ne reconnaît pas le caractère extrêmement flou des « grandes idées » invoquées par les constitutions[701]. Il n'y a rien de déraisonnable à souhaiter leur donner un peu de consistance en en évaluant la faisabilité.

En outre, la sacralisation du passé vantée par le concept de droit comme déférence à l'endroit des décisions politiques antérieures gagnerait à être quelque peu démythifiée. L'histoire enseigne qu'à une époque le droit était d'origine divine et se condensait dans une seule personne; à une autre, il n'incluait que les personnes de sexe masculin et de peau claire, le reste jouissant du statut de ressource matérielle; aurait-il fallu conserver la priorité de ces règles? Si l'efficacité semble plus prosaïque, voire plus marchande que la cohérence recherchée pour elle-même, elle en évite pourtant nombre de dérives[702]. Même une justice conçue en termes d'efficacité cherchera à réduire les injustices; on ne peut en dire autant de l'idéal des attentes protégées.

Bref, quels que soient les travers identifiés au sein du pragmatisme juridique, force est d'admettre que ceux-ci n'importent que dans la mesure où ils procèdent d'une alternative. C'est là qu'intervient la conception du droit de Dworkin, le droit-intégrité.

[701] POSNER Richard A., Law, Pragmatism, and Democracy, p.358.
[702] DWORKIN Ronald, ED, p.181.

c. Le droit-intégrité

Toute théorie qui prétend relever le défi posé par le pragmatisme devra éviter le formalisme du conventionnalisme en proposant une conception substantielle du droit, sans que celle-ci ne glisse vers un idéalisme rapidement taxé d'utopique. Telle est l'ambition de l'intégrité dworkinienne. Parmi les valeurs politiques, l'intégrité gravite de concert avec l'équité, la justice et le principe de juste procès. Tandis que l'équité évalue les procédures qui régissent l'activité politique en général, plus particulièrement quant au choix des personnes qui occupent une fonction publique – l'élection des représentants, mais aussi l'accès égal aux postes de l'administration publique –, la justice porte sur le contenu ou sur le résultat des décisions prises par les institutions – indépendamment des procédures de nomination. Le principe de juste procès recouvre les méthodes employées pour déterminer si et dans quelle mesure un justiciable a enfreint une loi[703].

L'intégrité s'insère, en quelque sorte, entre la justice et l'équité. Il s'agit du principe analogue à l'intégrité personnelle, selon lequel un État ou une communauté politique devraient agir selon un système unique et cohérent de principes, indépendamment des dissensions au sujet de la justice et de l'équité[704]. Ce dernier point souligne un aspect important de l'intégrité, à savoir son statut de compromis normatif. Ainsi, dans une situation idéale, non seulement la définition de l'équité et de la justice n'est-elle pas controversée, mais les deux vertus sont en harmonie. Dans ce contexte, l'intégrité n'existe pas : les dirigeants équitablement désignés prendraient invariablement des décisions justifiables selon les plus hauts standards moraux. Dans les faits, la réalité est toute autre : justice et équité alimentent d'intenses débats – la réflexion philosophique en témoigne – et, concrètement, une institution équitable peut prendre des décisions injustes alors qu'une décision juste peut émaner d'une

[703] DWORKIN Ronald, ED, p.183.
[704] DWORKIN Ronald, ED, p.185.

institution inique[705]. L'ensemble du débat sur la légitimité du contrôle de constitutionnalité se déploie dans cet intervalle. Équité et justice entrent régulièrement en conflit; en ce sens l'intégrité représente l'idéal qui, primant sur les deux autres, résout le problème. Plus exactement, elle module les conceptions de l'équité et de la justice de façon à ce qu'elles soient reconnues comme des conceptions normatives en bonne et due forme en dépit de leur particularité et de leur imperfection – et non comme de simples prétextes variant au gré des circonstances.

Pour autant, l'intégrité se résume pas à un mécanisme d'optimisation, auquel cas elle constituerait une variante du pragmatisme. Coordonnée à l'équité, à la justice et au juste procès – dont elle pallie les limites conceptuelles et pratiques –, elle comporte ses contraintes propres. En premier lieu, l'équité intègre exige que le sens d'une loi soit déterminé par les principes politiques justifiant l'autorité législative – en l'occurrence, les principes d'indépendance, d'intérêt et de participation. En second lieu, la justice intègre postule que la totalité du droit reconnaisse les principes moraux qui justifient la substance des décisions du législateur – donc le principe d'importance égale et de responsabilité spéciale. Finalement, en troisième lieu, l'intégrité appliquée au principe de juste procès suppose que l'équilibre entre efficacité et exactitude de la procédure mesure pour chaque cas le poids du préjudice moral que représenterait un verdict erroné[706].

Cette première approximation de l'intégrité, prolongeant les principes de la démocratie partenariat et de l'individualisme éthique, développe l'argumentation de principe au sein du droit dont elle constitue l'objectif normatif. Par ailleurs, la transposition à la pratique juridique d'une qualité spontanément attribuée à un actant individuel s'insère dans la logique qui reconnaît en l'État un actant collectif[707].

[705] DWORKIN Ronald, ED, p.197.
[706] DWORKIN Ronald, ED, p.185.
[707] En fait, chronologiquement, la question de la personnification de la communauté de droit annonce celles de la communauté libérale et de la démocratie partenariat. DWORKIN Ronald, ED, pp.186-194.

Ainsi conçue, l'intégrité répond à une intuition ou plutôt à un malaise diffus qui survient lorsqu'un conflit de principes est, au nom de l'équité, résolu par un marchandage. Un peu comme si, pour clore le débat sur la prévention ou la punition de la délinquance juvénile, un gouvernement décidait de condamner à la prison ferme la moitié des contrevenants – par exemple, ceux dont les délits ont été commis de janvier à juin – tandis que l'autre moitié serait exclusivement prise en charge par des programmes de réinsertion sociale. Plus avéré, mais à peine moins exagéré, le compromis de 1820 des États de l'Union tolérant l'esclavage chez tout nouvel État au sud du 36^{e} parallèle de manière à maintenir l'équilibre entre abolitionnisme et esclavagisme dans une fédération qui proclame l'égalité de tous, cela dans le but d'en éviter l'éclatement[708]. À strictement parler, ce compromis ne contredit pas l'équité; c'est même le contraire, puisque toutes les positions en présence sont prises en compte – ne serait-ce que de façon arithmétique[709]. De même, la stratégie par compromis ne peut être *a priori* condamnée au nom de la justice puisque son résultat, même imparfait, limite l'injustice qu'est l'esclavage à la moitié des États tout en préservant l'Union de l'éclatement.

Les exemples mentionnés sont pourtant considérés comme des décisions politiques au mieux médiocres, et, la plupart du temps, déshonorantes pour la communauté politique qui les adopte et cela, pour une raison qui définit l'intégrité : lorsqu'un État promulgue des lois ou des politiques de compromis, il manie deux registres de valeurs qu'il active au gré des circonstances, sans égard pour les personnes concernées, non en tant que participants au processus décisionnel mais en tant qu'interlocuteurs[710]. En effet, si un gouvernement admet une combinaison de principes pour justifier certaines actions, mais doit avoir recours à un système distinct pour en justifier d'autres, il ne peut assurer la considération égale de tous ses citoyens puisqu'inévitablement, une décision justifiée par un système de valeurs flouera les individus qui bénéficient d'une décision justifiée par l'autre schème moral.

[708] Les exemples historiques sont nombreux et dépassent de loin le cadre de l'histoire constitutionnelle américaine. Ainsi, le code colonial de la République Française, la loi 178 sur l'affichage commercial au Québec, etc.
[709] DWORKIN Ronald, ED, p.198.
[710] DWORKIN Ronald, ED, p.204.

Les caractéristiques de l'intégrité se combinent pour définir deux principes plus pratiques, nommément, l'intégrité législative et sa contrepartie judiciaire. Selon le premier principe, les membres du corps législatif ont à créer des lois qui respectent la cohérence de principe de l'intégrité. L'intégrité dans la justice exige des juges, lorsqu'ils délibèrent au sujet de ce qu'est la loi et de son application, d'adopter la même recherche de cohérence de principe. De ce fait, un espace est ménagé pour la prise en compte des droits juridiques, telle que spécifiée par le concept du droit. De même, le droit est compris comme un tout et non comme une séquence de décisions ponctuelles[711].

Dans ce contexte, l'intégrité délibérative, pratiquée par les tribunaux, renvoie dos-à-dos conventionnalisme et pragmatisme : tandis que le premier insiste sur la primauté du passé que le second pallie par une ouverture vers l'avenir, l'intégrité les combine selon une interprétation de principe[712]. À ce titre, le droit n'est ni découvert à la façon d'un vestige archéologique, ni inventé comme peut l'être la dernière collection d'un couturier. La justification d'un verdict pose la question de son insertion à l'intérieur des principes de justice et d'équité, de l'individualisme éthique et de ceux de la démocratie partenariat, dont il doit découler. Par contraste avec le conventionnalisme et le pragmatisme juridique, la théorie du droit-intégrité se présente alors à la fois comme un concept interprétatif du droit, visant à l'exposer sous son meilleur jour, mais aussi comme interprétation du droit. En d'autres termes, une fois assignée la convention ou l'efficacité pragmatique comme objectif normatif du droit, le travail interprétatif du juge s'arrête là : la conception adoptée comporte son propre algorithme de résolution des cas – application syllogistique ou équilibre coûts-bénéfices – qui n'est pas interprétatif[713].

Cet aspect du droit-intégrité procède du trait distinctif de l'interprétation créative selon lequel l'interprète est aussi un auteur dont le rapport à l'histoire de sa pratique sociale est

[711] DWORKIN Ronald, ED, p.186.
[712] DWORKIN Ronald, ED, p.247.
[713] DWORKIN Ronald, ED, p.248.

dynamique. En effet, cette dernière n'est pas valorisée pour elle-même, selon son seul contenu explicite dont il s'agirait de tirer la plus grande cohérence. L'intégrité délibérative recherche une cohérence normative dans le droit actuel dont les énoncés explicites fournissent les indices ou les traces des principes qui les justifient. L'histoire n'a de poids que dans la mesure où l'on peut en tirer la justification d'un avenir moralement adéquat. Ceci suppose que la succession des événements historiques, au-delà des simples faits, a une signification dont on peut extraire les principes : ce qui est la tâche de l'interprète[714]. Il s'agit de l'aller et retour du jugement réfléchissant qui imagine une fin pour lire puis revenir à une réalité complexe qui justifiera la décision rendue[715].

Dworkin illustre le lien entre le passé et l'avenir par la métaphore du roman à la chaîne, comparant le travail du juge à celui d'un romancier qui participerait à la rédaction d'un roman à plusieurs mains. Chaque romancier écrit un chapitre qu'il transmettra à l'un des coauteurs, en vue de rédiger le meilleur roman possible. Chaque romancier exercera son jugement et apportera sa contribution à la continuité du récit. En amont, il lui faudra lire les chapitres précédents et en faire la synthèse de manière à construire une suite cohérente. En aval, son apport devra être le meilleur possible pour permettre à ceux qui lui succèderont de s'appuyer à leur tour sur son chapitre pour extraire le sens de l'œuvre accomplie. Ainsi, autant un chapitre qui ne fait que reproduire celui le précédant est inutile, autant celui qui n'invite à aucune suite est absurde. Respecter de telles contraintes, ce qui suppose le retour vers les chapitres précédents, est essentiel pour adopter un point de vue sur la progression du récit[716]. Réciproquement, la valeur du chapitre, son aptitude à porter le récit dépend de ce qu'en extrairont les interprètes[717].

Dans le cadre du droit-intégrité, le juge joue un rôle de critique-interprète-créateur analogue à celui des auteurs du roman à la chaîne. Il s'appuie sur les critères de compatibilité

[714] DWORKIN Ronald, ED, p.250.
[715] ALLARD Julie, Dworkin et Kant : réflexions sur le jugement, p.130.
[716] DWORKIN Ronald, ED, p.252.
[717] ALLARD Julie, Dworkin et Kant : réflexions sur le jugement, p.128.

et de mise en valeur de la doctrine existante[718]. La compatibilité manifeste la relation de l'intégrité à la cohérence : le juge doit proposer une explicitation globale de la doctrine qui admette la possibilité de son prolongement au cas à l'étude. Puisque les doctrines juridiques des États de droit sont riches, le juge-interprète percevra plusieurs interprétations compatibles – *a fortiori* s'il doit résoudre un cas difficile. C'est alors qu'intervient la mise en valeur, composante substantielle de l'intégrité, qui sélectionnera les différentes interprétations selon leur charge normative – en fait, en fonction de la morale politique[719]. Ainsi, par rapport à l'exemple du Club des Misanthropes, une interprétation pourrait suggérer le refus du candidat bruyant, puisque compatible avec la tradition d'intransigeance dans l'application des règles. Une autre pourrait l'autoriser à finaliser son inscription en vertu de la vocation première du club, à savoir fournir un havre de paix aux personnes dépourvues d'intérêt pour leurs congénères. Réfléchissant aux principes inscrits dans chaque interprétation, le secrétaire du club arriverait à la conclusion que la première promeut la stabilité de la principale qualité du club, le silence, et ne valorise ainsi qu'une modalité de fonctionnement. La seconde, faisant référence à sa raison d'être, soit accueillir ceux qui souhaitent se retirer de temps à autre de la vie en société, serait vue comme une justification plus fondamentale de l'existence du club.

L'intégrité entre alors de plein pied dans le registre normatif de l'interprétation créative, avec toute la polémique qui peut en découler. En effet, un autre arbitre aurait pu considérer la seconde interprétation comme un simple marchandage, qui joue avec la vertu essentielle du club dans le simple but d'augmenter le nombre d'inscriptions. Toutefois, comme nous l'avons vu au cours du second chapitre, la présence de polémiques n'autorise pas à conclure à l'indétermination des énoncés en concurrence, mais seulement à rappeler que la justification d'une décision est d'autant plus primordiale qu'elle peut être erronée[720]. Cette

[718] DWORKIN Ronald, ED, p.253.
[719] DWORKIN Ronald, ED, p.261.
[720] DWORKIN Ronald, ED, p.260.

remarque constitue d'abord un appel au discernement de l'interprète, non pas au scepticisme normatif.

En ce qui concerne le droit, les cas exemplaires sont complexes et n'autorisent pas une distinction aussi nette de la compatibilité et de la mise en valeur. Les deux activités sont reliées en plusieurs points selon une structure complexe d'interprétation qui demande, une fois de plus, l'intervention d'Hercule le juge surhumain. Imaginons qu'Hercule soit saisi du cas d'un individu placé en détention préventive à cause de la teneur de ses conversations au téléphone, lesquelles faisaient mention d'un attentat. Les propos incriminants ont été enregistrés par la police au moyen d'une mise sur écoute dépourvue d'un mandat délivré par un juge. Faut-il relâcher ou non le prévenu, et surtout, pourquoi? Plusieurs interprétations sont disponibles. Une personne ne peut être emprisonnée pour des actes projetés qu'elle n'a pas encore commis; à l'inverse, la détention préventive est autorisée lorsque la police a des motifs raisonnables de craindre une atteinte à la sécurité publique. De même, une mise sur écoute sans mandat pourrait être recevable en cour, mais uniquement si elle sert à appréhender le suspect en flagrant délit. Cette liste d'interprétations n'est pas exhaustive; néanmoins, chacune propose une justification potentielle du verdict rendu. Dans la mesure où il s'agit d'un cas difficile, procédant à la fois d'une modification de la législation et d'un contexte politique chargé, Hercule ne dispose pas de précédents clairs lui indiquant la décision à rendre. De surcroît, chaque interprétation propose un verdict différent : la libération immédiate du prévenu, son emprisonnement sans conditions ou sa libération pour vice de procédure.

Toutefois, d'autres juges doivent résoudre des cas apparentés touchant notamment la détention préventive, la mise sur écoute sans mandat ou l'utilisation de propos incriminants. Hercule peut ainsi se demander quelle interprétation justifierait de la manière la plus cohérente cet essaim de décisions[721]. Un premier survol éliminerait les interprétations qui

[721] DWORKIN Ronald, ED, p.264.

entrent en contradiction avec l'intégrité parce qu'elles confèrent un pouvoir discrétionnaire à la police, enfreignant alors la cohérence de principe. Un examen plus approfondi se révèle toutefois nécessaire pour départager les interprétations restantes. Quelle que soit l'interprétation rendue, Hercule doit dépasser l'horizon immédiat des décisions connexes pour remonter vers les précédents, à la recherche de verdicts qui infirmeraient l'une ou l'autre de ses interprétations[722]. Élargissant son périmètre d'interprétation par cercles concentriques, Hercule peut espérer éliminer les interprétations incompatibles avec la doctrine[723].

À nouveau, il importe de ne pas voir dans Hercule une description de l'activité des juges réels. Même s'ils procèdent par élargissement successifs, ils ne sauraient atteindre cette perspective globale garantissant que seule subsiste une interprétation. La pertinence de leur contribution n'en n'est pas diminuée pour autant. En effet, la capacité de synthèse d'Hercule ne le préservera pas de situations au sein desquelles le droit est contradictoire, c'est-à-dire, fournissant des précédents compatibles avec deux interprétations concurrentes. Dans le cas qui nous occupe, l'internement des citoyens américains d'origine japonaise durant la seconde guerre mondiale pourrait justifier la détention préventive, tandis que les décisions rendues par la Cour suprême qui ont précipité la fin du maccarthysme confirmeraient la primauté des garanties légales assurant un juste procès et du caractère anticonstitutionnel de la détention préventive et de la mise sur écoute sans mandat. Hercule ne saurait donc faire l'économie d'un jugement sur les principes de morale politique au cours de ses investigations. La faillibilité théorique du juge réel est en partie relativisée par l'inéluctabilité du jugement de principe qui fait sentir son poids avant l'atteinte d'une compatibilité absolue. Le jugement réfléchissant se déploie dans l'espace dégagé par l'incapacité de construire une conception intégrale du droit[724].

[722] DWORKIN Ronald, ED, p.268.
[723] DWORKIN Ronald, ED, p.273.
[724] ALLARD Julie, Dworkin et Kant : réflexions sur le jugement, p.61.

Le juge, herculéen ou non, devra trancher la question en partie en s'appuyant sur des méthodes formelles, telle la priorité locale – lorsqu'une décision contradictoire est ignorée parce qu'elle relève d'une autre partie de la législation – mais aussi sur les critères d'équité intègre et de justice intègre qui lui permettent de juger s'il y a lieu de prendre en compte la fragmentation du droit[725]. Ainsi, il pourrait considérer les pouvoirs d'enquête et le droit à un procès comme l'émanation du même droit à la sécurité, que le gouvernement mine en autorisant l'inculpation à partir d'informations irrecevables. Il serait plausible de répliquer en invoquant l'évidence du danger posé par les attentats terroristes, mais d'emblée, le débat exclut une stratégie de compromis qui présenterait les interprétations concurrentes comme deux éléments autonomes à équilibrer selon les circonstances.

En dernière analyse, Hercule devra se prononcer sur la finalité du droit pour rendre son verdict et choisir l'interprétation qui le présente sous son meilleur jour, c'est-à-dire, en ce qui a trait à la justice comme sollicitude, comme la prolongation des principes d'individualisme éthique. Le droit-intégrité procède donc par un ajustement successif de la compatibilité et de la justification : tout en reconnaissant la nature politique des propositions exprimées, il distingue d'une part l'exercice du droit de la prise de position partisanne et, d'autre part, donne sens au poids des décisions antérieures en regard de leur impact sur l'avenir du droit, le tout mesuré par l'intégrité.

d. Pourquoi obéir à la loi? La primauté de l'intégrité

À ce stade de la présentation, le droit-intégrité ne représente qu'une interprétation supplémentaire du droit; le défi lancé par le pragmatisme n'est pas encore relevé avec succès. Nous résumerons en indiquant que les deux théories procèdent d'une attitude, pragmatique pour l'une, interprétative pour l'autre, proposant chacune leur compréhension respective de la démocratie et articulant une théorie générale du droit. De surcroît, attribuer un statut

[725] Qui reste tout de même contraire à l'esprit de l'intégrité. DWORKIN Ronald, ED, p.275.

interprétatif au pragmatisme juridique ne joue pas forcément en faveur du droit-intégrité : en effet, une part importante des décisions de principe qui ont marqué l'histoire judiciaire américaine pourrait aussi bien être le fruit de l'intégrité que du calcul des coûts et bénéfices.

En dernière analyse, c'est la question de la légitimité du droit qui démarque le droit-intégrité du pragmatisme et du conventionnalisme. Pour l'énoncer directement, les objectifs normatifs du conventionnalisme et du pragmatisme ne sont pas en mesure de justifier l'obéissance au droit. À ce titre, l'attrait de leur conception du droit s'en trouve considérablement réduit dans ce qui, ultimement, constitue le problème le plus important du droit : non seulement ses traits distinctifs, mais sa prétention à orienter les comportements des personnes.

De plus, pour Dworkin, la légitimité du droit joue un rôle particulier puisqu'elle ajoute un volet supplémentaire à sa conception de la communauté libérale. On peut percevoir les conditions par lesquelles un système de droit est source légitime d'obligation morale comme la réponse du citoyen à la démocratie partenariat. Pourquoi, en tant qu'unité de jugement indépendante, devrait-il s'estimer lié à l'unité de responsabilité collective au point de se soumettre à ses règles[726]? Si, en tant qu'actant collectif, celle-ci prétend à une actualisation au moins partielle du principe de priorité – l'augmentation de son bien-être contribue aux biens-êtres individuels – son droit doit se montrer à la hauteur. En ce sens, les principes démocratiques de participation, d'intérêt et d'indépendance constituent les conditions nécessaires à l'instauration d'une communauté politique intégrée, mais le droit-intégrité en représente la condition suffisante. Ce sera donc sans surprise que l'on apprendra que Dworkin place sa compréhension de la légitimité du droit sur le terrain de la communauté.

Dans un premier temps, Dworkin analyse les arguments traditionnellement offerts pour justifier la légitimité du droit. Dans la mesure où ceux-ci recoupent significativement les positions exprimées dans la discussion sur l'articulation de l'éthique à la justice, nous en

ferons un rapide survol. L'argument le plus simple est celui dit de l'accord tacite. Le droit oblige les citoyens parce qu'ils consentent, du simple fait de ne pas émigrer à l'étranger, aux termes d'un contrat, hypothétique ou historique, qui les lie aux lois de leur État. C'est donc définir le consentement de telle manière qu'il soit nécessairement obtenu et implique forcément l'obligation[727].

Un autre argument consiste à dire, en autant que les institutions sont raisonnablement justes, que l'individu a un devoir d'adhésion qui implique notamment l'obéissance aux lois[728]. Toutefois la légitimité suppose un lien spécial entre les justiciables et un système de droit dont on doit pouvoir dire qu'il est le *leur*. Or, le devoir d'être juste impliquerait que chacun doit obéir à tous les codes de lois d'États passablement justes, donc, en ce qui nous concerne, non seulement au droit canadien, mais aussi français, américain, britannique, allemand, etc., et vraisemblablement au droit d'institutions supranationales, telle l'Union Européenne[729].

Enfin, une autre explication potentielle de la légitimité consiste à prescrire de « jouer le jeu » : dans la mesure où l'on retire quelque bénéfice de la communauté politique, il devient obligatoire d'en supporter les contraintes, en l'occurrence, ses lois[730]. Toutefois, ledit bénéfice pouvant être ni souhaité ni recherché, convient-il de l'appliquer à chacun? Si un poète déclame ses vers sur la place publique, les passants lui doivent-ils des droits d'auteur? En outre, comment mesurer ce bénéfice? La question du seuil définissant le bénéfice devient alors cruciale : s'il est trop élevé, une part plus ou moins importante de la population ne devra aucune allégeance au gouvernement. S'il est suffisamment bas pour s'étendre à tous, il se réduit au truisme selon lequel il vaut mieux une organisation sociopolitique qu'un état de nature[731].

---

[726] Il s'ensuit que la question de la légitimité ne se pose pas dans le cadre d'une communauté politique monolithique : de facto, celle-ci prévient son apparition. Réciproquement, il ne peut y avoir de légitimité que s'il existe un jugement autonome.
[727] DWORKIN Ronald, ED, p.213.
[728] Dworkin attribue ce raisonnement à la théorie de la justice de Rawls, DWORKIN Ronald, ED, p.214.
[729] DWORKIN Ronald, ED, p.214.
[730] On pourrait interpréter cette position comme le prolongement au droit de la stratégie contractualiste discontinue.
[731] DWORKIN Ronald, ED, p.216.

À toutes fins pratiques, ces différentes hypothèses doivent être éliminées parce qu'elles surestiment la relation entre l'obligation morale et le consentement : seul l'accord préalable – quelle qu'en soit la forme – peut générer un lien moral. Or, selon Dworkin, c'est ignorer un volet complet des obligations, à savoir celles alimtentées par des associations. De façon lapidaire, l'obligation associative consiste à attribuer ou à se reconnaître un certain nombre d'obligations en raison de l'appartenance à un groupe défini par une pratique sociale – la famille, la profession, les amis, etc[732]. Le contenu des obligations peut varier en étendue et intensité : ainsi, les devoirs envers un collègue sont plus restreints qu'envers les membres de la famille.

Quoiqu'il en soit, le trait caractéristique de l'obligation associative est sa relative indépendance du consentement volontaire ou du choix délibéré. En fait, il est plus exact de dire que l'association *attire* les obligations qui, plus souvent qu'autrement, sont constatées *a posteriori*. Qui plus est, les obligations reconnues comme parmi les plus intenses sont souvent le fait d'associations complètement involontaires, nommément, la famille[733]. Il ne s'agit pas d'affirmer une relation d'antériorité de l'obligation associative sur le choix – on peut choisir de renier certaines associations – mais d'en souligner la complexité, laquelle ne peut être adéquatement rendue par la seule prise en compte du choix.

Il y a ainsi lieu de se demander si les obligations associatives s'appliquent à la légitimité du droit ou si elles relèvent exclusivement du domaine des relations intimes. S'il est possible d'exhumer une structure générale de l'obligation associative qui définisse les conditions à remplir pour qu'il y ait association politique sans que celles-ci ne s'opposent aux autres types d'obligations – celles volontairement consenties – alors l'hypothèse n'en sera que plus plausible. Dworkin identifie cinq conditions d'obligations associatives.

La première est la *réciprocité*. Pour toute association, la réciprocité ne peut engendrer d'obligations que dans la mesure où tous ses membres se reconnaissent les mêmes

[732] DWORKIN Ronald, ED, p.217.

obligations : personne ne peut exiger plus de l'autre que de lui-même. Cela étant, la réciproque n'est pas vraie : ce n'est pas parce qu'une personne se donne une obligation qu'elle est en mesure de l'imposer à autrui[734].

La seconde est le caractère *spécial* des responsabilités dues. Leur signification est distincte parce qu'elle concerne en premier lieu les membres du groupe, par opposition à un principe universel qui s'applique indifféremment à tous. Dans le même ordre d'idées, les obligations associatives sont *personnelles*, c'est-à-dire qu'elles s'adressent à chaque membre du groupe, et non au groupe pris dans son ensemble[735]. Le contenu des obligations ne doit pas être présumé ou ramené à un principe de familiarité : il est possible d'avoir une obligation personnelle envers un complet inconnu, tel s'abstenir d'agresser *ce* passant particulier.

Enfin, chaque membre du groupe doit faire preuve d'*intérêt* pour le bien-être des autres, non en raison d'échange de bons procédés, mais sur la base de l'appartenance commune, un peu à la manière des différents membres d'une équipe de rameurs qui se soucient de leurs différents coéquipiers.

De surcroît, l'apparition d'obligations associatives dépend d'un principe de répartition : l'intérêt voué au bien-être d'autrui doit être *égal* pour tous. Cela n'exprime pas une exigence d'identité, mais plutôt un principe d'égale prise en compte, telle une armée qui, en dépit de sa structure hiérarchique, peut susciter l'apparition d'obligations associatives si ses règles concourent au bien-être de tous, indépendamment du grade[736]. En revanche, un système qui garantit sensiblement les mêmes conditions de vie à tous mais estime que, dans certains contextes, certains membres du groupe ont une valeur inférieure, ne peut se prévaloir d'obligations associatives. Un village médiéval composé de paysans libres et de serfs pourrait illustrer une telle situation.

---

[733] DWORKIN Ronald, ED, p.219.
[734] DWORKIN Ronald, ED, p.220.
[735] DWORKIN Ronald, ED, p.221.
[736] DWORKIN Ronald, ED, p.222.

Il importe de ne pas confondre les conditions d'émergence d'obligations associatives avec les conditions d'existence de groupes sociaux. Ainsi on distinguera les collectivités brutes qui remplissent ou non les conditions susmentionnées des vraies collectivités qui les remplissent effectivement. Si le second type de collectivité doit au préalable constituer le premier type, l'inverse n'est pas vrai. De plus, une véritable collectivité peut régresser vers une collectivité brute. Par ailleurs, les conditions d'émergence sont passablement diffuses et restent sujettes à interprétation, notamment selon l'ampleur de l'association envisagée. Nous pouvons ainsi reconnaître des obligations réciproques, spéciales et personnelles, manifestant un intérêt égal pour les membres de notre famille et des collègues de travail, sans que leur contenu soit pour autant identique. Réciproquement, quelles qu'en soient les modalités, la question de savoir si une pratique sociale remplit les conditions d'une authentique collectivité est aussi question d'interprétation. Il s'agit donc d'un schème d'interprétation de pratiques de groupe qui tolère un degré d'anonymat et d'extension supérieur à l'instauration de liens affectifs. En ce sens, les obligations associatives ne constituent pas un lien psychologique dont l'étendue se limiterait aux groupes dont le nombre est limité[737].

Si la relation établie entre la communauté libérale, le principe de priorité et les obligations associatives est fondée, nous pouvons postuler l'équation suivante : le bien-être d'un actant collectif, la communauté, n'a de priorité sur le bien-être de ses membres – au sens où le premier participe des seconds – que dans la mesure où il respecte les conditions d'émergence d'obligations associatives[738]. Ces dernières donnent consistance à ce qui, jusqu'à présent dans l'exposé de la justice comme sollicitude, restait de l'ordre de la possibilité formelle, à savoir une communauté libérale. À ce sujet, on remarquera un élément intéressant : la communauté libérale ne génère d'obligations envers ses décisions législatives qu'en fonction de critères de relations interindividuelles. En d'autres termes, le bien-être de la

[737] DWORKIN Ronald, ED, p.223. L'obligation associative se distingue ainsi des théories portant sur le développement psychologique des sentiments moraux qui expliquent l'apparition du souci pour autrui, telle l'adoption idéale de rôle de L.Kohlberg. Voir à ce sujet, GUIBET LAFAYE Caroline, La justice comme composante de la vie bonne, pp.46-50.
[738] DWORKIN Ronald, p.225.

communauté ne peut jamais légitimement avoir priorité sur le bien-être individuel en son nom propre et pour son seul bénéfice, mais toujours en vertu de la qualité des relations entre chacun de ses membres. C'est à la fois une défense contre les dérives homogénéisantes et une sévère limite imposée aux calculs agrégatifs de l'utilitarisme.

Quel modèle les pratiques politiques d'une collectivité doivent-elles viser pour satisfaire les conditions de légitimité du droit? Dworkin compare trois modèles de communautés politiques, nommément, la communauté *de facto*, la communauté du livre de règles et la communauté de principe. Comme son nom l'indique, la communauté *de facto* décrit une collectivité politique dont les membres considèrent leur pratique commune comme un accident de l'histoire. Ils partagent un espace commun, qui, pour des raisons historiquement contingentes, coïncide avec un ensemble d'institutions. On remarquera que les citoyens de la communauté *de facto* ne composent pas forcément une société d'égoïstes. Bien que spontanément ce premier modèle puisse être aisément réduit à un système de coordination motivé par l'intérêt bien compris, il se peut aussi qu'il concerne des individus qui se considèrent comme des citoyens du monde et voient avec suspicion les créatures froides et artificielles que sont les États[739].

Il n'est pas difficile de saisir pourquoi une telle communauté ne peut être source d'obligations associatives. Satisfaisant à peine la définition d'une communauté brute, ses membres ne peuvent même pas envisager de responsabilités réciproques : si leur coopération est intéressée, la réciprocité n'est pas un enjeu. À l'inverse, s'ils adhèrent à un système de valeurs altruiste, ils s'imposeront des obligations qu'ils ne reconnaissent pas à autrui[740]. Il est vrai que la réciprocité s'imposerait si toute l'humanité appliquait complètement le principe de

[739] DWORKIN Ronald, p.231. Une communauté composée de personnes qui appliquent à la lettre le principe de bienfaisance présenterait ces caractéristiques.
[740] DWORKIN Ronald, ED, p.233.

bienfaisance; toutefois, d'une part, il s'agirait d'une adhésion indifférente et, d'autre part, la question de la légitimité du droit ne se poserait plus[741].

La communauté du livre de règles est le pendant du conventionnalisme. Pour celle-ci, l'obligation politique des individus consiste à obéir aux règles édictées par la procédure officielle. Contrairement aux membres de la communauté *de facto*, les citoyens du livre de règles reconnaissent une obligation morale, en autant qu'elle ne s'adresse qu'au résultat de la procédure, les règles[742]. Réciproquement, chaque règle est perçue comme un accord ponctuel, validé par la démarche convenable, et non comme la manifestation de principes sous-jacents eux aussi source d'obligations. Les aspirations personnelles comme les conceptions de la justice font l'objet de négociations tranchées par la procédure. En ce sens, les règles sont souvent le résultat de compromis qui reflètent les avantages par chaque partie. De même, les contradictions entre différentes règles ne sont pas vues comme une incohérence du droit, mais comme différents produits de la même démarche de validation[743].

La communauté du livre de règles satisfait un plus grand nombre de conditions que son homologue factualiste. Dans la mesure où chaque règle officiellement promulguée s'applique à tous, il y a réciprocité. De plus, les règles ne concernent que les participants aux négociations car ils bénéficient tous des accords à l'origine des règles. Il y a donc relation spéciale entre les citoyens. Enfin, le critère d'individualisation est respecté puisque chaque règle s'adresse à la personne concernée. Toutefois, le modèle du livre de règles butte sur l'intérêt pour autrui. En effet, ne prenant en compte que la procédure pour évaluer les règles, il laisse chaque individu libre de tout faire en son pouvoir, avant l'édiction de la règle, pour défendre ses intérêts personnels. Autrement dit, lors de la négociation, rien n'incite les citoyens du livre de règles à s'intéresser à l'impact de la législation promue sur le sort

[741] Il importe de remarquer que nous n'affirmons pas qu'un monde dans lequel le respect universel du principe de bienfaisance ne serait pas souhaitable, mais simplement qu'une communauté de facto visant cet objectif n'est pas en mesure de générer des obligations morales pour ses règles.
[742] DWORKIN Ronald, ED, p.232.
[743] DWORKIN Ronald, ED, p.232.

d'autrui[744]. Ainsi, le président d'un groupe industriel pourrait utiliser son poids économique dans le but de favoriser une législation facilitant la délocalisation de ses entreprises sans se soucier de son impact sur le chômage. Il va sans dire que la procédure d'édiction des règles est incapable de se prononcer sur leur contenu. Dès lors, pourquoi une personne qui se retrouve du mauvais côté d'une loi ou d'un ensemble de lois serait de quelque manière que ce soit obligée de s'y conformer?

Dworkin défend le dernier modèle, le modèle de principes. Ce modèle procède d'une vision substantielle de la communauté politique selon laquelle le débat public n'est pas le théâtre des conflits d'intérêts mais celui de la recherche de principes communs portant notamment sur la justice et l'équité. Il va de soi que cette vision n'exclut pas le pluralisme des conceptions qui toutes se rejoignent pour instaurer une authentique collectivité politique qui dépasse les simples rapports de force[745]. À ce titre, les règles ne représentent que la partie visible de l'iceberg des droits et des devoirs de chacun à l'égard autrui et sont justifiées par les principes débattus au sein de la sphère publique. De ce point de vue, l'intégrité législative acquiert une grande importance pour l'instauration d'une communauté politique en tant que principe régulateur d'un débat public recherchant la cohérence de principe et non l'équilibre des compromis[746].

La communauté de principes génèrerait vraisemblablement et plus facilement d'authentiques obligations associatives que ses contreparties factuelles et textuelles. Comme la communauté du livre de règles, elle assure la réciprocité des obligations. De même, les responsabilités de chaque « citoyen de principe » sont fixées par l'accord politique qui caractérise sa collectivité. En revanche, la communauté de principes se distingue de la communauté du livre de règles en ce que les devoirs sont personnels : non par l'expression d'un point de vue subjectif, mais par leur authentique et constant. Comme l'énonce Dworkin,

[744] DWORKIN Ronald, ED, p.234.
[745] DWORKIN Ronald, ED, p.233
[746] DWORKIN Ronald, ED, p.233.

Personne ne peut en être exclu, nous sommes tous embarqués dans la politique, pour le meilleur et pour le pire, personne ne peut être sacrifié, comme les blessés sur le champ de bataille, à la croisade pour la justice globale.[747].

Cette phrase résume à elle seule la pensée de Dworkin sur ce que devrait être la politique : un environnement qui unit plutôt qu'il ne divise les membres d'une communauté – sans pour autant sombrer dans un angélisme naïf qui plaquerait cet idéal à la réalité. Le caractère personnel des obligations introduit l'intérêt pour autrui dès l'élaboration des règles et par la production législative qui en résulte. L'échappatoire selon laquelle l'intérêt pour l'autre n'intervient qu'une fois la loi promulguée n'est plus admissible. L'adhésion à l'intégrité législative implique une prise en compte de tous lors de l'élaboration de la loi et de l'évaluation de ses retombées – ce qui rejoint les principes régissant la démocratie partenariat. Enfin, chacun doit être traité en égal, selon une conception cohérente de ce que cela signifie[748]. Par cette conception de l'obligation légitime diamétralement opposée à l'autorité razienne comme suppression de la délibération, Dworkin s'insère décidément dans le sillage du rapport au pouvoir caractéristique de la Modernité, à savoir que tout dirigeant doit répondre de son pouvoir vis-à-vis des dirigés[749].

Or, chose déterminante pour notre propos, une communauté qui interprète son activité politique de cette manière n'a d'autre choix que d'adopter l'intégrité, comme mode de réflexion législative et de délibération juridique. En effet, l'intégrité est l'organe d'un débat public qui se perçoit comme la construction partagée d'un authentique schème principiel et vise le plein épanouissement d'une communauté potentiellement juste[750]. Il s'ensuit que le droit-intégrité, en tant qu'effort pour une unification normative du droit, incarne une pratique politique qui retrace la communauté de principes et peut ainsi prétendre générer une obligation envers son droit. Bref, un droit intègre est un droit légitime. De concert avec la démocratie partenariat, le droit-intégrité constitue le vecteur d'actualisation de la justice-

[747] DWORKIN Ronald, ED, p.235.
[748] DWORKIN Ronald, ED, p.235.
[749] Pour une exploration des volets politique, éducatif et sanitaire de cette logique, voir RENAUT Alain, La fin de l'autorité, 1ère éd., Paris : Flammarion, 2004. 266 p. ISBN 2082103307. p.19.

sollicitude entendue comme une communauté de personnes dont chaque responsabilité spéciale est également importante. L'intégrité donne la mesure d'une liberté qui, exprimée en droits – fondamentaux abstraits et institutionnels concrets – doit être également garantie pour tous, *une égale liberté en droit*.

C'est là que la justice comme sollicitude acquiert un avantage décisif sur le pragmatisme. En effet, ce dernier fait face à un dilemme dont les termes le conduisent à défendre une justification insatisfaisante de la légitimité du droit. Si l'on s'en tient à ses prémisses anti-théoriques et au relativisme moral professé par Posner, la pratique politique pragmatiste dépasse à peine la communauté brute pour constituer une collectivité *de facto*. De ce point de vue, la société civile est composée d'individus qui n'hésitent pas à faire cavalier seul dès que les circonstances le permettent, c'est-à-dire lorsqu'ils ne sont plus contraints par la force. De même, il est impossible de reprocher à un criminel son acte crapuleux, agresser un handicapé par exemple, dès lors que les circonstances l'y autorisent ou l'y poussent. Plus grave, un tel contexte permet-il encore de distinguer ce type d'exaction de la coercition d'État?

En revanche, si l'on accepte l'interprétation énoncée lors de la présentation de la démocratie pragmatique selon laquelle le pragmatisme repose sur un *ethos* précis[751], la théorie de la maximisation des bénéfices décrit le droit d'une communauté du livre de règles altérée. Altérée parce que tout en faisant de la politique le lieu des luttes de pouvoir et de compromis, ceux-ci n'ont pas pour catalyseur une procédure de validation des règles, mais une casuistique du bien commun. Le critère utilisé pour l'évaluer sanctionne ou non le contenu du livre de règles selon une perspective tournée vers l'avenir. Cela dit, comment réconcilier le relativisme normatif professé par les pragmatistes et l'attitude selon laquelle tout bois fait

[750] DWORKIN Ronald, ED, p.235.
[751] Notamment parce qu'une prise de position relativiste qui ne souhaite pas se contredire doit défendre une forme de scepticisme interne et donc reposer sur au moins une croyance axiologique substantielle.

flèche pourvu « qu'elle marche raisonnablement », qui suppose l'existence d'un critère normatif[752]?

Une remarque de Posner au sujet des dangers d'un activisme judiciaire alimenté des vapeurs formalistes pourrait nous éclairer. Gage de souplesse en droit constitutionnel, une pratique formaliste du contrôle de constitutionnalité serait néanmoins néfaste lorsque, interprétant les clauses floues de la constitution selon des préceptes invérifiables, elle empêcherait indûment les expériences sociales menées par les instances législatives[753]. Ainsi, en l'absence de vérité absolue – théorique et pratique – révélée par quelque prophète en toge selon une exégèse aussi forcenée que brumeuse, seules les expériences menées par une pluralité de sources sont en mesure de fournir les données – vérifiables, celles-là – sur lesquelles appuyer notre jugement[754]. L'expérimentation revêt ainsi une valeur propre, en tant que maillon dans une chaîne d'essais et d'erreurs. À ce titre, une décision pragmatique représente une expérience sociale en situation d'incertitude, conforme au relativisme moral, mais susceptible d'être évaluée selon sa capacité à fournir des informations[755].

Toutefois, si du point de vue de la méthode de résolution des cas difficiles la conception pragmatique de la décision judiciaire est intéressante, sa charge normative n'en est que plus problématique. En effet, comment peut-on légitimement exiger des sujets d'une expérience sociale une adhésion au droit et aux institutions judiciaires? À titre d'illustration, imaginons une cour suprême qui statue sur le caractère constitutionnel des lois interdisant l'avortement. Les principaux arguments présentés de part et d'autre du débat sur l'avortement sont, chez les tenants de sa criminalisation, l'outrage public envers ce qui représente un meurtre et, chez les partisans de sa légalisation, les contraintes socio-économiques imposées à

[752] POSNER Richard A., Law, Pragmatism and Democracy, p.59.
[753] POSNER Richard A., Law, Pragmatism and Democracy, p.121.
[754] Posner reprend à son compte l'épistémologie de J.Dewey selon laquelle la vérité est déterminée par l'imagination d'expériences visant l'adaptation du sujet à son environnement. POSNER Richard A., Law, Pragmatism and Democracy, p.122. Pour une introduction à la pensée de Dewey, voir WAHL Jean, Les philosophies pluralistes d'Angleterre et d'Amérique, 2e éd., Paris : Les Empêcheurs de penser en rond, 2005. 403 p. ISBN 2846711216.
[755] POSNER Richard A., Law, Pragmatism and Democracy, p.124.

la mère par une grossesse involontaire[756]. Imaginons que la cour se prononce en faveur de la criminalisation de l'avortement : comment pourrait-on envisager que l'ensemble des femmes dont le sort est ainsi mis en balance, le temps que l'expérience soit concluante, puissent devoir une quelconque forme d'obéissance à un droit qui les considère si peu? La décision inverse ne vaut pas mieux : « Ne disposant pas d'informations suffisantes, la Cour a décidé d'autoriser ce que vous percevez comme un infanticide, afin de laisser l'expérience suivre son cours et saisir en quoi le verdict s'adapte à la réalité de notre société contemporaine ».

Bien sûr, la justification de la décision ne prendrait pas une tournure aussi exagérément directe; toutefois, Posner est le premier à reconnaître que les références à la primauté du droit, l'égalité, la justice, l'équité et l'ensemble de la terminologie juridique sont aisément réductibles à un équilibre des conséquences[757]. Qu'un tel raisonnement, à défaut de son expression, soit à l'origine d'une décision judiciaire est donc plausible.

La même remarque peut être appliquée à l'acceptation schumpétérienne de la démocratie. Dans la mesure où cette dernière a pour principale fonction de permettre la concurrence d'élites dont les politiques représentent autant d'expériences menées dans le laboratoire qu'est l'État, pourquoi un citoyen qui se retrouve du mauvais côté de l'expérimentation, c'est-à-dire qui n'en retire aucun bénéfice, lui devrait-il une quelconque allégeance, si ce n'est dans le but d'assurer la pérennité d'un système de rapports de force? En dépit de la souplesse judiciaire promue, le pragmatisme semble défendre l'immobilisme dans le domaine où son impact est le plus fort, soit celui de la hiérarchie politique et non les habitudes de consommation de la population,. Nous ne pouvons nous empêcher de remarquer que dans le tableau pragmatiste, en dépit de l'appel au pluralisme des sources de connaissance et d'expérimentation – et de la critique sévère des prétentions monopolisatrices de la pensée académique – il n'existe qu'un seul véritable agent de changement ou d'adaptation : l'élite qui

[756] Nous reprenons un exemple cité par Posner, Law, Pragmatism and Democracy, p.125.
[757] POSNER Richard A., Law, Pragmatism, and Democracy, p.67.

dispose du pouvoir d'État. Bref, la loi oblige pour que l'État se perpétue. On pourrait certes y voir une preuve de lucidité; mais la lucidité n'a jamais entraîné l'obligation morale.

Monologue contre discussion : Habermas au sujet du droit-intégrité

Outre la critique du pragmatisme, la communauté de principe vers laquelle tend l'intégrité prolonge le débat entre Dworkin et Habermas dont le reproche de monologue prend toute son ampleur. À travers le prisme de la raison communicationnelle, Habermas souligne le repli du juge dworkinien sur lui-même qui, à renfort d'une idéation héroïque, Hercule, se complaît dans une réflexion qui le conduit au solipsisme[758]. De même, la communauté de principes demeure une personnification qui entretient sa réclusion volontaire dans le paradigme de la conscience : l'obligation associative dérivée de la communauté idéale devient l'occasion de l'universalisation de la subjectivité du juge, par l'intermédiaire de son verdict[759]. Or, dans le contexte de l'institution judiciaire, il n'est plus possible de considérer le juge comme un simple citoyen qui répond de ses convictions intimes à l'intérieur de la sphère publique, comme nous l'avons fait lors de l'exposé du modèle de défi. Son pouvoir est infiniment plus important puisque sa parole, même régulée par une idée, a force de loi.

La validation, par les principes de dignité humaine, du droit à l'égal respect et attention, serait alors illusoire puisqu'ils demeurent foncièrement *les produits de la réflexion intime du juge*. Le souci de chacun envers tous, présent dans le modèle de défi, s'efface devant le pouvoir décisionnel du juge qui devient d'autant plus important qu'il y a indétermination du droit[760]. Il y a quelque ironie à constater que la référence aux principes déployée pour critiquer l'esprit de compromis politique du pragmatisme contient les germes d'un problème similaire : est interprète celui qui, de sa seule capacité à énoncer un verdict ayant force de loi, présente son verdict comme le meilleur possible, au même titre qu'est pragmatique celui dont le pouvoir le rend à même de saisir la société civile comme un

[758] HABERMAS Jürgen, Droit et démocratie : Entre faits et normes, p.245.
[759] ALLARD Julie, Dworkin et Kant : réflexions sur le jugement, p.154.
[760] Ce qui, rappelons-le, est la raison pour laquelle les principes sont introduits dans le droit. Pour l'indétermination et le pouvoir du juge, voir HABERMAS Jürgen, Droit et démocratie : Entre faits et normes, p.246.

laboratoire. En raison de sa perspective interne, le participant devient d'autant plus suspect d'arbitraire qu'il en appelle aux principes moraux dont il sait être le seul interprète.

Afin d'éviter l'hypertrophie de la raison herculéenne, Habermas suggère la reconstruction des visées régulatrices du droit-intégrité selon la démarche argumentative du droit procédural qui intègrerait dans le même processus l'idéal de la meilleure interprétation possible et la prise en compte de la faillibilité propre au jugement individuel[761]. La procédure argumentative compléterait les arguments substantiels en faveur de telle ou telle décision par le biais des conditions de validité performatives enchâssées dans la discussion. Bref, le juge ne serait plus seul dans son esprit à essayer de convaincre un auditoire universel, mais serait confronté à d'autres perspectives – ne serait-ce que celles des parties impliquées dans le procès[762]. L'authentique cohérence de principe renvoie aux conditions pragmatiques de l'argumentation qui incluent déjà, en tant que condition du jugement d'application, les principes de dignité humaine[763]. Exagèrerait-on en disant que le droit procédural habermassien, détachant le juge de sa réflexion, comporte déjà dans sa pratique les valeurs que le droit-intégrité cherche à défendre?

La difficulté soulevée par Habermas au sujet du monologue du juge intègre réactive la critique de Raz à l'effet que Dworkin réduit le droit au jugement des magistrats dans le tribunal. Par contre, cette critique porte nettement plus loin puisque, tandis que Raz assimile la validité des normes juridiques à leur autorité – donc pour fermer d'autant plus le droit à la délibération –, Habermas articule ladite validité à l'ouverture du système juridique aux arguments provenant d'autres horizons[764]. À ce titre, substantiellement, l'intégrité se rapproche considérablement du pouvoir discrétionnaire que Dworkin souhaite expulser du droit, tandis que méthodologiquement, la trame du droit se défile jusqu'au texte constitutionnel.

[761] HABERMAS Jürgen, Droit et démocratie : Entre faits et normes, p.248.
[762] Qui, on le notera, ne se réduit pas forcément aux personnes présentes au tribunal, mais à l'ensemble des personnes concernées par la jurisprudence invoquée. Voir, ALLARD Julie, Dworkin et Kant : réflexions sur le jugement, p.157.
[763] HABERMAS Jürgen, Droit et démocratie : Entre faits et normes, p.253.

Mais, pour prendre une position provocatrice, n'est-ce pas ce que l'on attend du juge? Pour le dire plus finement, dans la confrontation entre la réflexion et la discussion, cette dernière est-elle en mesure de conserver l'autonomie du droit? De plus, le solipsisme du juge est-il aussi complet que ne le laisse entendre la critique du paradigme de la conscience?

Ainsi, dans le cadre du droit procédural habermassien, les exigences communicationnelles se déploient par les procédures régissant l'administration des preuves et des plaidoiries, lesquelles garantissent la prise en compte de tous les faits relatifs au dossier, et reconstituent la dynamique communicationnelle[765]. Or, dans ce contexte, l'impartialité du « juge procédural » repose, au moins en partie, sur son statut d'observateur des débats, forcément plus en retrait que celui d'un « juge intègre » qui construit sa propre justification de la doctrine. Dit autrement, si Dworkin appréhende la pratique juridique comme étant le droit des juges, Habermas la comprend comme le droit des avocats. Mais, tout en contraignant le juge dont la décision doit être adéquatement fondée sous peine de voir la discussion se prolonger par l'entremise d'un appel ou un renversement de sentence, il demeure que le droit procédural n'indique pas comment le jugement, comme conclusion des débats, est possible et justifié[766].

Habermas souligne en effet qu'au-delà des règles de procédure, le pouvoir adjudicatif des juges n'est plus réglementé. Doit-on y voir la résurgence du pouvoir discrétionnaire du positivisme juridique? Il est vrai qu'à l'encontre du positivisme, Habermas dément la conceptualisation du droit comme histoire restreinte d'énonciation des règles selon un *pedigree* unique. En revanche, les décisions rendues par le tribunal procédural semblent procéder d'un pouvoir discrétionnaire dès la procédure épuisée : au lieu de combler les vides juridiques, celui-ci s'insinuerait dans les limites de la procédure. Pour expliciter la distinction entre le juge et le législateur délégué, Habermas insiste sur la différence entre la discussion

[764] HABERMAS Jürgen, Droit et démocratie : Entre faits et normes, p.253.
[765] HABERMAS Jürgen, Droit et démocratie : Entre faits et normes, pp.258-259.
[766] Nous reprenons ici l'argument présenté par J.Allard. Par contre, les positions qui en sont tirées n'engagent que nous. ALLARD Julie, Dworkin et Kant : réflexions sur le jugement, p.159.

sur la fondation des normes et la discussion sur leur application, différence qui retrace la séparation du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire. Néanmoins, une part considérable de l'interprétation créative conteste précisément la possibilité d'une distinction nette des deux registres de discours et de réflexion. Cela signifie-t-il que le droit est le facteur du pouvoir discrétionnaire et de la procédure qui le contraint? La décision ne serait porteuse de légitimité que par dérivation, qui proviendrait des limites qui lui sont opposées.

D'où notre question à dessein provocatrice, à l'endroit de la décision délibérément monologique du juge, à partir de laquelle nous développons la réponse suivante : porté à l'échelle institutionnelle, le monologue induit par le jugement réfléchissant préserve tant le pouvoir législatif que le pouvoir judiciaire d'une interférence réciproque, sachant que la superposition des deux juridictions est inévitable. De surcroît, à l'échelle des cas particuliers, force est de constater que le monologue s'interrompt dès le rendu de la sentence pour s'exposer à son tour à l'évaluation des parties qui restent libres d'entamer la procédure d'appel. Dit autrement, si le stade interprétatif se trouve dans l'intimité du juge, le stade post-interprétatif, le verdict, ne se sédimente pas immédiatement dans le droit établi mais rejoint le débat public, dont il devient un argument – *a fortiori* s'il s'agit d'un cas difficile en droit constitutionnel. Il importe de ne pas négliger le caractère exemplaire du verdict à la fois tourné vers un auditoire idéal, lors de la délibération, et vers un auditoire réel : chaque sujet de droit.

À titre d'exemple, la décision de la Cour suprême du Canada de juin 2005 qui déclarait contraire au droit à la santé, donc anticonstitutionnelle, l'interdiction de recourir aux services d'une clinique médicale privée si le réseau hospitalier public n'est pas en mesure de fournir un accès aux services dans un délai raisonnable. Quoi que les partisans de part et d'autre du débat sur l'accès aux soins de santé aient pu tirer de ce verdict, force est de constater qu'il fait désormais partie de la discussion publique. En d'autres termes, même en admettant que l'arrêt Chaouli soit le pur produit d'un monologue, avec tout ce que cela peut

comporter en fait de faillibilité et d'arbitraire potentiel, il sert, en raison de son origine institutionnelle, de point focal vers lequel convergent les arguments et l'activité communicationnelle. En ce sens, le moment post-interprétatif s'ouvre à la discussion – tandis que la prétention à la validité d'Habermas suppose déjà la discussion.

Ce dernier point introduit deux considérations qui feront l'objet de la seconde partie. Il est de prime abord possible de s'interroger sur la distance entre la raison communicationnelle et la raison pratique à laquelle elle succèderait, non en termes d'histoire des idées, ce qui dépasse le cadre de ce travail, mais dans le registre conceptuel. Les prétentions à la validité inscrites dans la performance communicationnelle quotidienne peuvent-elles faire l'économie du moment réflexif qui s'achève dans un jugement[767]? Sans expliciter la relation de l'un à l'autre, une hypothèse est d'ores et déjà permise : le jugement serait point d'attraction de la discussion. En effet, il nous semble plausible de soutenir qu'un jugement, comme décision politique, puisse constituer la motivation autour de laquelle le débat se développerait, non uniquement en raison des prétentions à la validité des participants, mais de son caractère régulateur. Il y aurait alors un entrelacement de la force exécutoire et de la validité, l'une appelant l'autre. Dit autrement, on ne discute pas de ce que l'on juge insignifiant.

En revanche, les dernières remarques n'évacuent pas complètement le soupçon de solipsisme institutionnel dont la chaîne du droit fournirait l'illustration. Si le monologue du juge peut s'ouvrir à la discussion une fois le verdict rendu, en raison de sa faillibilité notamment, cette même faillibilité peut mener à l'émergence d'une pratique de l'intégrité, non plus comme cohérence vis-à-vis de l'auditoire à qui l'on s'adresse, mais comme préservation d'une pratique contre les aléas d'un contexte changeant. La justesse d'un jugement ne serait plus question de justice, mais de perpétuation de la pratique d'un juge à l'autre. Dans cette optique, l'idéal du droit comme toile sans couture équivaudrait à un repli

[767] HABERMAS Jürgen, Droit et démocratie : Entre faits et normes, p.23.

de la doctrine sur elle-même, et ce, en raison même de la référence aux principes, étant donnée la polysémie de l'intégrité.

Avant d'explorer plus profondément ces perspectives, il nous reste à examiner le dernier pan de la justice comme sollicitude, à savoir la figure matérielle de l'égale liberté : l'égalité de ressources.

CHAPITRE 4. DU DROIT À L'ÉGALITÉ

1. TROISIÈME FIGURE DE L'ÉGALE LIBERTÉ : L'ÉGALITÉ DE RESSOURCES

Pour les individus, les droits représentent des moyens par lesquels organiser leurs projets respectifs, déterminer quelle fin peut être poursuivie et quelles contraintes ou possibilités résultent de l'interaction avec autrui ou avec les institutions. L'intégrité établit la mesure d'équivalence qui garantit à tous et chacun les mêmes droits. L'État parle alors d'une seule voix, celle de l'égale liberté. Or, force est de constater que les circonstances matérielles altèrent le message de l'État envers ses citoyens.

En effet, les plus démunis d'une société ne sont pas en mesure d'entendre cette voix qui s'adresse à tous : il n'est pas difficile de concevoir qu'un mendiant éprouvera plus de difficultés à faire valoir ses droits que celui qui est en mesure d'embaucher le meilleur cabinet d'avocats. Dépourvu de recours, celui qui se retrouve à l'écart de l'intégration par le droit et par les instances judiciaires ne peut qu'en appeler aux droits fondamentaux dont l'abstraction ne lui est guère utile[768].

En outre, les inégalités matérielles et leur impact sur les capacités d'action de l'agent interpellent l'État qui doit alors justifier en quoi chacun est traité en égal, en quoi il fait preuve d'intégrité, malgré les disparités de fortune[769]. En définitive, une part considérable de l'idée de richesse dépend des lois qui en régissent la circulation et la répartition[770]. Si la distinction générale entre propriété publique et propriété privée vient à l'esprit, l'ensemble des règles de validation d'un contrat, des actes notariés, le droit des successions, les recours en

[768] Par opposition aux droit institutionnels concrets débattus dans les tribunaux.

nuisance, etc., jouent un rôle non moins déterminant. Dès lors, comment ignorer que les circonstances matérielles constituent de plein droit – c'est le cas de le dire – les paramètres normatifs d'une vie? Bref, les exigences matérielles auxquelles chacun est confronté menacent de provoquer une faille qui, remontant jusqu'aux principes de dignité humaine, saperait la légitimité d'un État dont le principe égalitaire abstrait constitue l'obligation première[771].

La définition d'un principe de justice distributive qui répondrait à cette exigence s'expose immédiatement aux difficultés liées à la conceptualisation du phénomène. Même en réduisant la notion de ressource matérielle au strict nécessaire à la survie, une alimentation régulière, de quoi se vêtir et avoir un toit, la complexité de la dynamique qui mène à la perte de l'une de ces ressources est proportionnelle à celle de la société. Ainsi, les cas de pauvreté extrême au sein des sociétés occidentales ne sont plus clairement associés à un profil socioprofessionnel unique, par exemple, les prolétaires, rendant leur rectification d'autant plus difficile : la paupérisation, la précarité et l'écart entre riches et pauvres existent toujours, se développent même, mais sous une forme diffuse et multiple. Il y a désormais lieu de parler non plus de *la* pauvreté mais *des* pauvretés[772]. Il n'est plus sérieusement envisageable d'expliquer les inégalités matérielles par une chaîne causale composée des seuls faits et gestes de l'individu concerné, si cela a jamais été possible.

Sur cette toile de fond factuelle se détache la question normative de l'objet de l'égalité, c'est-à-dire ce que l'on doit chercher à égaliser. À dire vrai, il ne s'agit pas tant du choix d'un critère que de compatibilité des modalités insérées à l'intérieur d'une conception complexe de la justice comme égale liberté. En effet, pour rappeler notre hypothèse de

---

[769] DWORKIN Ronald, SV, p.2.
[770] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice » in Dworkin : un débat, p.93.
[771] Le principe commun à l'ensemble des théories politiques normatives contemporaines selon lequel tout gouvernement doit traiter chacun en égal. Les différences enregistrées d'une conception à l'autre résulteraient des interprétations respectives de ce principe abstrait. DWORKIN Ronald, SV, p.128. Le succès remporté par cette hypothèse a mené à la formulation non moins célèbre par Amartya Sen de la question des objets de l'égalité : « Égalité de quoi? », voir SEN Amartya, Inequality reexamined, chap.1. Voir aussi DWORKIN Ronald, DPH, p.93.
[772] Voir à ce sujet, DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice » in Dworkin : un débat, pp.19-20. Voir aussi, DESCHAVANNE Éric et TAVOILLOT Pierre-Henri, Philosophie des âges de la vie, Pourquoi grandir, Pourquoi vieillir? 2e éd., Paris : Hachette Littératures, 2008. 540 p. Pluriel. ISBN 9782012794009. p.442. Les travaux des disciplines connexes telle la sociologie ou l'économie sont bien entendu d'un apport inestimable, par

lecture, la justice comme sollicitude est composée de rapports d'équivalence qui donnent forme et substance à l'égale liberté[773].

a. Égalité de quoi? De la concurrence des objets

En tant qu'interprétation du traitement de chacun en égal, l'égalité ne se présente donc pas comme la simple attribution de propriétés similaires à un ensemble donné de phénomènes ou d'agents – par exemple, deux objets de masse égale. Au contraire, son attrait est normatif en ce qu'il provient de l'identification d'un élément dont on estime qu'il *devrait* être identique[774]. À moins d'attribuer une valeur intrinsèque à l'homogénéité intégrale de l'ensemble du genre humain, les conceptions de l'égalité normative supposent une sélection des paramètres moralement pertinents qui devraient prolonger les principes de dignité humaine.

Lesdits paramètres constituent le premier palier des polémiques entretenues au sujet de la justice distributive. En effet, étant donné la diversité des rapports sous lesquels il est possible de penser l'égalité, le choix d'un objet s'effectue souvent au détriment d'un autre. Il y a relative *concurrence* entre les objets de l'égalité : ainsi, l'égalité stricte de revenus suscitera des inégalités à d'autres égards – par exemple, quant à la récompense de l'effort[775].

b. Un objet particulier : compatibilité des modalités de la liberté

La liberté figure parmi les paramètres moralement pertinents de l'égalité. Toutefois, elle aussi est susceptible d'une interprétation normative qui spécifie les espaces à l'intérieur

---

exemple, BOURDIEU Pierre, dir., avec les contributions de ACCARDO Alain, et al., La misère du monde, 1ère éd., Paris : Éditions du Seuil, 1993. 947 p. Libre examen. ISBN 2020196743.

[773] Il importe de ne pas voir dans cette remarque une assimilation aussi peu plausible qu'inexistante de la conception de la justice de Dworkin avec la théorie de l'égalité complexe de Michael Walzer. L'égalité complexe walzerienne postule l'existence de biens dont la conception et la création déterminent leurs critères de distribution à partir des significations qui leurs sont attachées. Il existe donc autant de critères de distribution que de types de biens; la justice consiste à empêcher la prédominance d'une sphère – le type de bien et son critère – sur les autres sphères. Ainsi, la traite humaine est injuste parce qu'elle applique un critère de distribution commercial à ce qui ne peut être considéré comme une marchandise, dans le cas précis, un être humain. Par contraste, la complexité de la conception de la justice à laquelle nous faisons référence désigne les différentes modalités du même critère de justice, nommément, l'égale liberté. À ce titre, la justice comme sollicitude reste représentative des conceptions simples du juste critiquées par Walzer qui proposent un critère de distribution unique. WALZER Michael, Sphères de justice : une défense du pluralisme et de l'égalité, traduit de l'américain par Pascal Engel, 1ère éd., Paris : Éditions du Seuil, 1997. 475 p. La couleur des idées. Traduction de : Spheres of justices : a defense of pluralism and equality. ISBN 2020153769.

[774] DWORKIN Ronald, SV, p.126.

[775] DWORKIN Ronald, SV, p.11. Voir aussi, SEN Amartya, Inequality reexamined, p.21.

desquels l'absence d'interférence est source de valeur[776]. Il s'ensuit que l'idée de liberté recouvre plusieurs sens : indépendance, autonomie, absence de domination, création ou droit. À ce titre, la liberté constitue un *objet particulier* de l'égalité qui en multiplie les objets. En d'autres termes, si à la question « égalité de quoi? » l'on répond « égalité de liberté », il reste encore à préciser « égalité de liberté comme quoi? ». Là s'insère le problème de la *compatibilité* car les différentes significations de la liberté peuvent introduire une contradiction à l'intérieur de la même conception de l'égalité.

Liberté d'acte, liberté de fin et liberté de moyens

Lorsqu'interprétée en relation aux actions posées par l'individu, la liberté fait référence à trois modalités, à savoir l'acte envisagé par l'agent, le but poursuivi et les moyens appropriés pour l'atteindre. À cette structure correspondent la liberté d'acte, la liberté de moyens et la liberté de fin[777]. En tant que moyen d'action, les ressources matérielles constituent une modalité de la liberté. Ainsi, il sera plus facile pour un éditorialiste d'exprimer ses opinions politiques s'il est le propriétaire d'un journal à grand tirage que s'il dispose pour seule tribune de la force de ses cordes vocales et de l'écho d'une station de métro. La liberté de moyens ne se réduit cependant pas aux ressources matérielles, qui constituent des moyens impersonnels, mais elle inclut également les aptitudes naturelles et les ressources personnelles naturelles de l'agent.

Apparaît alors un contraste marqué entre l'égale liberté en droit et les enjeux soulevés par les inégalités matérielles. Dans la perspective de l'intégrité, les droits représentent une ressource qui peut être répartie à satiété[778]. En effet, en tant qu'autorisation à poser tel ou tel acte, précis ou général, sans présumer de la réalisation du but qui le suscite ni des moyens que cela suppose, l'attribution d'un droit à l'un n'implique pas la diminution des droits de l'autre.

[776] DWORKIN Ronald, SV, p.125.
[777] Nous reprenons ici l'analyse de la liberté en relation avec l'action proposée par Serge-Christophe KOLM in Modern Theories of Justice, pp.48-49.
[778] KOLM Serge-Christophe, Modern Theories of Justice, pp.34-35 et p.89.

Même lors de la résolution d'un litige, la décision rendue identifie un droit dont tous bénéficient – y compris la partie perdante. De même, la proclamation d'un droit, par exemple, la liberté de conscience, n'entraîne pas *a priori* la réduction de la liberté d'expression[779]. Il s'ensuit que l'égale liberté en droit est universelle. Par ailleurs, il est possible d'objecter, ainsi que Marx l'a souligné, que c'est précisément cette répartition à satiété qui fait des droits-libertés une égale liberté strictement formelle.

Cela étant, l'exercice des droits évoqués, à défaut de leur reconnaissance, peut instaurer un contexte de concurrence ou de rivalité, et ce, particulièrement lorsqu'il suppose l'utilisation de moyens impersonnels. Or, contrairement aux droits, les ressources matérielles sont rares, dans le sens où elles sont en quantité insuffisante pour satisfaire en permanence toutes les préférences[780]. Même dans un système économique particulièrement prospère, l'acquisition d'un bien par quelqu'un en prive les autres[781]. La distribution des biens devient un enjeu de la justice qui doit arbitrer la concurrence à leur endroit. Selon le type de moyen concerné, l'égale liberté en ressources impersonnelles pourrait provoquer la réduction de l'égale liberté d'acte, certains biens ne pouvant être acquis, ou de l'égale liberté de fin en redistribuant une partie de ce qui est produit ou consommé. La question porte donc sur l'identification d'une conception de la liberté de moyenss qui, au mieux, est en harmonie avec la liberté d'acte – quand l'une augmente, l'autre aussi – sinon, bien qu'étant en rivalité avec liberté d'acte ou de fin peut en justifier les réductions, par exemple, en vue d'une liberté réelle.

Liberté de moyen et limitation de l'État

Qui plus est, la répartition par les instances publiques de ce qui se présente comme les moyens de la liberté d'acte reste toujours suspecte d'une irréversible dissolution du principe

[779] Ce qui, soit dit en passant, participe de l'indétermination de la liberté.
[780] KOLM Serge-Christophe, Modern Theories of Justice, p.3

d'autolimitation de l'État caractéristique de la pensée libérale[782]. En effet, au cœur de la résolution du problème de la justice politique – à qui doit revenir le pouvoir? – sont combinés les deux principes de la démocratie constitutionnelle, soit les principes de représentation et de limitation du pouvoir, qui consacrent la distinction entre État et société civile[783]. Or l'administration d'une politique systématique de redistribution des ressources impersonnelles semble ouvrir la porte à une ingestion de la société civile par l'administration publique. Sur fond de la problématique de la liberté d'acte et de la liberté de moyens se détachent alors deux paradigmes juridiques concurrentiels, à savoir l'État libéral formel organisé autour des droits moraux qui limitent son action et définissent un système de coexistence de droits privés et l'État providence qui régule les rapports socio-économiques en s'immisçant dans la société civile par le biais de mesures de redistribution ou de discrimination positive[784].

La différence entre le problème de la concurrence et celui de la compatibilité est en quelque sorte similaire à la distinction proposée par Gerald A. Cohen entre objection égalitaire et objection non-égalitaire[785]. Alors qu'une objection égalitaire repose sur une conception différente du *distribuendum* adéquat, quelle que soit l'intensité ou le niveau de rigueur de la variable évoquée, l'objection non-égalitaire mobilise une autre valeur, en ce qui nous concerne la liberté, dont l'importance normative résiste ou s'oppose à la conception de l'égalité proposée. En revanche, nous nous distinguons de la perspective de Cohen sur les deux points suivants.

D'abord, il convient de prendre en compte que le problème de la compatibilité tel que nous le posons concerne en premier lieu les théories libérales de la justice. Ainsi, une conception de la justice qui adopte pour objet du principe égalitaire abstrait autre chose que la liberté n'a pas à s'interroger sur les éventuelles contradictions de la liberté d'acte, de moyens

[781] Ce qui ne signifie pas pour autant que l'échange d'une ressource contre une autre ne puisse satisfaire les partenaires concernés, simplement qu'aucun des deux ne peut conserver ce qui est convoité par l'autre. La rareté envisagée est une mesure relative, pas absolue des ressources matérielles.
[782] RENAUT Alain, Qu'est-ce qu'un peuple libre? Libéralisme ou républicanisme, pp.190-191.
[783] RENAUT Alain, Qu'est-ce qu'un peuple libre? Libéralisme ou républicanisme, p.183.
[784] Rivalité identifiée notamment par EWALD François, L'État providence, 1ère éd., Paris : Éditions Grasset et Fasquelle, 1986. 608 p. ISBN 2246307317 et HABERMAS Jürgen, Droit et démocratie : Entre faits et normes, pp.429-437.

et de fin celle-ci étant instrumentale ou dérivée – *a fortiori* une conception de la justice sans principe égalitaire abstrait. De surcroît, l'articulation axiologique privilégiée par la justice comme sollicitude, la justification par abduction, impose une contrainte supplémentaire, propre au libéralisme de Dworkin : la liberté d'acte doit être le reflet de la liberté de moyens. Il n'est donc pas possible d'établir une hiérarchie entre les principes régulant les différentes figures de la liberté à la manière de la priorité lexicographique de Rawls ou de la polyarchie axiologique préconisée par Kolm[786]. Exigence supplémentaire mais aussi critère de sélection qui joue un rôle important dans la justification de la variable mesurant la liberté de moyens : si l'on peut proposer une conception de la liberté de moyens en harmonie avec l'égalité en droit qui ne soit pas une tautologie, celle-ci bénéficiera d'une plus grande légitimité qu'une conception de la liberté de moyens dérivée ou instrumentale.

2. UNE SEULE ÉGALE LIBERTÉ : L'ÉGALITÉ EN DROIT

L'entreprise de Dworkin se heurte d'emblée à deux conceptions de la justice selon lesquelles la prise en compte des circonstances matérielles ne peut faire l'objet d'une articulation de principes sans encourir un lourd tribut. La première nie le lien conceptuel entre droits et distribution des ressources matérielles : si la liberté est parfois un moyen, l'égale liberté de moyens n'existe pas. La seconde estime que toute redistribution des ressources matérielles porte atteinte à un élément essentiel de la dignité humaine, soit la pleine propriété des facultés personnelles et de leurs produits. Les deux redoutent une extension sans bornes du pouvoir d'État sur les individus. Il s'agit, respectivement, du pluralisme axiologique d'Isaiah Berlin et du libertarisme dont les plus célèbres représentants sont Robert Nozick et Friedrich August von Hayek. Concevant l'égale liberté en droit comme la seule interprétation légitime du principe égalitaire abstrait, on peut dire, à la suite de Philippe Van Parijs, que ces

[785] Traduction libre de « egalitarian objection » et « nonegalitarian objection ». COHEN Gerald A., « On the currency of Egalitarian Justice », Ethics, The University of Chicago Press, Journals Division. 1989, vol. 99, p.909.

[786] Ainsi, chez Rawls, le principe de l'égale liberté en acte jouit d'une antériorité lexicographique sur celui portant sur la répartition des biens matériels ce qui signifie que l'application du second ne peut porter atteinte au premier; voir RAWLS John, Théorie de la justice, p.92. La polyarchie morale de Kolm préconise la spécification de principes généraux par des principes plus particuliers, dont on estime qu'ils sont plus appropriés à la situation

deux théories lancent un véritable défi à toute conception libérale de la justice qui souhaiterait justifier une matérialisation du droit[787].

a. Isaiah Berlin et le conflit des valeurs

Tâche délicate, qui attend celui qui souhaiterait construire une théorie unifiée de la justice selon les canons de l'interprétation créative. Tâche impossible, à la fois illusoire et dangereuse, a prévenu l'un des esprits les plus marquants du libéralisme contemporain, car elle accole l'étiquette de la liberté à des notions et à des valeurs non seulement distinctes mais rivales. Ainsi, d'après Isaiah Berlin, ce que l'on désigne sous les expressions de liberté de moyens, liberté économique ou liberté sociale constitue un jeu de mots qui confond la véritable liberté avec ce qu'elle n'est pas, nommément, l'égalité matérielle[788]. Même bien intentionnée, cette confusion devient l'occasion de toutes les dérives lorsque ses partisans, tout à l'entreprise de justice qu'ils se sont assignée, deviennent oublieux de sa raison d'être et empiètent allègrement sur la liberté qu'ils cherchent à réaliser.

Liberté négative et liberté positive

Dans « Two Concepts of Liberty », Berlin distingue les libertés qualifiées de négative et positive[789]. Celles-ci ont pour propriété première d'offrir chacune une réponse au problème de la coercition légitime[790]. Tandis que la liberté négative associée au libéralisme classique de Locke, Mill, Bentham et Tocqueville l'appréhende sous l'angle des limites auxquelles l'action individuelle est soumise, la liberté positive rattachée plus communément à Rousseau, Platon et aux stoïciens interroge l'origine de la contrainte[791]. Ainsi, la plus grande liberté négative

envisagés. De ce point de vue, le principe de répartition des ressources matérielles peut être compris comme palliant les effets indésirables de l'application de l'égalité en droit.

[787] VAN PARIJS Philippe, Qu'est-ce qu'une société juste? Introduction à la pratique de la philosophie politique, p.119.

[788] BERLIN Isaiah, Liberty, p.45.

[789] BERLIN Isaiah, « Two Concepts of Liberty » in Liberty, 1ère éd., Henry Hardy éd., avec un essai sur Berlin et ses critiques par Ian Harris, Oxford : Oxford University Press, 2002. xxxiv, 382 p. ISBN 9780199249893. pp.166-217.

[790] BERLIN Isaiah, « Two Concepts of Liberty » in Liberty, p.168.

[791] I.Berlin place aussi Kant dans les rangs des partisans de la liberté positive. Toutefois, cette association nous semble contestable : s'il est vrai que Kant articule sa philosophie pratique autour de l'autonomie de la raison, sa conception du droit comme devant maximiser le libre arbitre de chacun nous apparaît clairement relever d'une conception négative de la liberté. De surcroît, la scission entre doctrine du droit et doctrine de la vertu confirme cette hypothèse. Voir, BERLIN Isaiah, Liberty, 1ère éd., Henry Hardy éd., avec un essai sur Berlin et ses critiques par Ian Harris, Oxford : Oxford

équivaut à l'absence d'entraves ou d'interférences. Réciproquement, la liberté positive mesure l'autonomie du sujet, c'est-à-dire, sa capacité à se donner sa propre loi. On reconnaîtra dans cette opposition la liberté constitutionnelle de la démocratie partenariat et celle de la souveraineté du peuple. À travers ces concepts de la liberté, Berlin met ses lecteurs en garde contre les dérives de la liberté positive et, de façon plus générale, contre la tentation de fusionner les différentes valeurs qui constituent notre environnement politique dans un tout harmonieux qui sous-estime la réalité des pratiques sociales et de la condition humaine.

La modalité négative de la liberté est celle qui nous intéresse dans l'immédiat, puisqe c'est elle que reconnaît le droit-intégrité[792]. Selon Berlin, elle se définit exclusivement comme l'absence de coercition directe et délibérée de la part d'autrui et non selon une évaluation des capacités d'action de l'individu : tant qu'elle ne résulte pas de l'interférence d'autrui, l'impuissance ne constitue pas une perte de liberté[793]. Ainsi, qu'une personne affligée du syndrome de Gilles de la Tourette ne puisse s'inscrire au Club des Misanthropes, faute de pouvoir en respecter le règlement, ne constitue pas une atteinte à sa liberté. La confusion entre la liberté et ses moyens résulte de l'inquiétude légitime, mais néanmoins inexacte, selon laquelle s'il y a égalité en droit, mais que certains sont plus en mesure d'en profiter que d'autres, c'est que d'une manière ou d'une autre les premiers exercent une forme de coercition qui prive les seconds de leur liberté[794].

Ce souci légitime se transforme en raisonnement fallacieux lorsque, de la répartition inégale des moyens, est déduite l'existence d'un état de fait ou d'un arrangement social dont le caractère délibéré constitue un exemple de coercition. Ainsi en serait-il par exemple, si les fondateurs du Club des Misanthropes avaient édicté leur règlement dans le but de porter atteinte à la liberté d'association des individus souffrant du syndrome de Gilles de la Tourette. Or, ce type de coercition ne peut être que présupposé : en fait, il revient à attribuer une finalité

University Press, 2002. xxxiv, 382 p. ISBN 9780199249893. pp.17-18. KANT Emmanuel, Métaphysique des mœurs II, Doctrine du droit, Doctrine de la vertu, traduction, présentation, bibliographie et chronologie par Alain Renaut, 1ére éd., Paris : Flammarion, 1994. 411 p. GF Flammarion. ISBN 2080707167. pp.17-18.

[792] Voir par exemple, DWORKIN Ronald, PDS, p. 383.

à un ensemble social provoquant une inflation de la notion de liberté, qui devient synonyme d'absence complète de frustrations, rejoignant ainsi la liberté positive[795]. Dans les faits, la liberté n'est servie en rien par son assimilation aux moyens ou aux capacités dont chacun dispose. Si l'on souhaite éviter que la liberté des puissants ne détruise la liberté des faibles, il sera certes nécessaire de la limiter au nom d'autres buts, telle la sécurité, la justice ou une mesure d'égalité matérielle; la relation entre ces différentes vertus reste toutefois le fruit purement contingent des circonstances.

Le mirage monologique

À l'origine de cette confusion entre la liberté et ses moyens se trouve la croyance de l'existence d'une solution applicable en tout temps et en tout lieu. *« Cette foi ancienne repose sur la conviction selon laquelle toutes les valeurs auxquelles les hommes ont cru doivent, en dernière analyse, être compatibles, et peut-être même s'entraîner les unes et les autres »*[796]. Or, l'histoire enseigne la futilité de telles tentatives : non seulement l'institution et l'application des convictions morales est toujours en contexte, mais les fins poursuivies par leur intermédiaire le sont aussi. Ainsi, la cause des fléaux politiques de l'histoire est cette pierre philosophale grâce à laquelle tous les biens, toutes les fins convergeraient vers une fin, un bien complètement harmonieux. Qui s'y opposerait? Quels sacrifices en seraient indignes? L'humanité disposerait enfin d'un critère unique grâce auquel toutes choses deviennent comparables[797]. L'horizon des idées, par définition inatteignable et ouvert, se mue en un point réalisable ici et maintenant.

C'est oublier que l'activité humaine, individuelle ou collective confirme la pluralité et surtout l'incompatibilité des fins qui, portées à l'échelle d'une unité politique, au-delà du cas

[793] BERLIN Isaïah, Liberty, pp.169-170.
[794] BERLIN Isaïah, Liberty, p.172.
[795] Pour une présentation de la relation possible entre égalité réelle et liberté positive, voir RENAUT Alain, Égalité et discriminations, un essai de philosophie politique appliquée, pp.56-57.
[796] Traduction libre de : « This ancient faith rests on the conviction that all the positive values in which men have believed must, in the end, be compatible, and perhaps even entail one another », in BERLIN Isaïah, Liberty, p.212.
[797] BERLIN Isaïah, Liberty, p.216. Voir aussi, p.151.

particulier, ne peuvent que s'opposer. À l'inverse, la cohérence recherchée en dépit d'autrui devient une fin dont l'atteinte justifie n'importe quel moyen. Tel est le noyau de la théorie axiologique de Berlin, le pluralisme éthique : une rivalité des convictions éthiques telle que le choix de l'une s'effectue toujours au détriment de l'autre. La condition humaine est marquée par le choix inéluctable entre différentes fins contradictoires[798]. Le monisme axiologique entretient un mirage dont l'unique résultat est la réduction de la justice à une question de moyens, à l'exclusion de toute réflexion supplémentaire sur les fins[799].

L'avertissement lancé par Berlin touche la justice comme sollicitude à plusieurs niveaux, tant fondamentaux qu'appliqués. Du point de vue axiologique, le pluralisme représente une variante du scepticisme interne sans pour autant dériver vers son homonyme externe; en effet, la dimension tragique du conflit des valeurs provient de leur objectivité[800]. Ainsi, l'importance des autres idéaux politiques, l'égalité, la sécurité, la participation, n'est pas niée; toutefois, en termes d'application, l'augmentation de l'un s'effectue au détriment des autres. L'économie des vertus politiques est un jeu à somme nulle, composée d'équilibres, de compromis et de réconciliations[801]. À l'inverse, la justification par abduction est une métaphore sophistiquée qui déguise la série de pétitions de principes caractéristiques du monisme axiologique.

De même, à l'endroit de la continuité entre éthique et morale politique du libéralisme intégré, la primauté accordée par Berlin à la liberté négative répond à un principe de tolérance : puisque les fins ultimes des individus sont parfois irréconciliables, il vaut mieux leur garantir la plus grande sphère libre d'intrusion au sein de laquelle ils auront tout le loisir de rechercher leurs objectifs personnels plutôt que de se perdre dans la confusion la plus complète[802].

[798] BERLIN Isaïah, Liberty, p.214.
[799] BERLIN Isaïah, Liberty, p.78.
[800] BERLIN Isaïah, Liberty, p.217. On peut même se demander si Berlin n'estime pas que la valeur d'une conviction vient de ce qu'elle a été choisie.
[801] On remarquera que les compromis auxquels Berlin fait référence restent foncièrement à l'intérieur du domaine des valeurs et procèdent d'un choix axiologique; ce qui le distingue du compromis pragmatiste. Il est néanmoins intéressant de constater que les deux positions – libéralisme pluraliste et pragmatisme posnerien – font appel à la pensée politique d'Edmund Burke.
[802] BERLIN Isaïah, Liberty, p.207. Pour une autre formulation de la même idée, voir aussi, même texte, p.214.

Le pluralisme axiologique remet radicalement en question la justice comme sollicitude en niant que l'égale liberté puisse aller *au-delà* de l'égalité en droit, sous prétexte que la liberté serait la mesure de l'égalité et réciproquement[803]. Berlin ne rejette pas la pertinence d'une plus grande égalité de biens matériels, mais, selon lui, l'atteinte de cet objectif moral ne correspond pas à une augmentation de l'égale liberté. En fait, étant donné le pluralisme des fins, l'amélioration d'une distribution de ressources matérielles selon un critère d'égalité s'effectue au détriment de la liberté. En ce sens, « un sacrifice n'est pas une augmentation de ce qui est sacrifié, en l'occurrence la liberté, quel qu'en soit le besoin moral ou la compensation »[804]. Enfin, les réflexions de Berlin font surgir le spectre d'une société dans laquelle l'activité politique se réduirait à la seule régulation technique, toutes les fins étant miraculeusement fusionnées ou atrophiées, ce qui ne va pas sans rappeler les critiques du despotisme mou à l'œuvre dans l'État providence[805].

b. Hors de la liberté point de salut : le libertarisme

Par l'une des questions qu'il suscite, le pluralisme des valeurs dégage l'espace au sein duquel se déploie le libertarisme : si la liberté ne doit pas être confondue avec la capacité d'action, quelle justification peut-on lui attribuer qui n'en fasse ni un pur outil – auquel cas, sa valeur dépendrait de ses moyens – ni un concept privé de réalité[806]? La réponse traditionnelle consiste à lui attribuer une valeur existentielle, c'est-à-dire la reconnaissance d'un statut, en l'occurrence celui exprimé par le principe égalitaire abstrait. Son détenteur se voit conférer une dignité, celle de personne libre, qui en fait un acteur et non un simple agrégat biologique

[803] BERLIN Isaïah, Liberty, p.172.
[804] Trouver la traduction officielle de « Deux concepts de liberté ».
[805] BERLIN Isaiah, « Political Ideas in the 20th Century », in Liberty, pp.82-83.
[806] Il importe de ne pas assimiler le libéralisme pluraliste de Berlin au libertarisme : tout en affirmant la rivalité des valeurs politiques, Berlin considère l'équilibre entre liberté et égalité matérielle comme une question ouverte, susceptible de plusieurs réponses et compromis. L'égalité matérielle n'est donc pas purement et simplement évacuée du paysage normatif. Voir BERLIN Isaïah, Liberty, p.173.

voué à la contemplation de sa réification[807]. Le lien avec les principes de dignité humaine est à cet égard évident.

La liberté trouve donc sa justification dans « ce qu'un individu ne peut abandonner sans porter outrage à l'essence de sa nature humaine »[808]. Bien que négative, cette justification de la liberté ouvre la porte à l'interprétation classique de la liberté comme propriété de soi. En effet, si la personne est intrinsèquement libre, la propriété de ses moyens, par laquelle il dispose à volonté de sa personne, en est l'insécable manifestation. C'est là l'axiome de la pensée politique de John Locke et, par extension, le point de départ de toutes les doctrines qui se réclament de près ou de loin du libéralisme[809]. De cette propriété première dérive le droit le plus fondamental selon Locke, celui de se conserver[810].

Redistribuer, c'est usurper

De la combinaison de la propriété de soi et du droit à l'autoconservation, il s'ensuit que l'individu est propriétaire de son activité. En ce qui concerne notre propos, cela signifie que l'exercice de la liberté procède de la propriété de soi : l'activité équivaut à la possession de nos ressources naturelles. Fait déterminant pour les débats sur la justice qui suivront, Locke déduit de l'auto-propriété non seulement l'activité de l'individu, mais les fruits de son labeur. Si l'individu a droit à son corps, il est juste que son produit lui appartienne au même titre que son activité[811]. L'usurpation et le vol commencent lorsque l'individu se voit privé, par qui que ce soit, du résultat de ses efforts.

La continuité entre la propriété de soi, qui correspond à la liberté d'acte, et la propriété des ressources extérieures, la liberté de moyens, constitue le point de rupture entre les

[807] En ce qui concerne la justification existentielle de la liberté, outre la compréhension qu'en offre Dworkin, voir notamment, KOLM Serge-Christophe, Modern Theories of Justice, pp.44-45; TOCQUEVILLE Alexis de, L'ancien régime et la révolution, préface, notes et bibliographie par Françoise Mélonio, 2e éd., Paris : Flammarion, 1988. 411 p. GF-Flammarion. ISBN 2080705008, p.259.
[808] Traduction libre de « …that which a man cannot give up without offending against the essence of his human nature », BERLIN Isaïah, Liberty, p.173.
[809] LOCKE John, Traité du gouvernement civil, traduction de David Mazel; chronologie, introduction, bibliographie, notes par Simone Goyard-Fabre, 2e éd. corrigée, Paris : Flammarion, 1992. Flammarion Grand Format, GF 408. Traduction de : Two Treatises of Government. 408 p. ISBN 2080704087. p.144.
[810] Droit à ce point fondamental que Locke en fait par la même occasion une obligation, voir LOCKE John, Traité du gouvernement civil, p.145.

conceptions libertariennes de la justice dont le critère est propriétariste et les conceptions libérales qui y opposent un critère solidariste[812]. Le critère propriétariste définit une distribution juste par son absence d'appropriation illégitime résultant de la violence ou de toute autre forme de contrainte. Les théories solidaristes, dont Dworkin est un éminent représentant, font résider la justice dans la distribution égale d'un objet, le *distribuendum*, dont on estime qu'il constitue une variable normativement significative[813].

Selon le libertarisme, seules les transactions volontaires, qu'elles visent la consommation ou la production, sont légitimes. Méthodologiquement, son critère porte sur l'histoire des échanges et non sur une configuration idéale qu'il s'agirait de réaliser. L'instauration d'un système de justice commence et se termine par la reconnaissance des droits fondamentaux qui, dérivés de la propriété de soi, garantissent l'échange consentant : tant que la généalogie des échanges est adéquate et exempte de toute extorsion, il n'y a pas lieu de se soucier de la distribution résultante. L'acquisition de ressources par le biais du dit échange consentant se limite ainsi à trois modalités : les objets produits par le travail, défini comme l'utilisation des ressources personnelles, ensuite, l'appropriation par le biais d'un échange volontaire et, en dernier lieu, la production à partir de la combinaison des aptitudes naturelles et de ressources acquises lors d'un échange[814].

De ce fait, si toute distribution résultant d'échanges librement consentis est intrinsèquement juste, une redistribution, quelle qu'en soit le motif, le critère ou la fréquence, constitue nécessairement une dépossession de ce que l'individu a de plus cher, lui-même. Le

---

[811] Nous reprenons la présentation des thèses lockéennes d'Alain RENAUT, Qu'est-ce qu'une politique juste? Essai sur la question du meilleur régime, p.61. On remarquera que l'idée de propriété de soi représente un principe d'imputabilité : l'individu, en tant qu'initiateur de chaînes causales, est responsable des conséquences, bonnes ou mauvaises, de ses gestes.

[812] Nous adoptons la distinction proposée par Philippe VAN PARIJS, Qu'est-ce qu'une société juste? Introduction à la pratique de la philosophie politique, pp.247-248. Nozick propose une typologie similaire dans laquelle une théorie propriétariste utilise des principes historiques et une théorie solidariste propose des principes configurationnels – patterned. Voir NOZICK Robert, Anarchie, État et utopie, TERMINER LA RÉFÉRENCE. Dworkin reprend cette distinction, dans Une question de principe, sous les termes « théories fondée sur des constats historiques » et « théories systématiques »; voir QP, p.320. Il importe de souligner que les positions de Locke ne mène pas forcément au libertarisme qui en restitue une interprétation parmi d'autres. Ainsi, on mentionnera l'interprétation présentée par Alain Renaut qui identifie dans le principe de propriété de soi le point de départ de l'interrogation libérale sur la justice distributive. Voir RENAUT Alain, Qu'est-ce qu'une politique juste? Essai sur la question du meilleur régime, pp.62-63.

[813] VAN PARIJS Philippe, Qu'est-ce qu'une société juste? Introduction à la pratique de la philosophie politique, p.251.

[814] VAN PARIJS Philippe, Qu'est-ce qu'une société juste? Introduction à la pratique de la philosophie politique, pp.122-123.

droit à la propriété ne peut qu'être absolu sous peine de faire de l'individu un moyen[815]. En effet, se réclamant du principe catégorique de Kant selon lequel chacun doit être traité comme une fin, Nozick considère les principes solidaristes de justice distributive comme une instrumentalisation politique des personnes au profit d'une finalité estimée supérieure. L'utilisation de tous se substitue au traitement de chacun en égal.

La richesse de Wilt Chamberlain

Nozick illustre l'idée de la propriété de soi par l'exemple de Wilt Chamberlain. Il demande aux tenants d'une conception de l'égalité matérielle d'imaginer une distribution initiale satisfaisant à la perfection leur critère favori, quel qu'il soit. Dans cette société idéale, grâce à son talent, le champion de basketball Wilt Chamberlain jouit d'une grande notoriété qui remplit les stades. Misant sur l'attrait qu'il exerce, une équipe passe un accord avec lui : s'il accepte de jouer pour eux, il recevra 25 cents par billet vendu lors de ses parties. La stratégie fonctionne, le stade se remplit si bien qu'à la fin de l'année, Wilt a gagné 250 000 dollars en plus de la part initiale que lui accorde le principe de distribution. Dans la mesure où la distribution des ressources avant la vente des billets était juste, en quoi la nouvelle distribution, bien qu'inégalitaire, est-elle injuste? Le seul moyen d'en démontrer l'iniquité est de considérer la circulation des ressources comme injuste. Mais que peut-il y avoir d'injuste dans un transfert volontaire, et surtout, de quel droit pourrait-on empiéter sur l'utilisation consentante de ressources distribuées au préalable selon un critère légitime? Nozick en conclut qu'inévitablement, une position solidariste n'a d'autre choix que de reconnaître la légitimité du principe de transfert, sous peine de se contredire ou, pire, de contester la liberté d'utilisation des propriétés, et par suite, de la propriété de soi. Bref, seule l'égalité en droit est légitime.

[815] SAVIDAN Patrick, « Le libertarisme de Hayek et Nozick » in Histoire de la philosophie politique, t. 5. « Les philosophies politiques contemporaines », p.363.

Les positions libertariennes consacrent ainsi la structure institutionnelle célèbre de l'État gendarme. État minimal, il représente un mal nécessaire dont l'unique fonction est la protection de la propriété privée et la garantie de la libre circulation des biens et services. Toute autre intervention serait superflue dans la mesure où l'intégration sociale est entièrement assumée par le marché[816]. La loi de l'offre et de la demande est certes imparfaite mais elle garantit l'émergence d'une coordination sociale mieux que ne saurait le faire n'importe quelle configuration politique planifiée, dont la médiation entre les individus ne saurait être justifiée à partir d'un principe de liberté[817]. À ce titre, l'échange exclusivement volontaire revêt une importance primordiale car il définit l'équilibre de chaque espace de liberté.

Ce dernier point est important à souligner puisque le libertarisme se présente comme une théorie de l'égalité qui reproche aux autres conceptions de la justice d'enfreindre le respect dû à chacun au nom d'une égalité géométrique qui, dans les faits, génère une inégalité de traitement[818]. Vu à travers le prisme des principes d'individualisme éthique, le libéralisme solidariste transgresse autant la responsabilité spéciale que l'égale importance. Ainsi, à moins d'adopter une variante du principe de bienfaisance – que Dworkin rejette – ou une quelconque maximisation d'une conception du bien, le principe d'égale importance constitue une exigence d'égalité *entre* les individus et non des individus *vis-à-vis* d'une norme qui leur serait imposée. Si l'on admet cette prémisse, quelle importance plus grande peut-on accorder à chacun si ce n'est que le considérer comme une fin en soi? La redistribution exprime un présupposé paternaliste envers les plus démunis, jugés incapables de mener leur vie, ou envers le sens moral des plus fortunés. L'État interventionniste se pose donc comme l'arbitre des préférences morales de ses citoyens; car si l'on peut regretter ou trouver *déplorable* la

[816] VAN PARIJS Philippe, Qu'est-ce qu'une société juste? Introduction à la pratique de la philosophie politique, p.119. Pour un rapprochement fort intéressant avec le marxisme qui préconise la même disparition de l'État, voir RENAUT Alain, Qu'est-ce qu'une politique juste? Essai sur la question du meilleur régime, pp.118-125

[817] Bien que sa conception de la démocratie n'aille pas dans le sens de l'État minimal ni qu'il se reconnaisse comme tel, Posner partage la même confiance que les libertariens envers les vertus régulatrices du marché. Voir indifféremment, Economic Analysis of Law ou Law, Pragmatism, and Democracy.

pauvreté de certains, tant qu'elle ne résulte pas du vol ou d'une expropriation, elle n'est pas *injuste*[819]. Bref, le libertarisme pousse à l'extrême l'idée selon laquelle l'individu est seul juge des paramètres normatifs de sa vie et ramène la responsabilité à la propriété de soi. Une instance qui chercherait à se prononcer collectivement sur ce que représente le défi approprié, ce que suppose la définition d'une distribution idéale, commettrait nécessairement une imposture.

Dans le même ordre d'idées, la préséance des droits comme atouts sur les objectifs politiques confirme l'intuition centrale du libertarisme selon laquelle le respect de la liberté comme propriété de soi et appropriation est question de principe et non de compromis avec une vision apriorique de la communauté[820]. Même l'intégrité semble mieux accommoder le critère de distribution généalogique du libertarisme que ne le font les critères configurationnels qui interfèrent avec l'idéal des attentes protégées : en effet, si la possession d'un bien matériel a été sanctionnée par un processus d'habilitation, par exemple, le contrat qui régit son acquisition ou l'acte de production qui l'a créé, comment l'administration publique ou la magistrature chargée d'y donner effet pourrait-elle non seulement interférer avec l'utilisation d'un bien dont elle a reconnu la possession, mais encore le faire « sur une base unique et cohérente de principes »[821]. Le défi lancé par le libertarisme est donc d'autant plus sérieux que les prémisses du libéralisme dworkinien semblent aller dans son sens : comment simultanément défendre le droit-intégrité et des politiques de redistribution?

3. RESPECT ET SOLLICITUDE : LE LIBÉRALISME SOLIDARISTE

Pourtant, la conception de la justice distributive préconisée par Dworkin s'insère clairement dans le sillage d'une accentuation du libéralisme vers la thématique de l'égalité

---

[818] SAVIDAN Patrick, « Le libertarisme de Hayek et Nozick » in Histoire de la philosophie politique, t. 5. « Les philosophies politiques contemporaines », p.367.

[819] Il serait possible d'adjoindre une contrepartie pragmatique à cet argument et d'attribuer les failles du marché et l'apparition de la pauvreté à l'inefficacité des perturbations engendrées par les politiques redistributives. Voir DWORKIN Ronald, DPH, pp.119-120 et VAN PARIJS Philippe, Qu'est-ce qu'une société juste? Introduction à la pratique de la philosophie politique, p.222.

[820] La première phrase de l'introduction d'Anarchie, État et utopie ressemble beaucoup à l'affirmation des droits moraux contre l'État : « Les individus ont des droits, et il est des choses qu'aucune personne, ni aucun groupe, ne peut leur faire (sans enfreindre leurs droits) ». NOZICK Robert, Anarchie, État et utopie, p.9.

matérielle initiée par Rawls avec sa *Théorie de la justice*[822]. À ce titre, la justice comme sollicitude prolonge un débat réactivé durant le dernier quart du XXe siècle avec, d'un côté, le libertarisme et de l'autre, l'utilitarisme[823]. Accentuation qui ne s'est pas limitée à une querelle de famille entre les différentes variantes du libéralisme, welfariste, ressourciste, réal-libertarienne, capabiliste, mais qui a aussi été alimentée des perspectives marxistes-analytiques, républicaines et communautariennes[824].

Par opposition au libertarisme, le libéralisme solidariste intègre l'idée de sollicitude dans son interprétation du principe égalitaire abstrait. Les deux vertus sont complémentaires; tandis que le respect exprime une exigence d'abstention, la sollicitude énonce un principe d'intervention. Les conceptions de la justice représentent un équilibre des deux exigences qui délimite le domaine d'activité de l'État. Ainsi, du point de vue libéral solidariste, la réflexion sur la justice prend la forme d'un continuum dont les pôles sont une abstention absolue combinée à une intervention inexistante et l'absence complète d'abstention au profit d'une intervention généralisée.

À ce titre, les théories solidaristes contestent que la seule liberté de circulation, en tant que manifestation de droits universellement reconnus, constitue une garantie suffisante de l'égalité des libertés. Les raisons invoquées à cet effet sont aussi variées que les conceptions de la justice distributive et vont de l'usurpation de la force de travail aux failles du marché, en passant par l'inégale distribution des aptitudes. De façon générale, toutes questionnent la pertinence de droits-libertés si les disparités matérielles sont telles que les plus démunis sont exposés aux caprices des circonstances, voire à ceux des plus fortunés.

---

[821] Tout en faisant écho aux propres critiques de Dworkin à l'encontre de l'utilitarisme juridique. DWORKIN Ronald, ED, p.185.

[822] Nous empruntons le terme « accentuation » à Alain Renaut, car il nous semble bien rendre compte du statut des thèses rawlsiennes et post-rawlsiennes en tant qu'exploitation d'éléments déjà présents, à l'état latent, au sein du libéralisme plutôt qu'une rupture ou une reconstruction de fond en comble du libéralisme classique des lumières. Son usage réfute par ailleurs la continuité nécessaire postulée par le libertarisme entre ses conclusions et le principe de propriété de soi lockéen. Voir RENAUT Alain, Qu'est-ce qu'une politique juste? Essai sur la question du meilleur régime, p.134.

[823] À titre informatif, Rawls publie son opus magnum en 1971, Nozick y réplique en 1974 avec L'Anarchie, l'État et l'utopie, tandis que Dworkin achève Prendre les droits au sérieux en 1977.

[824] Nous pensons notamment à G.A.Cohen, P.Pettit et M.Waltzer. Du côté libéral, mentionnons J.Arneson – welfarisme – P.Van Parijs – real-libertarisme – et A.Sen – capabilisme.

À un premier niveau d'interrogation, apparaît la détermination du critère d'équilibre de l'abstention et de l'intervention. Mais, à un second niveau, dans la mesure où il s'agira d'une fonction de comparaison à l'échelle de tous les membres de la communauté concernée, le problème porte sur l'identification d'une variable dont la distribution adéquate entraînera l'*indifférenciation* des situations des personnes concernées. En d'autres termes, est recherché un critère d'équilibre de l'abstention et de l'intervention tel que l'on puisse dire de chaque situation individuelle qu'elle est indifférente à celle d'autrui sous au moins un rapport jugé déterminant, c'est-à-dire qu'il n'y ait pas lieu d'y apporter de rectification supplémentaire, et cela selon l'une ou l'autre des deux modalités susmentionnées.

La première difficulté de cette entreprise réside dans l'identification d'une variable qui ne soit pas arbitraire, eu égard à la diversité naturelle et sociale des individus, donc, paradoxalement, de l'accroissement de sa prise en compte[825]. La seconde vient de ce que l'indifférenciation des *situations* individuelles peut résulter de l'incapacité de discriminer parmi les *distributions* potentielles, soit parce que la variable choisie est inadéquate soit parce que l'équilibre envisagé fait défaut[826].

Dworkin dresse alors une typologie des conceptions de la justice distributive à deux dimensions. D'une part, le critère de distribution peut-être agrégatif et envisager une distribution selon la somme ou la moyenne de la variable normativement pertinente, ou encore, individué et porter sur des comparaisons interindividuelles dont il mesure la distribution[827]. Ainsi, la maximisation du plaisir ou du bien-être des théories utilitaristes obéit à un critère agrégatif, alors que l'égalité en droit à la propriété de Nozick représente un critère individué. Par contre, en dépit de son appellation, la maximisation de la richesse préconisée par Posner procède d'un critère individué puisque son étalon de mesure est le coût d'opportunité lié à chaque échange particulier.

[825] SEN Amartya, Inequality reexamined, p.1.
[826] Le terme distribution est ici entendu dans son sens large, par opposition à l'utilisation qui en est faite en statistique.
[827] Traduction libre de « aggregative goal » et « individuated goal », DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice », Dworkin : un débat, p.92. Caroline GUIBET-LAFAYE et Philippe VAN PARIJS utilisent les qualificatifs « agrégatif » et « distributif ». Voir, Justice sociale et éthique individuelle,

D'autre part, l'objet de la distribution, ou *distribuendum*, peut être conçu en termes de bien-être ou de ressources[828]. Les deux termes de cette distinction doivent être compris dans un sens large qui peut recouvrir une ou plusieurs variables : le bien-être désigne toute forme de satisfaction soit le bonheur ou la consommation d'un ou plusieurs biens, tandis que les ressources évoquent les instruments employés en vue de la réalisation d'un but. Là encore, un *distribuendum* ressourciste peut être simple – le revenu – ou complexe – l'accès aux services sociaux combiné aux droits fondamentaux et au revenu[829]. L'opposition entre égalisation *ex post* – après la distribution, donc équivalant à une acceptation de bien-être – et égalisation *ex ante* – avant la distribution, donc une ressource est aussi utilisée[830]. En ce sens, une conception ressourciste de la justice oppose les moyens, en tant que variable normativement pertinente, aux résultats sur lesquels le welfarisme insiste[831].

Convenant de la distinction entre égalité de bien-être et égalité des ressources comme principale ligne de partage des théories solidaristes, nous en obtenons quatre types qui reflètent deux orientations soit d'abord l'égalité de bien-être, où se côtoient le welfarisme agrégatif et le welfarisme individué et, sur l'autre versant de la justice, l'égalité des ressources où se déploient le ressourcisme agrégé et le ressourcisme individué. Les types ainsi proposés restent très abstraits et quelque peu désincarnés. Ainsi, s'il est possible de voir dans les différentes variantes de l'utilitarisme des représentations du welfarisme agrégatif, tant son homologue individué que les acceptations du ressourcisme représentent des types trop purs pour qu'on puisse y associer des conceptions particulières sans les caricaturer. Elles constituent donc les arguments de départ du débat, lesquels doivent être affinés. Dans la

---

pp.57-58 et Qu'est-ce qu'une société juste?, p.252. Nous lui préférons l'expression « individuée » pour éviter toute confusion avec la justice distributive dans son ensemble.

[828] L'expression equalisandum est aussi utilisée pour désigner l'objet ou la variable qui doit être égalisé. Nous utilisons distribuendum et equalisandum indifféremment.

[829] GUIBET-LAFAYE Caroline, Justice sociale et éthique individuelle, pp.56-57.

[830] Par exemple, STEIN Marc S., « The distribution of life-saving medical resources : equality, life expectancy, and choice behind the veil », Social philosophy and Policy, Oxford : Blackwell. 2002, vol.19, n° 2, pp.212-245.

[831] L'adjectif « welfarisme » fait référence au bien-être. Par ailleurs, on notera que Dworkin n'estime pas que cette distinction sature le champ des conceptions de la justice distributive; ainsi, les théories méritocratiques et d'égalité des chances comme absence de discrimination dans l'accès aux postes et aux services échappent à la dichotomie proposée; voir DWORKIN Ronald, SV, p.13.

mesure où Dworkin adopte une conception ressourciste de l'éducation, les conceptions welfaristes de l'égalité seront survolées plus rapidement.

a. L'égalité de bien-être

Intuitivement, le bien-être se présente à deux titres comme le *distribuendum* adéquat. Stratégiquement, quel intérêt peut-on trouver à courir les risques d'empiètement sur l'autonomie si ce n'est au nom de l'augmentation du bien-être de chacun? Normativement, dans la mesure où le bien-être évoque le ou les éléments essentiels à la réussite d'une vie, sa prise en compte semble procéder directement de l'attention portée à chacun[832]. Bref, une société qui égalise les niveaux individuels de bien-être ou en maximise la somme ne peut qu'être bien ordonnée. Cette intuition initiale se heurte néanmoins à un certain nombre de difficultés, tant de principe que pragmatiques, qui suggèrent l'adoption d'une conception ressourciste de l'égalité.

Le bien-être agrégé

Les conceptions welfaristes agrégées correspondent peu ou prou aux variantes de l'utilitarisme, disions-nous[833]. De manière lapidaire, l'utilitarisme désigne les théories qui proposent pour critère de justice l'adéquation du bien-être individuel à la maximisation du bien public. Ce principe repose sur l'axiome selon lequel tout être doté de sensibilité recherche l'augmentation de son bien-être, fût-il défini en termes de plaisir, d'état psychologique du sujet ou de préférences objectivement manifestées par son comportement. Au bien-être s'oppose la souffrance, entendue elle aussi dans un sens large. L'autre trait fondamental de l'utilitarisme consiste en l'utilisation d'un étalon de mesure conséquentialiste ou téléologique, c'est-à-dire axé sur les conséquences d'une action[834]. En ce sens,

[832] DWORKIN Ronald, SV, p.14.
[833] DWORKIN Ronald, SV, p.62.
[834] AUDARD Catherine, éd., Anthologie historique et critique de l'utilitarisme, vol.1 « Jeremy Bentham et ses précurseurs (1711-1832) », textes choisis et présentés par Catherine Audard, traductions inédites de Catherine Audard, Mikaël Biziou, Frédéric Brahami, et al. 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 1999. vol.1, 340 p. Philosophie morale. ISBN 2130495974 (vol.1). p.18.

l'utilitarisme s'oppose au déontologisme et représente la principale alternative moderne aux théories déontologiques d'inspiration kantienne – l'ensemble des éthiques qui évaluent un acte en fonction de son respect d'une maxime ou de son intention, indépendamment de ses conséquences[835].

En tant que théorie normative, l'utilitarisme a été quelque peu malmené depuis l'élaboration par Rawls de sa théorie de la justice comme équité. Autrefois prédominante au sein de la pensée politique anglo-saxonne, la philosophie de John Stuart Mill est devenue la cible des théories libérales et libertariennes qui se sont attachées à souligner les apories liées à la maximisation de l'utilité[836]. Dworkin ne fait pas exception, lui qui prend l'utilitarisme pour cible dès *Prendre les droits au sérieux* pour émettre à son endroit, dans *Une question de principe*, le commentaire suivant : *« ...J'estime personnellement que l'utilitarisme est une mauvaise théorie de la justice, une mauvaise théorie des valeurs, et qu'il mérite la mauvaise réputation qu'il a aujourd'hui »* [837].

Toutefois, nous aurions tort d'admettre ce jugement sans plus d'examen. Quoi que l'on pense des problèmes posés par l'utilitarisme, notamment en ce qui a trait au sacrifice des droits individuels sur l'autel de l'utilité collective, la force de l'intuition éthique qui le sous-tend – une vie réussie est une vie dont la satisfaction dépasse la frustration – et la rigueur avec laquelle on en peut tirer des conséquences pratiques, odieuses ou révélatrices selon la perspective, expliquent sa longévité et son application à de nombreux domaines tels l'économie, la science politique, la philosophie du droit ou l'éthique appliquée.

Dans le même ordre d'idées, le conséquentialisme utilitariste, parfois réduit à une exigence mi-prudentielle, mi-opportuniste, se révèle un atout substantiel pour qui souhaite démythifier les impératifs axiologiques de toute sorte[838]. Ainsi, il n'est pas fortuit que le principe d'absence de nuisance ait été énoncé par John Stuart Mill qui répond à la contrainte

[835] BERTEN André, « Déontologisme » in Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale, pp.403-404.
[836] Voir, par exemple, VAN PARIJS Philippe, Qu'est-ce qu'une société juste?, p.31; KYMLICKA Will, Les théories de la justice, p.18.
[837] DWORKIN Ronald, QP, p.324.
[838] KYMLICKA Will, Les théories de la justice, p.19.

imposée par l'évaluation des conséquences, à savoir la démonstration de l'interdit ou de la croyance qui prétend au statut axiologique. Sous cet éclairage, la démarche utilitariste se porte à la défense de la tolérance, chose qui, en fait de réflexion politique, n'est pas dépourvue de pertinence. De plus, évaluant les différentes croyances axiologiques ou convictions politiques selon le bien-être qui en résulte, le conséquentialisme fournit un critère de sélection efficace : est jugée prioritaire la règle qui entraînera la plus grande satisfaction, soit de l'individu qui se livre au calcul utilitariste ou de la société dans son ensemble.

La dimension égalitaire de l'utilitarisme dérive directement de cette propriété. Ainsi, dans un contexte de rareté ou de concurrence pour les biens disponibles, l'utilitarisme recommandera la distribution qui maximise le bien-être global, entendu comme la somme de chaque bien-être individuel[839]. En ce sens, une répartition utilitariste traite chacun en égal car elle n'accorde de priorité à aucune préférence particulière[840]. Toutes les préférences ont le même poids dans le calcul de l'utilité générale, par opposition aux théories qui en feraient varier l'importance selon leur origine – religieuse ou traditionnelle – ou selon leur contenu – certaines préférences valant plus que d'autres. La maximisation du bien-être par agrégation des préférences procède alors à la manière de la démocratie majoritaire et s'expose aux mêmes objections. Dworkin en formule trois.

Trois objections

Première objection. Si la distribution adéquate est celle qui génère le plus grand bien-être global, elle est alors indifférente à sa répartition. Non seulement une préférence majoritaire pourrait être mise en œuvre aux dépens d'une minorité dont le bien-être serait sacrifié, mais même une minorité, dont le plaisir dérivé de telle ou telle distribution surpasserait celui du reste, pourrait imposer sa préférence[841]. Il s'ensuit que l'égalité défendue

[839] DWORKIN Ronald, SV, p.63.
[840] KYMLICKA Will, Les théories de la justice, p.42.
[841] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice » in Dworkin : un débat, p.94.

par l'utilitarisme est, dans la meilleure hypothèse, dérivée, et, dans la pire, contingente, puisque seul compte le bien-être collectif[842].

Seconde objection. Les notions de bien-être ou d'utilité sont passablement abstraites; leur maximisation exige la spécification d'un contenu mesurable. L'utilitarisme se heurte alors aux principes de dignité humaine car, pour rester cohérent, il doit adopter la conception du bien-être la plus répandue dans la société, donc définir l'égale importance de manière collective. Ce faisant, en dépit du caractère démocratique de la procédure, il néglige l'importance égale puisque, d'une part, les préférences marginales se retrouvent pénalisées, et, d'autre part, le jugement personnel est court-circuité. En effet, l'identification du défi approprié, et réciproquement d'une conception du bien-être, doit être le fait de son propriétaire, sans quoi l'autonomie du sujet est remise en question[843]. Dans la mesure où l'exercice de l'égalité en droit vise l'une ou l'autre conception du bien-être pour celui qui en jouit, prioriser l'une d'elles constitue précisément le type d'intrusion redouté par Nozick et Berlin. Crainte d'autant plus justifiée qu'au sein du schème utilitariste, les droits font l'objet d'une instrumentalisation, lorsqu'ils ne sont pas qualifiés de « non-sens sur des échasses »[844]. À la décharge de Bentham, cette allusion peu flatteuse procède d'une critique du potentiel dogmatique de la doctrine des droits naturels de son époque; en revanche, on comprendra ce que sa négation de droits antérieurs à toute législation – laquelle devrait être édictée selon le principe d'utilité – a de contestable pour toute appréciation déontologique de la liberté.

Troisième objection. Le caractère agrégatif du bien-être maximisé dissout la mesure de la responsabilité spéciale : d'un point de vue externe, on peut estimer qu'une augmentation du bien-être d'un individu indépendante de ses choix importe peu, pourvu qu'il y ait augmentation. Cet argument efface cependant le lien entre un individu et ses projets[845]. Même s'il peut sembler vraisemblable que peu se sentiront lésés par la distribution de biens matériels

[842] Il s'agit en fait de la critique formulée par Rawls selon laquelle l'utilitarisme ne peut rendre compte des différences interpersonnelles. Voir Une théorie de la justice, pp.51-52.
[843] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice » in Dworkin : un débat, p.95.

hors de toute responsabilité, par exemple, un programme universel de logements sociaux gratuits, il n'en sera pas de même pour d'autres projets. Par exemple, un candidat à un poste pourrait ne pas éprouver la même impression d'accomplissement si celui-ci était accordé en vertu d'un quota et non de sa compétence. Contrairement au processus de définition du bien-être, il ne s'agit pas à proprement parler d'un empiètement ou d'une entrave, puisque certains individus retireront un bénéfice de l'application du principe utilitariste, mais d'une scission entre le projet de vie d'une personne et ses fruits[846].

Autrement dit, le bien-être de la personne varie indépendamment de ses faits et gestes. L'utilitarisme apporte ainsi de l'eau au moulin des critiques des politiques de redistribution pour qui l'égalité matérielle s'oppose à la responsabilité individuelle. Un individu soucieux de sa responsabilité spéciale adopterait-il un principe de distribution qui s'interpose dans la relation qu'il entretient avec ses projets personnels? Bref, l'utilitarisme enfreint tant le principe d'indépendance en appliquant une conception du bien-être à l'ensemble de la société que le principe d'intérêt qui n'a plus rien d'individuel[847].

La satisfaction individuelle

Les difficultés rencontrées par l'utilitarisme, notamment en ce qui a trait à la responsabilité spéciale, semblent témoigner en faveur de l'égalité de bien-être individuée, désignée ci-après comme égalité de bien-être ou welfarisme. Celle-ci se distingue de l'utilitarisme par un critère de comparaison de chaque bien-être individuel plutôt que par leur addition en vue d'une maximisation. Une distribution juste, qui, selon le critère welfariste, traiterait chacun en égal, répartirait les biens matériels de manière à ce qu'ils satisfassent également les préférences de chaque citoyen[848].

---

[844] Nous reprenons la traduction de « nonsense on tilts » employée par Catherine AUDARD, Anthologie historique et critique de l'utilitarisme, vol.1 « Jeremy Bentham et ses précurseurs (1711-1832) », p.243.
[845] DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », The Tanner Lectures on Human Values, p.97.
[846] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice » in Dworkin : un débat, p.96.
[847] D'autres critiques sont plus expéditives. Ainsi, Kolm qualifie l'utilitarisme d'absurde en raison de sa présentation des fonctions d'utilités comme un ensemble de fonctions linéaires. KOLM Serge-Christophe, Modern Theories of Justice, pp.360-362 et pp.405-406.
[848] DWORKIN Ronald, SV, p.12.

De prime abord, l'égalité de bien-être semble conforme aux intuitions spontanément entretenues au sujet de la justice. L'exemple fourni par les handicaps – naturels ou accidentels – illustre cette intuition[849]. Non seulement semble-t-il juste d'accorder un surplus de biens à un aveugle qui souhaiterait mener des études universitaires mais par surcroît ces mesures compensatoires ont bel et bien son bien-être pour objet. L'égalité de bien-être prône donc la compensation des différences interindividuelles, soit par l'augmentation des bénéfices ou par la réduction des dommages.

Objection initiale : les préférences onéreuses

La première objection à l'encontre du welfarisme est celle dite des « préférences onéreuses », dont on prendra la mesure par l'histoire suivante[850]. Un riche négociant d'un âge respectable s'interrogeait sur la manière de diviser ses biens entre ses trois enfants afin de pourvoir à leur bien-être une fois sa vie échue. La première, marquée par la lecture de Henry D. Thoreau et de dispositions ascétiques, menait une vie simple dans une petite cabane et avait pour seule ambition de cultiver son jardin. Le second se percevait comme un homme du monde, promis au plus brillant avenir tant et aussi longtemps qu'il fréquenterait avec la plus grande assiduité les bals de la haute société. Quant au troisième, son adresse au violon en faisait un interprète hors pair, mais les suites d'une affection génétique l'avaient laissé incapable de se déplacer par ses propres moyens. Si, selon le critère du bien-être, il semble légitime que le marchand laisse une part d'héritage plus importante au troisième qu'à la première qui a besoin de peu pour vivre, il apparaît particulièrement injuste d'accorder une part plus importante au deuxième qu'aux deux autres parce qu'il dérive son plaisir de la fréquentation de personnes de « bonne compagnie ». De fait, il serait possible de soutenir qu'une personne capable de se satisfaire de peu mérite plus. Quoi qu'il en soit, le tenant de

[849] DWORKIN Ronald, SV, p.14.
[850] DWORKIN Ronald, SV, p.15.

l'égalité de bien-être n'a d'autre choix que de conclure que le marchand doit laisser la plus grande part d'héritage à son second fils[851].

Cette critique touche aux fondements mêmes d'une démarche qui viserait à faire du bien-être un critère de distribution. De deux choses l'une : soit les théories welfaristes proposent une conception du bien-être qui exclut les dérives onéreuses, soit elles lui adjoignent un principe indépendant qui en limitera les conséquences iniques[852]. Dworkin distingue trois types de théories de l'égalité de bien-être, à savoir l'égalité de réussite – *success theories of welfare* – l'égalité d'état de conscience – *conscious-state theories of welfare* – et l'égalité de bien-être objectif – *objective conceptions of welfare*[853].

Les préférences que l'égalité de bien-être cherche à satisfaire se répartissent en trois groupes correspondant à la distinction entre morale et éthique. D'abord les préférences politiques qui concernent l'organisation des institutions en général et leurs politiques. En second lieu, les préférences impersonnelles qui portent sur des objets, des activités ou d'autres personnes qui ne touchent pas directement le sujet, tel un intérêt pour la progression du savoir ou la promotion des beaux-arts sans que le sujet soit lui-même chercheur ou conservateur de musée. Finalement, les préférences personnelles, qu'il s'agisse des ambitions, des passe-temps ou des possessions matérielles d'un individu[854].

L'égalité de bien-être comme réussite

Le bien-être comme réussite se mesure au succès rencontré dans la réalisation des préférences susmentionnées[855]. À ce titre, les conceptions de l'égalité de réussite admettent plusieurs acceptions allant de la totalité des préférences aux versions restreintes limitées aux préférences personnelles[856].

[851] Dworkin présente déjà une objection similaire dans « Pourquoi les libéraux doivent se soucier d'égalité? », QP, p.258.
[852] DWORKIN Ronald, SV, p.21.
[853] DWORKIN Ronald, SV, pp.16-18.
[854] DWORKIN Ronald, SV, p.17.
[855] DWORKIN Ronald, SV, p.17.
[856] DWORKIN Ronald, SV, p.18.

L'égalité de réussite est néanmoins contestable. En amont, si l'on se rapporte au modèle de défi, certains observeront que les intérêts critiques ne se réduisent pas à la satisfaction de préférences, ne serait-ce que parce que ces dernières se détachent sur un arrière-plan de sens qui les englobe, alors qu'en aval, sans mettre en question l'idée même de réussite en relation avec le bien-être critique, on pourra critiquer le fait que celle-ci constitue un *equalisandum* adéquat[857]. Dworkin privilégie dans un premier temps cette dernière approche pour n'évoquer qu'ensuite la seconde, dont il dérive une critique qui nous semble particulièrement décisive, au point de pouvoir être étendue à l'ensemble des conceptions du welfarisme comme réussite.

Dans la mesure où toute conception du bien-être dépend de l'identification des paramètres qui nous entourent, parmi lesquels les ressources personnelles et impersonnelles, la définition d'un critère de satisfaction est toujours dérivée d'une approximation de ce que serait une distribution juste. En fait, les conceptions welfaristes de la justice intervertissent la réussite d'une vie avec l'un de ses paramètres normatifs, nommément, la justice. Dans le cadre du modèle de défi, la vie bonne consiste à relever un défi composé d'un certain nombre de paramètres, parmi lesquels la justice, tandis que le bien-être comme réussite correspond à la manière dont le défi est relevé – avec succès ou non. La définition d'une juste part des ressources matérielles fait donc partie des paramètres normatifs nécessaires au bien-être et non l'inverse. Les deux autres versions de l'égalité de bien-être identifiées par Dworkin, nommément, le bien-être objectif et le bien-être comme état de conscience, peuvent-elles échapper à cette objection?

Entre objectivité et état de conscience

Les conceptions objectivistes de l'égalité de bien-être sont rapidement disqualifiées. Leur principal attrait consiste à identifier un critère du bien-être qui ne dépende pas

[857] DWORKIN Ronald, SV, p.21.

d'appréciations subjectives, afin de départager les préférences raisonnables des lubies ou des caprices et de ne compenser que les premières. Or, cette démarche ouvre la porte aux dérives paternalistes puisqu'elle définit la réussite d'une vie indépendamment de l'adhésion du sujet concerné. Empiètement qui se révèlerait de toute manière vain, puisque l'objectivité dudit bien-être ne dépendrait pas moins de la caractérisation d'une distribution juste[858]. En fait, on peut même supposer que l'objectivité recherchée s'appuie d'autant plus sur la distribution envisagée qu'elle ne peut prendre en compte les préférences personnelles.

Il va sans dire que l'égalité de bien-être, entendu comme état de la conscience, évite l'écueil susmentionné. Toutefois, les avantages liés à l'utilisation des états de la conscience comme critère sont plus substantiels. Ainsi, il est possible de supposer que les états psychologiques dérivés de la satisfaction d'une préférence sont plus susceptibles de comparaisons intersubjectives que les préférences elles-mêmes[859]. À ce titre, une égalité des états psychologiques serait possible sans avoir à interroger le sens qu'ils revêtent pour qui les éprouve.

Il semble décidément que ce que les conceptions de l'égalité de bien-être gagnent dans leur relation à l'égalité, elles soient condamnées à le perdre dans leur relation au bien-être. Ainsi, la commensurabilité accrue des états psychologiques s'accompagne de l'objection selon laquelle le bien-être ne s'y réduit pas[860]. En ce sens, l'égalité de bien-être psychologique négligerait le fait que le plaisir retiré de la satisfaction d'une préférence résulte de la valeur qui lui est attribuée et non l'inverse. Le tenant de cette variante du welfarisme est donc obligé de se replier sur les préférences, donc de réintégrer une conception de l'égalité de réussite.

En dépit de son attrait initial, l'égalité de bien-être ne tient pas ses promesses lorsqu'il est question de proposer des mesures concrètes[861]. De surcroît, l'incapacité du welfarisme à résoudre le problème des préférences onéreuses trahit l'intuition au sujet des handicaps qui lui

[858] DWORKIN Ronald, SV, p.46.
[859] DWORKIN Ronald, SV, p.42.
[860] DWORKIN Ronald, SV, p.43.
[861] DWORKIN Ronald, SV, p.285.

conférait sa légitimité. Il est ainsi possible d'établir une continuité entre les préférences onéreuses et les handicaps, ces derniers impliquant que l'atteinte d'un niveau de bien-être donné requerra des ressources supplémentaires. Or, même à l'égard de ce qui se présente comme un cas clairement légitime de transfert de ressources, l'égalité de bien-être ne peut en indiquer l'importance. Si la compensation de certains handicaps plus ou moins légers ne pose pas de problème, il n'en va pas de même pour les cas plus lourds – retard mental, handicaps psychomoteurs ou sensoriels sévères, paralysies diverses, etc. Pourtant, ceux-ci interpellent d'autant plus la conscience morale : si l'on peut admettre qu'une personne assume seule le coût de ses lunettes, rares sont ceux qui, par principe, refuseraient à un paraplégique les ressources nécessaires à ses déplacements. Le continuum entre préférences onéreuses et compensations non moins onéreuses révèle le nœud du problème de l'égalité de bien-être : celle-ci n'est pas en mesure de distinguer ce qui relève de la responsabilité de la personne des circonstances qui l'affectent. Il s'ensuit qu'elle ne peut présenter d'équilibre entre abstention et intervention qui puisse guider l'action de l'État.

b. Les conceptions ressourcistes de la justice

Faute de conception opératoire du bien-être, la réflexion sur la justice distributive doit se tourner vers les conceptions ressourcistes de l'égalité matérielle, celles-ci considérant comme juste une distribution qui permet à chacun de disposer d'une part égale de ressources[862]. À nouveau, plusieurs interprétations sont disponibles : promouvoir un ressourcisme agrégatif ou individué ou défendre une conception simple ou complexe des ressources. Par exemple, l'égalité des revenus est une conception simple de l'égalité des ressources tandis que combinée à l'égalité de services et d'accès aux positions sociales, elle correspond à une égalité des ressources complexe. Dworkin défend le second type de ressourcisme.

[862] DWORKIN Ronald, SV, p.12.

Le ressourcisme agrégatif

En tant que théorie de la justice, l'égalité des ressources agrégative peut être rapidement évacuée : si la promotion de la maximisation globale d'une ressource peut constituer un objectif politique, l'absence de comparaisons interpersonnelles l'exclut immédiatement du domaine de la justice. En effet, portant sur un ensemble d'instruments, elle n'explique pas en quoi les personnes qui souffriraient du processus de maximisation seraient traitées en égales, si ce n'est par référence à un objectif qui aurait à réintroduire une mesure de comparaison interpersonnelle. De surcroît, il resterait à démontrer en quoi l'augmentation d'un moyen, par exemple, l'accroissement de la puissance militaire, pourrait se justifier autrement qu'en la considérant comme une fin en soi, ce qui est contradictoire[863]. Ceci nous amène à considérer l'égalité des ressources individuée.

Égalité de ressource individuée : la justice comme équité de Rawls

Dans le registre de l'égalité des ressources, la conception de Rawls s'impose comme la toile de fond sur laquelle se détachent les autres conceptions libérales et solidaristes de la justice[864]. Un rapide survol de la justice comme équité se révèle donc éclairant pour qui souhaite saisir le volet distributif de la justice comme sollicitude[865].

La théorie de la justice de Rawls s'articule autour de deux principes, le principe de liberté égale pour tous et celui de différence. Le premier postule que chacun doit disposer d'une combinaison de droits fondamentaux la plus étendue possible qui soit compatible avec la même combinaison pour tous. Le second définit une distribution juste comme tolérant uniquement les inégalités économiques et sociales qui profitent aux plus démunis et qui sont

[863] DWORKIN Ronald, « The Roots of Justice » in Dworkin : un débat, p.97. On remarquera que cet argument rejoint la critique de la maximisation des richesses défendue par le pragmatisme de Posner, voir DWORKIN Ronald, QP, chap.12-13.

[864] Même si Rawls n'utilise pas à proprement parler l'expression « ressources », il est possible de qualifier sa thèse de ressourciste dans la mesure où les biens premiers désignent les possibilités dont l'individu dispose. En revanche, Kolm propose une classification tierce des conceptions de la justice selon la fonction de l'equalisandum, distinguant alors l'égalisation des capacités de production, de dépense et de consommation. De ce point de vue, si les biens premiers et les ressources précèdent tout deux les capacités de consommation – dont l'égalisation du bien-être fait partie – la théorie de Rawls porte sur la capacité de dépense tandis que celle de Dworkin concerne les capacité de production. Voir KOLM Serge-Christophe, Modern Theories of Justice, p.77.

liées à des postes ou à des fonctions ouvertes à tous, selon le principe d'égalité des chances[866]. Ces deux principes définissent la structure de base de la société qui a pour tâche la répartition des biens sociaux premiers, c'est-à-dire les biens qui constituent des avantages dans la réalisation d'un projet de vie donné, à savoir tout ce qu'un être rationnel désirera pour la réussite de son projet de vie, « les droits, les libertés, et les possibilités offertes, les revenus et la richesse »[867].

Les principes de justice sont classés selon un ordre lexical qui accorde la préséance au principe de liberté égale sur le principe de différence. Ceci signifie que l'on ne peut réduire des inégalités sociales et économiques aux dépens du système de liberté. Seule la liberté justifie la réduction de la liberté et il n'est pas possible de marchander les droits contre un avantage matériel[868]. Le principe de différence est quant à lui lexicalement antérieur au principe d'efficacité – expression par laquelle Rawls désigne la Pareto-optimalité[869] – et au principe de maximisation par agrégation des avantages[870]. Enfin, en regard du principe de différence, l'égalité des chances dans l'obtention des positions a priorité sur la répartition des inégalités au bénéfice des plus démunis[871].

Rawls justifie les deux principes de justice par une construction théorique, soit la position originelle qui établit que différents partenaires, considérés comme rationnels et mutuellement désintéressés, élaborent les règles qui gouverneront la structure de base de la société[872]. Le choix est effectué derrière un voile d'ignorance, c'est-à-dire, aucun partenaire ne connaît sa place dans la société, ni sa classe sociale ou ses aptitudes naturelles. Cette contrainte méthodique garantit que les contingences qui divisent les individus dans la situation réelle n'affecteront pas leur jugement. En ce sens, les principes qui résultent de la

[865] Nous nous inspirons de l'hypothèse de lecture de Kymlicka à l'effet que l'égalité de ressource dworkinienne tenterait de résoudre les apories des principes de justice rawlsiens. KYMLICKA Will, Les théories de la justice : libéraux, utilitaristes, libertariens, marxistes, communautariens, féministes…, p.101.
[866] RAWLS John, Théorie de la justice, p.341.
[867] RAWLS John, Théorie de la justice, pp.122-123.
[868] RAWLS John, Théorie de la justice, p.94.
[869] La pareto-optimalité, ou le critère de Pareto est le critère selon lequel une distribution est optimale si aucun transfert supplémentaire de richesse n'améliorera la situation d'une des personnes concernées. Il importe donc de ne pas confondre la conception de l'efficacité de Rawls avec celle de Posner, qui s'oppose au critère de Pareto. RAWLS John, Théorie de la justice, p.98.
[870] RAWLS John, Théorie de la justice, p.341.

position originelle seront impartiaux, c'est-à-dire, élaborés sans considérations pour les avantages particuliers de chaque partenaire[873]. Il s'agit de la fondation discontinue des principes de justice critiquée par Dworkin.

Justice comme équité : une ouverture à l'égalité de moyen

L'apparente simplicité des principes de justice ne doit pas tromper : ces derniers recèlent à la fois une réplique aux objections pluralistes et proposent une solution aux apories de l'égalité de bien-être.

En premier lieu, l'affirmation de la priorité de la liberté sur le principe de différence respecte la distinction effectuée par Berlin au sujet de la liberté et de ses moyens et garantit que les seconds n'empiètent pas sur la première. En effet, l'intuitionnisme, dont Rawls discute dans le cadre du problème de la priorité, n'est pas sans faire écho à la position de Berlin. Position selon laquelle la pluralité des convictions axiologiques résulte d'une irréductible diversité des principes premiers qui ne sauraient être équilibrés autrement que par l'intuition, l'intuitionnisme peut être perçu comme une position méthodologique, parallèle au pluralisme axiologique, qui nie la possibilité d'ordonner de manière systématique les convictions entretenues au sujet de la justice, en l'occurrence, les principe d'égalité de liberté et de différence[874].

Rawls réplique par le biais de la priorité lexicale qui consiste à articuler ce qui, du point de vue intuitionniste, est un ensemble épars de convictions, en une série de principes telle que l'application de l'un d'eux est autorisée si et seulement si celui qui le précède a été satisfait ou démontré inapplicable[875]. Le principal intérêt de cette démarche consiste à éviter de placer les principes de justice en concurrence, ceux qui se situent au début de la séquence ayant une valeur absolue par rapport à ceux qui leur succèdent. Il va de soi que la priorité

[871] RAWLS John, Théorie de la justice, p.97.
[872] RAWLS John, Théorie de la justice, p.37.
[873] RAWLS John, Théorie de la justice, p.38.
[874] RAWLS John, Théorie de la justice, p.60.

lexicale ne présume pas des principes ni de leur place dans la séquence envisagée. Toutefois, la réponse de Rawls suffit à esquiver les objections de Berlin : même en y voyant une figure de la liberté, la distribution des ressources matérielles ne peut éroder l'égalité de liberté car cette dernière doit être pleinement réalisée avant que la première ne soit invoquée[876]. En dépit de la similarité des positions critiquées, le pluralisme axiologique pour Dworkin et l'intuitionnisme pour Rawls, la priorité lexicale constitue un point de divergence entre les deux conceptions, comme nous le verrons au sujet de l'articulation de la liberté et de l'égalité de ressources. Il reste que Rawls démontre que la guerre des dieux n'est ni inéluctable, ni, à tout le moins, incapable d'armistice.

En second lieu, ayant les biens sociaux premiers pour *distribuendum*, la justice comme équité évite de s'échouer sur les écueils rencontrés par l'égalité de bien-être. Ainsi, la prise en compte du sort des plus démunis introduit une mesure de comparaison interpersonnelle plus souple que la maximisation du bien-être global de l'utilitarisme ou que l'égalité de bien-être individuée. En effet, la recherche de la mesure nécessaire à la mise en œuvre de l'égalisation de chaque bien-être est trop exigeante car elle suppose l'élaboration d'une échelle de mesure cardinale, sur laquelle placer chaque individu.

Le principe de différence n'exige quant à lui que l'identification de la personne représentative la plus défavorisée, indépendamment de l'écart qui la sépare du reste du groupe[877]. Le point de comparaison suffisant est ainsi beaucoup plus restreint. De plus, la définition même du *distribuendum* facilite les comparaisons : leur identification selon le critère du souhait rationnel les pose d'emblée comme un point de comparaison intersubjectif[878]. Autrement dit, puisque les biens premiers valent rationnellement pour tout projet de vie, il s'ensuit nécessairement qu'ils sont communs à chaque perspective

[875] RAWLS John, Théorie de la justice, p.68.
[876] RAWLS John, Théorie de la justice, p.69.
[877] Un individu représentatif se définit comme un personne dont la perspective est envisagée à partir de sa position sociale et non de l'ensemble de ses caractéristiques particulières. RAWLS John, Théorie de la justice, p.95.
[878] RAWLS John, Théorie de la justice, p.122.

personnelle, quelle que soit la fin recherchée. Il est donc possible de postuler une égalité qui soit à la fois moralement significative sans qu'elle empiète sur la responsabilité spéciale.

c. L'égalité de ressource de Dworkin

L'intérêt de Dworkin pour les questions de justice distributive se manifeste dès la parution de *Prendre les droits au sérieux*, à travers le thème de la discrimination positive[879]. Sous l'éclairage du droit constitutionnel, Dworkin y discute du cas d'un étudiant qui poursuit l'Université de Washington au motif que son programme de discrimination positive empiète sur le droit à l'égale protection de la loi[880]. Il soutient que les politiques d'admission des universités devraient être exclusivement basées sur le mérite intellectuel – ou sa mesure approximative par le biais de bulletins – et jamais en fonction de critères raciaux, ceux-ci étant intrinsèquement injustes. Dworkin réfute l'argumentation en soulignant qu'il confond le droit à un traitement égal et le droit d'être traité *en* égal, négligeant de ce fait qu'une mesure visant à renverser les effets cumulés de siècles d'esclavage et de ségrégation contribue à rendre la société plus juste[881].

Sensible aux aspirations, insensible aux circonstances

Outre l'introduction de la distinction qui définit le principe égalitaire abstrait, ce raisonnement nous intéresse car il invoque la caractéristique centrale de la conception dworkinienne de la justice distributive, à savoir la compensation de circonstances qui ne résultent pas des choix de l'individu. En effet, la discrimination positive n'empiète pas sur les droits fondamentaux du plaignant puisque qu'elle compense un état de fait que l'on ne peut imputer aux gestes du bénéficiaire du programme, en l'occurrence, la sous représentation des afro-américains dans les facultés de droit. La discrimination positive ne vise qu'à rétablir le minimum nécessaire à l'imputation de choix : au même titre que l'on ne peut tenir un

[879] DWORKIN Ronald, PDS, chap.9.
[880] DWORKIN Ronald, PDS, chap.9.

somnambule responsable de ses gestes pendant son sommeil, on ne peut tenir une personne responsable du contexte social qui l'affecte, surtout si celui-ci résulte d'injustices historiques.

En raison de cette idée, qui annonce les notions de paramètre normatif et de défi approprié, la thèse de Dworkin est déjà représentative du libéralisme solidariste qui, par opposition au libertarisme, élargit la notion de justice au rapport entre ce dont une personne peut-être tenue responsable et les circonstances qui l'entourent[882]. Là encore, Rawls fait figure de précurseur. Dans une critique de l'interprétation du principe de différence qui laisserait trop de place à l'égalité des chances au détriment de l'avantage de chacun, réduit à la seule notion de Pareto-optimalité, Rawls souligne le caractère moralement contingent de la répartition des avantages sociaux et naturels[883].

De fait, une part importante de la distribution des richesses et des positions sociales résulte de la loterie sociale et du hasard génétique. Ces derniers faussent l'égalité des chances qui veut que la simple absence de discrimination suffise à justifier les inégalités de positions sociales, celles-ci ayant été ouvertes à tous. La seule absence de discrimination ne suffit pas, il convient aussi de neutraliser l'arbitraire des circonstances sociales et naturelles par une reconnaissance accrue de ces paramètres qui sapent une prise en compte conforme aux principes de dignité humaine – quitte à ce que cela induise des mesures de discrimination positive : en effet, un enfant dysphasique né dans un environnement défavorisé n'a tout simplement pas les même chances que celui issu de milieu aisé[884]. De ce point de vue, les différences d'un libéralisme ressourciste à l'autre résulteront de la définition des circonstances et de leur rectification. Ce thème sera le lieu d'une importante divergence entre Dworkin et

---

[881] DWORKIN Ronald, PDS, p.332.

[882] DWORKIN Ronald, SV, p.323; KYMLICKA Will, Les théories de la justice : libéraux, utilitaristes, libertariens, marxistes, communautariens, féministes…, pp.68-69. Voir aussi RAWLS John, Une théorie de la justice, p.104. De surcroît, il convient de remarquer que Dworkin considère la responsabilité comme le produit de l'importance égale et de la responsabilité spéciale, donc une notion complexe. Par contraste, la responsabilité comme propriété de soi en représente une acceptation simple.

[883] RAWLS John, Théorie de la justice, p.103.

[884] Complexité de la relation égalitaire soulignée par Alain RENAUT in Égalité et discriminations, un essai de philosophie politique appliquée, 1ère éd., Paris : Éditions du Seuil, 2007. 210 p. La couleur des idées. ISBN 9782020815611, pp.42-43, et Alter Ego, Les paradoxes de l'identité démocratique.

Rawls et du second déplacement de la problématisation dworkinienne de la justice – la première ayant été la thèse de l'intégration[885].

Qu'est-ce que l'égalité?

Dworkin approfondit les linéaments de l'harmonisation de la justice aux circonstances sociales présentes dans trois articles de *Prendre les droits au sérieux* qui développent sa conception de l'égalité : « What is Equality – Part 1 », « What is Equality – Part 2 » et « Why Liberals Should Believe in Equality »[886]. Dans ce dernier texte, Dworkin distingue deux modèles de libéralisme, respectivement qualifiés de neutraliste et égalitaire[887].

Tandis que le libéralisme neutraliste exige une neutralité stricte de l'État quant aux choix résultant des différentes conceptions du bien au prix d'un laissez-faire économique qui n'est pas sans rappeler le libertarisme, le libéralisme égalitaire garantit le respect des choix par la neutralisation des inégalités dues au hasard et aux atouts naturels[888]. Cette formulation plus poussée du principe à l'œuvre dans la justice distributive, qui ne se limite plus aux mesures ponctuelles de discrimination positive[889], définit une distribution juste par la sensibilité aux différences d'aspirations et l'insensibilité aux dotations initiales[890].

> *Ce qui signifie que les attributions de richesses opérées par le marché doivent être corrigées pour rapprocher certains individus de la part de ressources qui aurait été la leur si les différences dues aux avantages de départ, au hasard et aux capacités innées n'avaient pas existé*[891].

Cet énoncé de l'égalité des ressources combine deux distinctions qui modélisent la problématique des inégalités non méritées : d'une part, la distinction susmentionnée entre choix et circonstances, et d'autre part, celle entre ressources personnelles et ressources impersonnelles. Les choix reflètent la personnalité de l'individu, composée de ses ambitions,

---

[885] Selon laquelle il doit y avoir continuité entre convictions éthiques et principes politiques.
[886] Publiés en 1981 pour les deux premiers et 1983 pour le dernier, « What is Equality – Part 1 and 2 » ont été réimprimés dans SV, dont ils constituent les deux premiers chapitres. Le troisième à été réimprimé dans QP, sous le titre « Pourquoi les libéraux doivent se soucier d'égalité », chap.9.
[887] DWORKIN Ronald, QP, p.257. Nous avons mentionné ces deux compréhensions du libéralisme lors de la discussion de la thèse de la continuité, préciser la page.
[888] DWORKIN Ronald, QP, p.259.
[889] Bien que Dworkin les conserve au sein de l'arsenal de la justice distributive, DWORKIN Ronald, QP, p.261.
[890] Nous reprenons la traduction de Marc Saint-Upéry de l'expression « ambition-sensitive and endowment insensitive », in KYMLICKA Will, *Les théories de la justice : libéraux, utilitaristes, libertariens, marxistes, communautariens, féministes…*, « Note sur la traduction ».

de ses préférences, de ses aspirations, etc., et de ses traits de caractère. Les circonstances décrivent tant les ressources personnelles de l'individu, telles ses caractéristiques physiques ou psychologiques et ses aptitudes, que ses ressources impersonnelles composées de la somme de ses biens transférables et de ses droits – plus particulièrement ceux qui portent sur l'utilisation desdits biens[892]. L'égalité des ressources désigne le rapport entre ces différents éléments en tant qu'interprétation de l'égale importance et de la responsabilité spéciale.

D'emblée, la distinction entre choix et circonstances semble particulièrement fine. En effet, si les choix résultent de la personnalité, notamment des traits de caractères, l'inverse n'est pas vrai. Il apparaît donc quelque peu artificiel de tracer une distinction entre les choix et les aptitudes psychologiques assignées aux circonstances. Dans quelle mesure un trouble de la personnalité, tel une personnalité antisociale, doit-il être considéré comme un handicap? À l'inverse, certains traits de caractère, comme l'assiduité ou la patience, peuvent être développés et des antécédents sociaux ou familiaux dépassés. Sans creuser le problème plus en avant, notons dans l'immédiat que la ligne de partage entre inégalités légitimes et illégitimes tracée par Dworkin convoque d'importantes questions philosophiques sur le rapport entre autonomie et détermination. Pour l'heure, selon quel critère distribuer les ressources, qui prenne en compte les choix tout en compensant les circonstances? De même, quel serait le mécanisme de redistribution apte à appliquer l'égalité des ressources ainsi conçue?

Ressources impersonnelles : l'enchère hypothétique

Si l'égalisation du bien-être se révèle impossible, il ne s'ensuit pas, du simple fait que les ressources soient relativement indépendantes de la satisfaction, que leur répartition aille de soi. Même en les réduisant à tout ce qui est objet d'appropriation privée, leur pluralité rend difficile leur distribution selon un critère préétabli. Pour résoudre ce problème, Dworkin

[891] DWORKIN Ronald, QP, p.259.

suggère une utilisation originale du marché comme outil de mesure et de répartition. En effet, bien que les marchés réels aient souvent été associés à l'inégalité, à la concurrence plus ou moins sauvage, et de manière générale, à l'exploitation de l'homme par l'homme, leur modélisation adéquate peut fournir un étalon de mesure de la valeur des différentes ressources[893].

Dworkin illustre son propos en élaborant l'histoire d'un groupe de naufragés qui s'échouent sur une île déserte, néanmoins abondamment pourvue en ressources. Ces derniers désignent l'un des leurs pour les répartir également selon le critère d'absence d'envie – ou test de l'envie. Selon ce critère, toute distribution est inégale si à son issue l'un des membres du groupe préfère le panier de ressources d'un autre au sien[894]. Intuitivement, ce test respecte les principes d'importance égale et de responsabilité spéciale. Visant l'absence d'envie, il accorde le même poids à chacun. De plus, l'envie procédant d'une perspective subjective, il prend en compte les préférences individuelles, donc le principe de responsabilité spéciale. Enfin, recherchant l'équilibre entre divers paniers de ressources, et non d'une ou de plusieurs ressources déterminées, il admet une relative indifférence à l'endroit de leur composition qui autorise ainsi la commensurabilité de plusieurs configurations individuelles[895].

L'adjudicateur des ressources de l'île déserte dispose de plusieurs méthodes pour les répartir. Il peut appliquer un critère mathématique strict : diviser chaque ressource par le nombre de naufragés, en supposant que toutes soient divisibles, ou mettre sur pied différents types de paniers de ressources que les autres naufragés se répartiront. Toutefois, ces méthodes mécaniques risquent toutes, lors de la distribution initiale ou au cours des échanges subséquents, de ne plus respecter le test de l'envie, précisément parce qu'elles divisent les

[892] DWORKIN Ronald, SV, p.322.
[893] DWORKIN Ronald, SV, p.66.
[894] DWORKIN Ronald, SV, p.67.
[895] GUIBET LAFAYE Caroline, Justice sociale et éthique individuelle, p.155.

ressources avant de consulter les personnes concernées. C'est pour cette raison qu'un marché idéal, dans le cas précis, une mise aux enchères, se révèle approprié[896].

Il s'agit alors de mettre sur pied un système monétaire, composé en l'occurrence de carapaces de palourdes, qui confère le même pouvoir d'achat à chacun. Ensuite, l'adjudicateur devenu commissaire-priseur considère chaque ressource comme un lot à vendre lors d'une enchère. Pour chaque lot, un prix de départ est fixé puis ajusté à la hausse ou à la baisse afin de ne trouver qu'un seul acquéreur[897]. Dans un premier temps, l'enchère se poursuit jusqu'à ce que toutes les ressources aient trouvé acquéreur. Puis, dans un second temps, chacun est libre d'échanger une ou plusieurs ressources de son panier ou même de les mettre à son tour aux enchères – selon le même critère. L'enchère et les échanges s'arrêtent lorsque le marché a atteint un équilibre, c'est-à-dire que tout le monde est satisfait de la combinaison de ressources qui composent son panier.

Le test de l'envie est alors satisfait : toute personne qui aurait souhaité acquérir d'autres ressources aurait pu se les procurer lors de l'enchère initiale ou au cours du processus d'échange. La distribution égale des carapaces de palourdes garantit que personne n'a été spoliée et donne une mesure du respect de la responsabilité spéciale. En effet, la principale objection formulée à l'encontre de l'égalité de bien-être portait sur l'impossibilité de déterminer un niveau adéquat de bien-être sans préciser au préalable les ressources dont dispose chaque individu, forçant de ce fait à se retrancher derrière une définition arbitraire du bien-être. Tel n'est pas le cas de l'enchère hypothétique dans le cadre de laquelle chaque personne a une idée, ne serait-ce que formelle, des moyens à sa disposition : quiconque sera ainsi capable d'évaluer les ressources nécessaires à la réalisation de ses ambitions, changer ses projets selon les informations du marché, bref, exercer son jugement[898].

[896] DWORKIN Ronald, SV, p.68.
[897] DWORKIN Ronald, SV, p.68.
[898] DWORKIN Ronald, SV, p.69.

De surcroît, en autant que chacun dispose du même pouvoir d'achat, la répartition par enchère accorde une importance égale à tous les participants. Car le prix payé pour chaque ressource, dans la mesure où il s'agit du montant qui dépasse immédiatement ce qu'autrui serait prêt à payer, correspond à ce dont les autres sont privés lors de son acquisition. Dit autrement, l'égalité des ressources garantit les comparaisons interpersonnelles dès le début de mise aux enchères. On reconnaîtra là la notion de coût d'opportunité telle que définie par Posner. En fait, l'enchère hypothétique fonctionne selon les trois lois du marché, nommément, l'offre et la demande, les coûts d'opportunité et l'efficacité de Kaldor-Hicks[899] – l'idée selon laquelle, à terme, un marché libre « dirige » les ressources vers les personnes qui leur attribuent la plus grande valeur.

Bien entendu, l'enchère évoquée par Dworkin reste idéale. En effet, elle échappe aux problèmes d'information asymétrique, les ressources sont abondantes et les coûts d'opportunité n'incluent pas les coûts de recherche ou de transaction. Toutefois, dans son principe, l'égalité des ressources articulée autour du test de l'envie traite bel et bien chacun en égal : les seules revendications possibles consisteraient à se plaindre de l'absence de certaines ressources – par exemple la présence de gisements de cuivre mais pas de charbon – ou de l'effet des préférences combinées du reste de la communauté sur le prix des ressources ou sur la réalisation de certaines ambitions. La justice ne concerne pas le premier type de doléance : seule la répartition peut être qualifiée de juste ou d'injuste[900]. Quant à la seconde, elle procède directement du principe de responsabilité spéciale : si l'on cherchait à atténuer le contraste entre les préférences personnelles et l'arrière-plan social dans lequel elles s'intègrent, l'individu ne pourrait plus identifier les paramètres lui permettant d'évaluer la réussite de sa vie et l'accomplissement de ses aspirations.

En mesure de définir une distribution adéquate, l'enchère hypothétique donne une signification à l'idée d'égalité des ressources, c'est-à-dire propose un critère opératoire pour

[899] Qu'il convient de distinguer de l'efficacité selon Pareto.

évaluer les institutions et les distributions réelles. Il est aussi possible d'appliquer la structure de l'enchère aux institutions dont la fonction est explicitement liée à la distribution, tel le marché boursier, en vue d'en améliorer le fonctionnement[901].

Ressources personnelles : le mécanisme d'assurance

« *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* ». Le problème de l'égalité des ressources paraphrase la déclaration universelle des droits : comment maintenir dans la durée une distribution satisfaisant le test d'envie? Même en supposant que les résultats de l'enchère hypothétique puissent être reproduits dans la réalité, ils ne seront au mieux qu'éphémères, à la fois à cause des circonstances qui affectent les individus et de leurs aspirations.

Imaginons le cas de quatre naufragés, Pierre, Olivier, Martine et Georges. Aucun n'envie le panier de ressources de l'autre et leur contenu respectif sont semblables. Les quatre ont acheté un terrain. Olivier et Pierre se sont procuré leur lot à cause des massifs de corail qui s'y trouvent. Tandis qu'Olivier les voit comme la matière première de son entreprise de bijoux et un lieu privilégié pour la pêche aux crustacés, Pierre a l'intention de profiter des remous côtiers provoqués par les récifs pour faire du surf. De l'autre côté de l'île, Martine et Georges ont chacun mis sur pied une culture d'huîtres.

Un an plus tard, Olivier a fait fructifier son domaine et est propriétaire d'une bijouterie et d'un restaurant spécialisé dans les fruits de mer. Pierre a passé l'année à faire du surf et subvient à peine à ses besoins élémentaires. La culture d'huîtres de Martine est prospère, surtout depuis qu'elle a passé un contrat d'approvisionnement avec le restaurant d'Olivier. Par contre, l'exploitation de Georges a périclité à cause d'un glissement de terrain qu'il n'a pu compenser ayant été frappé de mononucléose. Il vit désormais dans le dénuement le plus complet. Ces disparités satisfont-elles le test d'envie?

---

[900] DWORKIN Ronald, SV, p.69.

On reconnaîtra dans cet exemple une approximation de la distinction entre choix et circonstances. Comment l'égalité des ressources peut-elle en rendre compte? Dworkin propose de la retracer par un continuum : à un extrême, la chance optionnelle et à l'autre, à la chance brute[902]. La chance optionnelle décrit les résultats des risques calculés pris par une personne, par exemple, lors de l'achat d'un billet de loto. La chance brute concerne les risques encourus indépendamment d'un geste délibéré comme se faire heurter par un véhicule à la terrasse d'un café. Les deux types de risques peuvent se recouper – perdre un investissement en recherche et développement à cause d'un incendie des locaux – et certaines situations constituent des cas limites, tel le choix d'un emploi dit à risque.

Dworkin décline alors le problème de l'évolution des inégalités après l'enchère initiale en deux questions générales. D'une part, l'égalité des ressources admet-elle les inégalités résultant de la chance optionnelle? D'autre part, l'égalité des ressources admet-elle les inégalités liées à la chance brute?

La chance optionnelle

En ce qui concerne la chance optionnelle, la question se pose sous deux rapports : premièrement, entre les personnes qui prennent des risques et celles qui n'en prennent pas; deuxièmement, entre les personnes qui, ayant pris les mêmes risques, connaissent un sort différent. Doit-on redistribuer les gains d'une personne à la roulette à une autre qui tient le jeu et les casinos en horreur de manière à égaliser leurs ressources? Poser la question équivaut presque à y répondre; dans la mesure où les deux *choisissent* leur activité, si elles bénéficient toutes deux au départ de l'égalité de leurs ressources, il serait foncièrement injuste de prendre une partie des gains de la première pour les redistribuer à la seconde qui ne s'expose pas aux mêmes risques[903]. Chacune bénéficie d'une égale de liberté en acte, celle de tenter ou non sa

[901] DWORKIN Ronald, SV, p.70.
[902] DWORKIN Ronald, SV, p.73.
[903] DWORKIN Ronald, SV, p.74.

chance selon un ensemble donné de circonstances qui justifie l'exclusivité de ses gains ou de ses pertes. Ce dernier point est important car il esquisse la relation, dans le cadre de l'égalité de ressources, entre l'égale liberté en acte et l'égale liberté en moyens : si l'exercice de la liberté de moyens par un individu ne prive personne d'autre de sa juste part, alors on peut dire qu'il y a égale liberté en acte[904].

La comparaison de deux personnes qui courent des risques mais dont le sort est différent est de prime abord plus délicate puisque l'on ne peut y voir une différence catégorique de choix de vie ou d'activité. Toutefois, il ne s'agit que d'une apparence puisqu'en dépit des pertes encourues par l'une lors d'un pari il y avait égalité de départ : tenir ou non ledit pari. En d'autres termes, pour justifier une distribution du gagnant au perdant, il faudrait que le taux de risque varie selon la personne, *une fois le pari engagé*. Dès que le pari et la prise de risque sont également ouverts à tous, les inégalités qui en résultent sont légitimes[905]. Inversement, et c'est là le début d'une justification de la redistribution, une inégalité des ressources qui résulte d'un pari que tous n'ont pu prendre est injuste.

La chance brute

La chance brute pose problème au test de l'envie dans la mesure où ses effets ne sont justement pas l'objet d'un pari ou d'un calcul délibéré[906]. Ainsi, la victime d'un accident de train qui se retrouve handicapée à vie n'a pas décidé de courir le risque d'un voyage réussi contre celui de vivre avec les séquelles d'une collision à haute vitesse. Il importe de souligner que l'inverse est également vrai : une personne qui bénéficie de facultés naturelles fort développées ou qui reçoit un héritage n'est pas responsable de ces gains au sens de la chance optionnelle. Dworkin propose de greffer un mécanisme assurantiel sur le marché hypothétique

[904] Propriété qui annonce l'entrelacement de la liberté et de l'égalité de ressource, lequel démontre l'association de cette dernière à une forme de liberté. Voir aussi, DWORKIN Ronald, « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court ».
[905] DWORKIN Ronald, SV, p.75.
[906] DWORKIN Ronald, SV, p.76.

pour rendre compte de ce qui échappe à un système conçu pour équilibrer les choix de chacun.

L'assurance joue un rôle important dans l'égalité des ressources car elle établit un pont entre la chance optionnelle, objet des choix individuels, et la chance brute qui manifeste les circonstances. En effet, si les évènements marqués par la chance brute ne peuvent être imputés aux personnes, il en est autrement de leur couverture par une assurance. En d'autres termes, s'il existe une couverture d'assurance qui compense les accidents impliquant un véhicule motorisé, alors les inégalités qui pourraient s'ensuivre relèvent de la chance optionnelle[907]. En situation d'égalité de ressources, l'assurance convertit la chance brute en ressources qu'un individu peut se procurer[908]. Tandis que certains estimeront inutile toute compensation pour un sort jugé trop horrible, d'autres préfèreront investir dans ce qu'ils considèrent comme une gestion du risque. En ce sens, l'assurance prolonge les choix dans le domaine des circonstances en épousant les préférences des contractants et étend la sphère de la liberté, alors prémunie contre les impondérables[909].

Les inégalités entre Olivier, Pierre, Martine et Georges peuvent ainsi être expliquées. Olivier et Pierre ont accepté les risques qui accompagnaient leur style de vie respectif, en l'occurrence, un travail ardu pour la possibilité de gains importants et une vie de loisirs exposée à la frugalité. En ce qui a trait à Martine et Georges, le fossé qui sépare leur qualité de vie relève de la chance brute. De ce point de vue, si parmi les ressources vendues aux enchères, une assurance avait été proposée aux naufragés qui, par ailleurs, connaissaient les risques associés à leurs projets, ces derniers auraient soit été couverts ou, s'ils s'étaient abstenus d'y adhérer, n'auraient pu réclamer.

[907] DWORKIN Ronald, SV, p.76.
[908] Plus exactement, le risque est transformé en capital. Voir EWALD François, L'État providence, p.177. À ce sujet, différentes interprétations du lien entre ressource et assurance sont possibles selon l'instant où intervient la liberté. Ainsi, Kolm considère l'assurance comme une extension d'un contrat social à cause du lien entre assurance et liberté – ou affranchissement de circonstances indues. Par contraste, Dworkin localise la liberté dans l'achat de la couverture ce qui en fait une ressource. Chez Kolm, ce sont les circonstances qui sont égalisées au nom d'un schème de libertés de base, chez Dworkin ce sont les ressources, parmi lesquelles l'assurance dont l'étendue reste assujettie aux préférences individuelles. KOLM Serge-Christophe, Modern Theories of Justice, p.227.
[909] KOLM Serge-Christophe, Modern Theories of Justice, p.228. EWALD François, L'État providence, p.174 et p.181.

Or, les notions de chance optionnelle, de chance brute et d'assurance reposent sur deux présupposés de taille : la connaissance des risques associés à une activité et la possibilité de s'assurer. Même au sein de la parabole de l'île déserte, les naufragés ne peuvent connaître les probabilités associées à une catastrophe naturelle, à une maladie grave ou plus simplement à l'absence de valeur sur le marché de l'activité entreprise[910]. Plus grave, même dans l'éventualité où les données susmentionnées soient disponibles, certains naîtront affligés de handicaps ou d'une prédisposition à un syndrome ou l'autre, contre lesquels ils n'auront jamais eu la possibilité de s'assurer[911].

La compensation des handicaps

Selon une perspective libérale solidariste, les handicaps représentent l'injustice la plus criante. Leur caractère à la fois permanent et antérieur à tout choix sape même l'égale liberté en acte : peut-on sérieusement soutenir qu'une personne souffrant d'une déficience cognitive dispose des mêmes chances qu'un individu présentant des capacités dans la moyenne, au sens statistique du terme? Dans le même ordre d'idées, les handicaps heurtent les intuitions quant à la responsabilité, car ils ne peuvent à proprement être imputés à qui que ce soit.

De prime abord, le mécanisme d'assurance semble incapable de compenser ce type particulier de malchance brute. Dworkin souligne les propriétés contrefactuelles de la perspective assurantielle : si une personne handicapée ne peut se procurer une couverture avant l'apparition de son handicap, il est néanmoins possible d'en évaluer la probabilité, donc d'estimer ce qu'en coûterait la couverture s'il était connu à l'avance et semblable pour tous[912]. Puisque les handicaps sont complètement immérités, tout comme le sont les atouts relatifs des personnes qui en sont exemptes, il n'est pas illégitime de demander à ces dernières de cotiser à une couverture dont bénéficieront les membres handicapés de la communauté. Le

[910] Dit autrement, si les biens produits à partir des ressources n'intéressent personne.
[911] DWORKIN Ronald, SV, p.79.
[912] DWORKIN Ronald, SV, p.78.

raisonnement de Dworkin repose sur un transfert de légitimité : si la distribution initiale est légitime, à risque égal, la couverture moyenne le sera aussi puisqu'elle repose sur l'agrégation de choix volontaires, contrefactuels ou non. Un handicap pouvant être considéré comme un accident dont la victime n'a pu se prémunir, il est juste de le compenser.

Il s'agit de la première ébauche de la réplique à la critique libertarienne. En dépit du caractère intuitif du principe de propriété de soi, qui suggère l'absence de justification supplémentaire, le principe d'une couverture d'assurance semble prendre la liberté plus au sérieux. En effet, si la liberté constitue le seul moyen de saisir autrui comme une fin en soi, les avantages dérivés de la différence d'aptitude vis-à-vis d'une personne handicapés instrumentalisent cette dernière. De plus, les handicaps sont antérieurs à la propriété de soi. L'apparente ouverture de la liberté libertarienne restreint en fait la réflexion sur ses conditions de possibilité.

De plus, l'évaluation du poids des handicaps par le biais du mécanisme d'assurance évite un des écueils rencontré par le welfarisme. Ainsi, l'égalité de bien-être achoppe sur la juste compensation des handicaps : envisagés selon le bien-être, leur correction mène soit à l'esclavage des plus aptes, lorsque l'augmentation marginale du bien-être exige la totalité des bénéfices des autres membres de la communauté, ou à l'absence complète de redistribution, précisément pour la même raison[913]. L'égalité de bien-être et ses principes dérivés – notamment, le principe de secours en distribution des soins de santé[914] – semble n'avoir rien à ajouter au sujet de la juste rectification des handicaps. Sans définitivement résoudre le problème, certains handicaps ne pouvant être intégralement compensés, le mécanisme assurantiel propose ne serait-ce qu'un intervalle à l'intérieur duquel un gouvernement pourrait choisir de fixer le montant attribué aux handicaps.

Travail, talents et profits : le modèle de l'assurance prudente

[913] DWORKIN Ronald, SV, p.79.
[914] DWORKIN Ronald, SV, p.310.

Bien que le problème normatif posé par les handicaps soit considérable, les inégalités les plus fréquentes proviennent des rapports de production et de consommation, autrement dit, du travail et des profits générés. Comme la situation des naufragés l'illustre, les inégalités qui dérivent d'aspirations différentes, ces dernières incluant le choix éclairé d'une couverture d'assurance, ne sont pas problématiques. À la limite, il serait possible de débattre de la pertinence d'une compensation publique des pertes encourues à cause d'un manque d'information, ou de la mise en place d'une politique d'assurance obligatoire par secteurs d'activités, mais l'égalité des ressources peut rendre compte de tous ces cas de figure par le biais de la logique assurantielle.

Par contre, la situation des quatre naufragés est justifiée uniquement si leurs aptitudes productives ou leurs talents sont égaux, présupposé qui a peu de chance de se vérifier dans la réalité[915]. Imaginons que lors de l'enchère initiale, deux autres naufragés se soient chacun procuré un lot de terre pour y faire pousser de la canne à sucre. Les deux travaillent autant et souhaitent vendre leurs produits. L'un est naturellement doué en agriculture, ce qui lui laisse suffisamment de temps pour promouvoir ses récoltes. Le second, en dépit de ses heures de labeur, éprouve beaucoup de difficultés à rentabiliser sa terre. Qui plus est, il est dépourvu d'entregent et n'arrive pas à optimiser le peu de temps qu'il lui reste. Un an après la première enchère, le premier prospère et envisage d'acheter de nouvelles terres tandis que le second est criblé de dettes. Dès lors, faut-il considérer que le test de l'envie n'est plus satisfait, et, le cas échéant, qu'y faire?

Une interprétation restreinte de l'égalité des ressources soutiendrait que la rectification de la différence de niveau de vie entre ces deux agriculteurs serait illégitime puisqu'elle confondrait l'envie éprouvée à l'endroit du panier de ressources avec l'envie éprouvée envers autrui. Toutefois, cette position repose sur une compréhension erronée des coûts d'opportunité : ces derniers ne se réduisent pas à l'acquisition des ressources, mais recouvrent

[915] DWORKIN Ronald, SV, p.85.

aussi la production. De plus, elle sous-estime l'enchevêtrement des aptitudes naturelles et de l'utilisation des ressources. Il s'ensuit que la valeur ajoutée aux ressources d'un panier donné peut réduire celle des autres paniers[916]. Autrement dit, la capacité de production du plus doué a un impact sur celle de l'autre, ne serait-ce qu'en raison de son influence sur les prix. À ce titre, la nouvelle distribution des ressources enfreint le test de l'envie.

Dworkin propose à cet égard de considérer les inégalités en talents comme une forme atténuée d'inégalités liées aux handicaps[917]. Là encore, le niveau de compensation serait fixé en fonction d'une couverture imaginaire contre les conséquences d'une absence de talents donnée. Il convient de souligner que l'individu ne s'assure pas contre l'absence d'un talent comme telle, mais bien contre sa manifestation sur le marché, nommément, le revenu. Chaque membre de la communauté aurait la possibilité, connaissant ses ambitions et ses talents, de se procurer une couverture qui comblerait la différence entre le revenu présumé et le résumé réel, dans l'éventualité où ce dernier serait inférieur au premier[918]. Le montant de la prime serait fonction des chances du contractant d'atteindre le revenu souhaité, calculées selon la répartition des talents, ambitions et goûts sur l'ensemble de la collectivité[919]. Ces informations sont connues de tous[920]. La prime ne serait pas payée à partir du lot de ressources initiales, mais à partir des revenus dérivés de son utilisation[921]. Non seulement les couvertures d'assurances sont-elles contractées dans une situation d'égalité des ressources, mais l'absence d'égalité des ressources pourrait justifier les transferts nécessaires à l'octroi d'une couverture minimale. Il resterait à déterminer, grâce au calcul actuariel, la couverture moyenne adoptée par la population.

Néanmoins, l'inégalité de talents se distingue des handicaps de la manière suivante. Les handicaps sont, hélas, suffisamment stéréotypés pour que leur identification soit aisée. De

[916] DWORKIN Ronald, SV, p.86.
[917] DWORKIN Ronald, SV, p.92.
[918] DWORKIN Ronald, SV, p.94.
[919] Compilation des caractéristiques d'une population qui par ailleurs représente un trait constitutif du risque : le sort de chacun est évalué en fonction d'un arrière-plan collectif. EWALD François, L'État providence, p.176.
[920] DWORKIN Ronald, SV, p.332.
[921] DWORKIN Ronald, SV, p.94.

surcroît, leur impact, qui précède toute aspiration, confère une légitimité accrue à un système de compensation. La compensation des talents trébuche sur ces deux points. En effet, les talents nécessaires au succès dans un grand nombre de professions sont acquis et non innés : les qualités nécessaires à l'exercice de la psychologie n'apparaissent pas dès le berceau[922]. De surcroît, il est difficile d'attribuer les différences de revenu entre un psychologue compétent et un psychologue médiocre à une authentique différence de talent ou d'efforts. À l'inverse, certains talents laissent plus facilement l'impression d'un atout inné : au-delà d'un certain point, l'entraînement d'un boxeur ne peut compenser son absence de réflexes. Alors, pourquoi et dans quelle mesure compenser un phénomène aussi flou sans que cela ne soit le reflet de préjugés sur la responsabilité ou une aptitude type?

L'équilibre interne de l'assurance

L'entrelacement des aspirations et des talents risque d'entraîner une inflation des couvertures : en l'absence d'indications sur la valeur productive de ses aptitudes naturelles, un individu rationnel choisira, parmi les revenus disponibles dans l'économie de sa communauté, la couverture qui lui assurera le revenu le plus élevé[923]. Il est d'autant plus sûr de récolter un revenu supplémentaire que son propre revenu potentiel est bas. Cette objection pourrait être sérieuse, n'eut été de l'agencement de la prime au risque[924]. De plus, même une institution d'assurance à but non lucratif ne proposera jamais qu'une couverture dont les indemnités resteront inférieures à la somme des cotisations, ne serait-ce que pour assurer ses frais de fonctionnement. En termes techniques, on dira de l'assurance qu'elle propose un pari financièrement désavantageux, c'est-à-dire, dont la mise est supérieure au gain envisagé, par opposition à l'achat d'un billet de loterie dont la mise est inférieure au gain potentiel – toutes probabilités gardées[925].

[922] DWORKIN Ronald, SV, p.91.
[923] DWORKIN Ronald, SV, p.96.
[924] PERETTI-WATEL Patrick, La société du risque, p.9.
[925] DWORKIN Ronald, SV, p.95.

Ces deux contraintes se conjuguent pour brider les ambitions des assurés. Ainsi, pour reprendre l'exemple des deux naufragés agriculteurs, tous sont effectivement libres de contracter une assurance dont les indemnités leur donneraient le revenu d'un milliardaire. Mais pour l'ensemble des individus dont les talents les placent légèrement en-dessous de la moyenne de la courbe de probabilité des revenus, le risque que leur revenu soit inférieur à celui d'un milliardaire est élevé. Selon leur perspective, ces assurés ont de bonnes chances d'obtenir leur indemnité; du point de vue de l'assureur, le coût des primes fixées sera proportionnel au risque encouru. Pour les assurés le paradoxe est donc le suivant : le risque d'avoir un revenu inférieur aux percentiles les plus élevés de la courbe de distribution des revenu est tel qu'ils devront payer des primes qui leur sont supérieures, précisément ce que leur capacité à générer un revenu ne leur permet pas[926].

La réciproque est aussi vraie : plus le revenu garanti par une couverture est bas, plus le risque d'avoir un revenu supérieur ou égal est élevé, plus les primes à payer sont réduites. Cela dit, pourquoi chercher à investir dans une pratique dont les coûts sont supérieurs aux bénéfices[927]? Cette objection trouve sa réponse dans le rapport entre les cotisations et les indemnités d'une couverture d'assurance et dans la valeur de la perte encourue.

L'assurance détermine la valeur monétaire d'une perte résultant d'un accident. Toutefois, il y a une relative dissociation entre l'indemnité, calculée selon les coûts de l'accident pour sa probabilité d'occurrence, et la manière dont ce dernier est vécu, ce à quoi correspond la perte[928]. Or, pour une personne dont le revenu se situe en-deçà du cinquantième percentile de la courbe de distribution, une perte, si minime soit-elle en termes financiers, est considérable. Or, si l'indemnité est fonction des cotisations payées, son utilité marginale croît selon la perte ressentie[929]. Concrètement, une indemnité fixée à la moitié d'un revenu

[926] DWORKIN Ronald, SV, p.96.
[927] DWORKIN Ronald, SV, p.97.
[928] EWALD François, L'État providence, p.178.
[929] DWORKIN Ronald, SV, p.98.

mensuel représente beaucoup pour une personne dont le revenu annuel est en-dessous du seuil de la pauvreté, même si le pari est financièrement désavantageux.

Qui plus est, dans une distribution normale des revenus, le nombre d'individus en mesure de gagner un revenu donné croît plus vite que le niveau de revenu ne descend. En d'autres termes, si le pourcentage d'une population qui a quelque chance d'avoir un revenu situé au niveau du quatre-vingt dix-neuvième percentile est très petit, le pourcentage d'individus capable d'obtenir un revenu supérieur ou égal au cinquantième percentile dépasse de loin le double de cet effectif[930]. Ce phénomène tend donc à « tirer vers le haut » le montant des indemnisations. Il est ainsi possible de supposer que l'utilité marginale des indemnisations et le coût des cotisations s'équilibrera aux alentours du quarantième percentile, ce qui, incidemment, dépasserait le niveau moyen des prestations d'assistance sociale aux États-Unis ou au Canada[931]. Ainsi, dans une situation d'égalité de ressources, chacun reste libre d'évaluer la couverture qui lui convient, selon ses aspirations, le coût des primes, son attitude à l'endroit des risques et son jugement à l'égard de ses propres aptitudes[932].

Impôts et modèle d'assurance prudente

Dans le cas autrement plus vraisemblable d'une inégalité des ressources, le modèle d'assurance prudente fournit les prémisses d'une politique fiscale à même de garantir à chacun la capacité financière de se procurer une couverture adéquate. Ainsi, à partir d'un impôt progressif sur le revenu, il serait possible d'effectuer les transferts nécessaires à la neutralisation des circonstances – l'inégalité des ressources étant alors perçue comme l'une d'elles. Certains calculs actuariels seraient alors nécessaires pour déterminer, en fonction de la

[930] DWORKIN Ronald, SV, p.97.
[931] Nous ne faisons référence qu'aux régimes publics d'assurances chômage auxquels l'individu cotise lorsqu'il a un emploi.
[932] DWORKIN Ronald, SV, p.332. Voir aussi Ibid., p.313.

répartition des revenus, ce que serait la couverture moyenne dans une situation d'égalité de ressources. Toutefois, de telles difficultés techniques ne sont pas insurmontables[933].

Ainsi stabilisé, tant contre l'inflation que contre la déflation des couvertures, le mécanisme assurantiel est potentiellement applicable à tous les objets traditionnels de l'assurance, non seulement les handicaps et le chômage, mais aussi la retraite, les accidents de travail et la santé[934]. Dans ce dernier cas, le modèle de l'assurance prudente a pour avantage supplémentaire de résoudre le problème du plafond des dépenses en santé. Composé des priorités de chacun en fait de soins de santé, on ne peut le qualifier de superflu ou d'insuffisant. Qui plus est, son application est susceptible de plusieurs formes institutionnelles, soit la forme de l'assurance publique, directement financée par l'impôt sur le revenu, avec indemnisation directe aux bénéficiaires, ou encore des systèmes d'assurances hybrides impliquant que le gouvernement effectue les transferts requis alors que l'individu reste libre de contracter la couverture qui lui convient le mieux.

La structure enchère hypothétique-mécanisme assurantiel rend ainsi compte des principales sources d'inégalités et en propose une rectification conforme aux principes d'individualisme éthique, accordant une importance égale au sort de chacun vis-à-vis des circonstances tout en respectant la responsabilité spéciale et les choix qui en découlent. Ce dernier point mérite d'être souligné. Si l'on admet que l'opposition entre ressourcisme et welfarisme relève d'une dichotomie entre moyens et résultats, alors l'égalité des ressources dworkinienne propose une conception de la justice distributive qui équilibre abstention et intervention sans jamais présumer d'un quelconque résultat, ce dernier restant l'apanage des personnes.

[933] DWORKIN Ronald, SV, p.100.
[934] Bien entendu, l'ordre dans lequel ces risques ont été couvert et le caractère public ou privé des institutions d'assurances correspondantes dépend de l'histoire de chaque pays.

Comparaison : égalité de ressource et principe de différence

La recherche d'une harmonisation des ressources aux préférences personnelles qui soit la plus précise possible démarque la conception dworkinienne de la justice distributive du principe rawlsien de différence. Dans sa réflexion sur le principe de différence, Rawls conteste ce qu'il appelle le principe de réparation, selon lequel les inégalités naturelles doivent être compensées jusqu'à ce que l'égalité des chances soit garantie pour tous[935]. Dans la mesure où la répartition des caractéristiques naturelles est moralement contingente, il n'y a pas lieu de chercher à les compenser. Ce qui importe, du point de vue de la justice, c'est le traitement social de ces inégalités, lequel requiert que les atouts des plus avantagés profitent aux plus défavorisés par le biais des surplus économiques générés[936].

Dworkin reproche au principe de différence de n'appréhender les inégalités qu'à travers leur dimension socio-économique et de négliger l'influence des handicaps sur la distribution des ressources – or, celle-ci est directe[937]. Dans le même ordre d'idéess, l'expression « les plus défavorisés » désigne un groupe, lui aussi défini en termes socio-économiques. Il s'ensuit que le principe de différence ne rend pas compte de la situation des personnes dont la qualité de vie est altérée par un handicap, puisque ces derniers ne constituent pas un profil économique type[938].

De surcroît, le principe de différence fait face à un problème de définition : qui sont les personnes qui composent le groupe des plus défavorisés? À partir de quel percentile de la courbe des revenus considère-t-on une personne comme défavorisée? La question n'est pas uniquement technique puisque, de la définition du groupe le plus défavorisé, on justifiera en quoi sa prise en compte, par opposition à l'ensemble du groupe par exemple, détermine ce qui

[935] RAWLS John, Théorie de la justice, p.131.
[936] RAWLS John, Théorie de la justice, p.132.
[937] DWORKIN Ronald, SV, p.113.
[938] DWORKIN Ronald, SV, p.113.

est juste[939]. Il s'ensuit qu'entre deux programmes d'allocations sociales, l'un compensant tout revenu en-deçà d'un certain niveau, l'autre, conditionnel, compensant uniquement les personnes cherchant activement un emploi[940], le principe de différence ne peut désigner le plus juste. L'adoption du second programme mènera à négliger les personnes qui ne peuvent travailler, enfreignant l'égale importance. Par contre, le recours au programme inconditionnel impliquera une diminution du surplus de bien sociaux primaires à redistribuer en raison de l'inactivité de ceux qui choisissent de ne pas travailler, empiétant alors sur la responsabilité spéciale[941]. Le principe de différence ne respecte donc pas intégralement l'exigence de comparaison interpersonnelle du principe égalitaire abstrait. Par conséquent, si un programme entraîne une baisse radicale du niveau de vie de la communauté en faveur du groupe le plus défavorisé, ce programme est requis par la justice distributive rawlsienne. Dans cette optique, le test de l'envie et le mécanisme d'assurance fournissent une mesure de commensurabilité plus précise que le principe de différence, dont les comparaisons s'effectuent à une échelle macro-sociale.

La recherche d'une compensation la plus complète possible des inégalités naturelles marque le second déplacement d'importance dans la problématisation de la justice. Ainsi, la justice comme sollicitude ne s'attache plus exclusivement aux constructions sociales que sont les droits, les positions ou la richesse mais, dans son entreprise d'intégration de chacun, traite directement des caractéristiques naturelles. L'exigence de justice acquiert une dimension supplémentaire laquelle dépasse le seul traitement social des faits naturels : ces derniers deviennent directement matière à revendication. Par la recherche d'une commensurabilité sans cesse accrue, l'entreprise d'intégration d'individus jugés également libres en sédimente les aspects les plus immédiatement particuliers, effectuant ainsi une boucle avec l'autre type

[939] DWORKIN Ronald, SV, p.114.
[940] Dont la preuve pourrait être fournie par l'inscription à un programme d'insertion sur le marché du travail.
[941] Tant celle de ceux qui choisissent de ne pas travailler, alors inconscients de la valeur de leur choix, que de ceux qui travaillent et n'en retirent pas le plein profit. DWORKIN Ronald, SV, p.330.

de particularisme sur lequel s'appuie la communauté libérale, à savoir le pluralisme des convictions éthiques.

4. DROITS AUX RESSOURCES : L'ASSOCIATION CONSTITUTIVE DE L'ÉGALITÉ ET DE LA LIBERTÉ

Pourvue du *distribuendum* que sont les ressources transférables et personnelles, la justice comme sollicitude peut relever le défi lancé par le pluralisme axiologique et le libertarisme. Tel que présenté précédemment, il apparaît que le conflit entre liberté et égalité est plus complexe que la simple antinomie de deux valeurs, comme le courage et la prudence. En effet, au même titre que la liberté peut-être un objet de l'égalité, l'égalité peut donner la mesure de la liberté[942]. La question qui s'impose n'est donc pas purement conceptuelle, elle est avant tout normative : selon quels paramètres vaut-il la peine d'être libre ou égal? De surcroît, les revendications exprimées au nom de la liberté se fondent sur le principe égalitaire abstrait : la dimension inédite des idéaux politiques proclamés au cours du XVIIIe siècle n'est pas tant la découverte d'une liberté auparavant absente de l'horizon normatif, mais bien l'exigence de liberté *pour tous*, par opposition aux sociétés de classes et aux privilèges[943]. Dworkin peut donc affirmer qu'en cas d'authentique conflit entre égalité et liberté, l'égalité a préséance puisque l'inverse équivaudrait à affirmer que certains membres d'une communauté politique importent moins que d'autres[944].

a. Pluralisme axiologique et archimédisme

De ce point de vue, une remarque préliminaire peut être formulée à l'endroit du pluralisme axiologique, tel que Berlin l'applique à l'égalité et à la liberté. En tant que théorie axiologique, le pluralisme affirme l'inévitable antagonisme des valeurs ultimes : par

[942] SEN Amartya, Inequality reexamined, pp.22-23.
[943] Nous ne faisons référence qu'à l'évolution des idées politiques, il va de soi que la réflexion sur le libre arbitre et la nature humaine a connu une évolution plus complexe.
[944] DWORKIN Ronald, SV, p.129.

définition, l'adhésion à la liberté s'effectuera au détriment de l'égalité et réciproquement[945]. À l'échelle publique, la mise en œuvre d'un principe s'effectuera toujours au bénéfice d'un groupe plutôt que d'un autre. Le problème n'est donc pas d'évaluer si l'application d'une vertu politique lèse un groupe en général, mais de savoir *quel* groupe léser[946].

Il est dès lors possible d'attribuer à Berlin une forme d'archimédisme axiologique, soit sa variante austère, selon laquelle les valeurs se définissent par leur rivalité, par opposition aux autres registres de discours[947]. De ce fait, Berlin aurait à démontrer les fondements de son jugement à l'endroit des convictions éthiques, ou, si le qualificatif archimédien lui était accolé à tort, en quoi les pertes inhérentes à l'articulation de deux valeurs fondamentales sont réellement mauvaises.

En effet, selon Berlin, la liberté se définissant comme l'absence de coercition, empêcher un individu de tuer son voisin représente une limitation de sa liberté. Néanmoins, en quoi la prévention d'un assassinat représente-t-elle un mal? Ou, réciproquement, en quoi le libre assassinat représente-t-il un bien tel que la définition de la liberté doive l'inclure? En l'absence de réponse, cette conception de la liberté doit être abandonnée car elle n'ajoute rien à sa signification normative[948]. Le pluralisme axiologique représente donc la conclusion d'un processus au cours duquel chaque perte potentielle a été évaluée, et non la prémisse d'un raisonnement normatif.

En revanche, la portée de cette objection reste limitée par son caractère formel qui ne rend pas pleinement justice à la théorie de Berlin. D'une part, Berlin ne nie pas la pertinence des mesures de redistribution au profit d'un droit à la liberté. Son propos est plus précis : dans la mesure où l'on accepte l'égalité en droits, il importe de ne pas les confondre avec ce qui ne constitue qu'un moyen. De ce point de vue, même si l'on peut harmoniser de manière abstraite liberté et égalité matérielle, la véritable question est la suivante : est-il possible de

[945] BERLIN Isaiah, Liberty, p.quelque chose. Voir aussi DWORKIN Ronald, JR, p.108.
[946] DWORKIN Ronald, JR, p.109.
[947] DWORKIN Ronald, JR, p.146.
[948] DWORKIN Ronald, JR, p.115.

concrétiser cette association sans que l'amélioration de l'une ne s'effectue au détriment de l'autre? L'égalité des ressources doit donc spécifier la place accordée à la liberté selon les exigences de la cohérence par abduction mais, au-delà de la compatibilité théorique, proposer une échelle de mesure des progrès accomplis telle que l'amélioration concrète de la distribution des richesses s'effectue en conjonction avec la liberté[949].

b. Stratégie de l'intérêt et stratégie constitutive

Dworkin distingue deux méthodes permettant d'associer les deux vertus politiques cardinales : la stratégie de l'intérêt et la stratégie constitutive[950]. La stratégie de l'intérêt préconise une démarche en deux étapes, au cours de laquelle se succèdent l'identification de la distribution idéale selon les intérêts de chacun puis les droits fondamentaux, adjoints en tant qu'instruments qui garantissent la réalisation des intérêts de chacun[951]. On reconnaîtra là une conception discontinue des valeurs politiques[952]. À l'inverse, la stratégie constitutive enchâsse la liberté dans la structure même de la conception de l'égalité défendue, conformément à la cohérence par abduction de la géode normative. *« Elle insiste sur la présence de la liberté dans la définition même d'une distribution idéale de telle manière qu'il puisse y avoir réconciliation de la liberté et de l'égalité »* [953].

La justice rawlsienne comme stratégie de l'intérêt

De prime abord, la stratégie de l'intérêt semble plus séduisante puisqu'elle articule les deux valeurs tout en respectant leur autonomie respective. Par opposition, la stratégie constitutive, ne procédant qu'en une étape, se rapproche dangereusement de l'utopie fusionnelle dénoncée par Berlin. Néanmoins, si la stratégie constitutive relève de la tautologie, la stratégie de l'intérêt est à la limite de la profession de foi. En effet, rien

[949] DWORKIN Ronald, SV, p.123.
[950] traduction libre de "Interest strategy" et "Constitutive strategy", DWORKIN Ronald, SV, p.134.
[951] DWORKIN Ronald, SV, p.135.
[952] Voir supra, p.78.

n'indique que la mise en place d'un système de distribution idéal implique la reconnaissance des droits fondamentaux.

Ces derniers ont entre autres fonctions, la protection des points de vue minoritaires, fussent-ils jugés irrationnels ou dépourvus d'intérêts. Pourquoi un contractant dont les opinions et le style de vie sont partagés de la majorité chercherait-il à mettre sur pied une structure encourageant l'épanouissement d'alternatives dont il n'a que faire? Le partisan d'une stratégie de l'intérêt n'a d'autre choix que d'attribuer à chaque droit une valeur intrinsèque telle qu'aucun contractant raisonnable ne pourrait la refuser. C'est ce que préconise Rawls lorsqu'il imagine les contractants de la situation originelle.

Le voile d'ignorance « séparant » les contractants de leurs intérêts, chacun doit s'assurer de l'instauration d'un schème de droits fondamentaux le plus complet possible, quel que soit le système de distribution[954]. Rawls utilise donc en partie la stratégie constitutive. Toutefois, le choix derrière le voile d'ignorance reste tributaire de la stratégie de l'intérêt : Rawls suppose que les contractants idéaux s'entendront sur un système de droits le plus étendu pour tous. Or, dans la mesure où la justice a pour finalité l'exercice des facultés morales et du respect de soi, rien ne les empêche d'y harmoniser le système de droit en vue d'une organisation politique qui prône l'homogénéisation des conceptions du bien[955].

Égalité des ressources et stratégie de l'intérêt

De prime abord, dans la mesure où la liberté représente un moyen, il semble logique de la considérer comme faisant partie du *distribuendum* de l'égalité de ressources. Dans cette optique, la distribution par enchère présiderait à l'acquisition de « lots de liberté » épousant les aspirations de chaque participant qui effectuerait sa la synthèse personnelle des deux

[953] Traduction libre de "It insists that liberty must figure in the very definition of an ideal distribution, so that, for that reason, there can be no problem of reconciling liberty and equality", DWORKIN Ronald, SV, p.135.
[954] DWORKIN Ronald, SV, p.136.
[955] Si, par exemple, les contractants estiment tous que seul un environment moralement homogène autorise l'exercice des facultés morales. DWORKIN Ronald, SV, p.138-139.

valeurs[956]. Néanmoins, la mise aux enchères des droits fondamentaux selon le test de l'envie rend l'exercice tributaire de leurs coûts d'opportunité respectifs, ce qui entraîne un double affaiblissement de la liberté : en extension d'abord, chacun ne désirant pas forcément la même combinaison de droits, en intensité ensuite, puisqu'une personne souhaitant acquérir l'ensemble des droits fondamentaux se privera des nombreux biens qui lui permettraient d'apprécier ses droits[957]. Dans la mesure où ces deux obstacles s'insèrent sans difficultés dans une distribution qui respecte le test de l'envie, la stratégie de l'intérêt mène non seulement à la situation qu'elle devait éviter en instaurant une rivalité entre liberté et égalité, mais surtout confirme l'échec de la liberté en cas de conflit avec l'égalité[958].

En fait, la stratégie de l'intérêt néglige l'articulation entre l'acquisition et l'utilisation d'une ressource donnée[959]. Un médecin désirant ouvrir un cabinet privé pourrait acquérir un plus grand nombre de ressources médicales aux dépens de la liberté d'association puisque leur utilisation n'exige pas de cadre associatif. Cet argument est cependant fallacieux parce qu'il omet de mentionner que le médecin a en tête, dès l'acquisition des outils médicaux, une vision précise de leur utilisation. Si cette dernière se révèle irréalisable, il serait irrationnel de se procurer lesdits outils. On ne peut faire d'offre pour une ressource donnée sans savoir dans quelle mesure on pourra l'utiliser[960]. À ce titre, il est nécessaire de définir un système de liberté-contrainte encadrant l'utilisation des ressources. La liberté ne peut donc être introduite à la suite de l'enchère hypothétique puisqu'elle en détermine le fonctionnement[961]. Ainsi, la théorie de l'égalité des ressources recouvre deux volets complémentaires: un système de liberté-contrainte et la mise aux enchères organisée selon le test de l'envie. Il devient nécessaire de recourir à la stratégie constitutive pour articuler la liberté avec l'égalité de ressources.

[956] DWORKIN Ronald, SV, p.141.
[957] DWORKIN Ronald, SV, p.142.
[958] DWORKIN Ronald, SV, p.143.
[959] DWORKIN Ronald, SV, p.143.
[960] DWORKIN Ronald, SV, p.143.
[961] DWORKIN Ronald, SV, p.146.

c. Égalité des ressources et stratégie constitutive

Dès lors, comment éviter le piège de la circularité auquel s'expose l'association constitutive? L'explicitation de la géode normative et la critique du pluralisme de Berlin fournissent une direction générale : chaque vertu doit expliquer en quoi l'autre est source de valeur[962]. Pour ce faire, Dworkin utilise une version particulière de l'association constitutive, à savoir la stratégie du pont[963]. Au lieu de chercher les points communs entre la liberté et l'égalité, il s'agit de procéder verticalement pour identifier quel système de liberté-contrainte interprète le principe égalitaire abstrait de manière à aboutir à l'égalité de ressources. Le but de la stratégie du pont est de démontrer que le système de liberté-contrainte le plus à même de combler le *hiatus* entre principe égalitaire abstrait et égalité des ressources s'appuie sur le principe d'abstraction, selon lequel une distribution doit refléter la plus grande liberté de choix[964]. Dans cette optique, la liberté n'apparaîtrait qu'en tant que modalité d'interprétation du principe égalitaire abstrait vers l'égalité de ressources, tout en y étant intrinsèquement liée.

Les coûts d'opportunité, miroir de l'égalité des ressources et de la liberté

Tout système de distribution suppose un critère de distribution. Les coûts d'opportunité jouent ce rôle quand il est question de l'égalité de ressources[965]. Néanmoins, selon le système de liberté-contrainte adopté, différents coûts d'opportunité satisferont le test de l'envie. La stratégie du pont doit donc déterminer comment identifier les véritables coûts d'opportunité essentielle pour établir la structure de base du système de liberté-contrainte qui corresponde le plus adéquatement à l'égalité de ressources[966].

Puisque l'égalité des ressources doit être sensible aux aspirations personnelles, l'identification des véritables coûts d'opportunité dépend de la précision avec laquelle les ressources disponibles épousent les ambitions de chacun. Soit la mise aux enchères d'un

[962] Voir supra, p.59.
[963] DWORKIN Ronald, SV, p.147.
[964] DWORKIN Ronald, SV, p.148.
[965] DWORKIN Ronald, SV, p.149.

terrain de 100 hectares sous forme de cinq lots indivisibles de vingt hectares : quel que soit le prix auquel les lots se vendront, l'acheteur qui ne souhaite acquérir qu'un terrain de deux hectares, devra payer un prix dix fois plus élevé, se privant des autres ressources qu'il aurait pu se procurer. L'absence de flexibilité de l'enchère contraint les préférences de l'acheteur, ce qui empêche l'identification des véritables coûts d'opportunité[967].

À ce titre, si l'enchère hypothétique doit révéler les véritables coûts d'opportunité nécessaires à l'actualisation de l'égalité de ressources, la vente des lots se doit d'être la plus abstraite possible, soit les diviser selon le coefficient le plus élevé de manière à ce qu'elle épouse les projets de leurs acquéreurs[968]. L'idée d'abstraction fait appel à une exigence de neutralité fonctionnelle : plus les ressources se vendent sous forme de lots de petite taille, moins cette dernière influencera leur utilisation. Cette conception des véritables coûts d'opportunité permet de saisir facilement en quoi le principe d'abstraction s'enchâsse dans l'égalité des ressources puisque son critère de répartition présuppose la plus grande marge de manœuvre dans l'ajustement des offres aux différents projets[969].

De même, si le principe d'abstraction exige la plus grande flexibilité lors de la mise en marché des ressources, il en reconnaît l'importance quant à leur utilisation – cela toujours en vue de reconnaître les coûts d'opportunité. Un individu ne peut attribuer de valeur à une ressource si son utilisation est limitée par un certain nombre de règles. Autrement dit, le principe d'abstraction qui préside à la division et à la vente des ressources impose la même flexibilité au système de liberté-contrainte[970]. En découle une structure composée de trois éléments : le principe égalitaire abstrait, l'égalité de ressources, et, équilibré par ces deux derniers, le principe d'abstraction dérivé à la fois des coûts d'opportunité et des principes de dignité humaine. Par cette position « médiane », le principe d'abstraction fournit la base du système de liberté-contrainte qui unit le principe égalitaire abstrait à l'égalité de ressources.

---

[966] DWORKIN Ronald, SV, p.149.
[967] DWORKIN Ronald, SV, p.151.
[968] DWORKIN Ronald, SV, p.151.
[969] DWORKIN Ronald, SV, p.151.

« Il établit une présomption générale en faveur de la liberté de choix au centre de l'égalité même, ce qui représente un pas important vers la réconciliation de la liberté et de l'égalité »[971].

À partir de l'identification des coûts d'opportunité, Dworkin pose donc les fondations d'une harmonisation de l'égale liberté en droit et de l'égale liberté en moyens. De plus, le principe d'abstraction possède une propriété supplémentaire qui marque le volet distributif de la justice comme sollicitude. Ainsi, l'égalité, matérielle ou non, s'est souvent vu reprocher sa dimension homogénéisante, qui encouragerait la réduction de chacun, dans sa particularité, à l'*identique*[972]. Le traitement en égal ne saurait se passer du traitement égal, soupçon confirmé par les apories du welfarisme. Requérant que chaque ressource soit vendue sous sa forme la plus flexible, le principe d'abstraction fait échec à cette interprétation et consacre au contraire l'égalité des ressources comme une recherche d'*équivalence* respectant la diversité la plus grande possible.

Les principes complémentaires : neutralité, correction, authenticité et indépendance

Une fois la pertinence du principe d'abstraction établie, R. Dworkin y « greffe » quatre principes complétant la substance du système de liberté-contrainte. En effet, si le principe d'abstraction joue un rôle fondamental dans la réconciliation de l'égalité des ressources et de la liberté, il ne s'agit que d'un point de départ. Reprenant l'image de la stratégie du pont, le principe d'abstraction fournit la superstructure; il reste à y ajouter le tablier et les garde-fous. D'où la présence des quatre principes complémentaires, à savoir la neutralité, la correction, l'authenticité et l'indépendance.

---

[970] DWORKIN Ronald, SV, p.152.
[971] Traduction libre de "It establishes a general presumption of freedom of choice at the core of equality, and that takes a major step toward reconciling liberty and equality", DWORKIN Ronald, SV, p.152.
[972] RENAUT Alain, Égalité et discriminations, un essai de philosophie politique appliquée, p.39.

La neutralité répond à une objection couramment adressée aux théories articulées autour de la liberté de choix : puisque chacun est libre de choisir ses propres valeurs, le principe d'abstraction ne devrait pas favoriser une option plutôt qu'une autre. Or, un certain nombre de systèmes normatifs recherchent ou promeuvent l'homogénéité morale de la société. La neutralité du principe d'abstraction semble alors mise en question puisque s'il prône l'homogénéité morale de la société, il altère les coûts d'opportunité d'une éventuelle minorité, tandis que s'il s'y oppose, il altère les coûts d'opportunité des individus qui y sont favorables. Le principe d'abstraction ne peut donc instaurer un système de liberté-contrainte neutre[973]. Toutefois, cette objection confond la neutralité des résultats, ce qu'est une communauté moralement homogène, et celle du processus. L'égalité des ressources défend la neutralité lors de l'acquisition et de l'utilisation des ressources en vue de projets donnés, mais elle n'est pas tenue d'en garantir le succès[974]. Le « paradoxe de la neutralité » ne s'applique qu'à l'égalité de bien-être.

La correction, principe relativement simple qui précise le rapport entre mesure des coûts d'opportunité et principe d'abstraction, recommande la plus grande liberté de choix lors de l'acquisition des ressources disponibles[975]. Or, le processus de répartition des ressources peut être altéré par une information asymétrique. Soit un participant, A, qui souhaite acheter un lac en raison de la richesse de son écosystème. Un autre participant, B, achète le terrain adjacent, lequel inclut la rivière en amont du lac susmentionné pour y construire un barrage. Étant donné le caractère prévisible des retombées de la construction du barrage sur l'écosystème du lac, le coût d'opportunité payé par A en l'absence de l'information pertinente n'est pas adéquatement mesuré. Autrement dit, l'identification des véritables coûts

[973] On reconnaîtra là l'argument communautarien selon lequel la neutralité à laquelle pretend le libéralisme est illusoire. DWORKIN Ronald, SV, p.153.
[974] DWORKIN Ronald, SV, p.154.
[975] DWORKIN Ronald, SV, p.155.

d'opportunité exige parfois de limiter le principe d'abstraction en vue de compenser l'absence d'informations. Le principe de correction encadre les mesures prises à cet effet[976].

On remarquera toutefois que le principe d'abstraction et les principes complémentaires établissent un présupposé en faveur des libertés nécessaires au *fonctionnement* de l'enchère, sans déterminer pour autant celles qui sont nécessaires à la *tenue* de l'enchère comme telle. En effet, il serait possible d'organiser une enchère hypothétique conforme en tout point aux principes précédents sans que son résultat ne reflète le principe abstrait d'attention égale, parce qu'elle en négligerait la raison d'être, nommément, l'expression par le biais de ressources transférables du processus de formation et d'organisation d'un projet de vie[977]. Tout système de liberté-contrainte organisé autour du coût d'opportunité se doit de respecter un principe garantissant l'élaboration autonome des aspirations personnelles. Il s'agit du principe d'authenticité[978]. Ce dernier a une double vocation : encadrer non seulement la constitution des systèmes de valeurs respectifs, mais aussi leurs relations. Il s'applique donc avant la tenue de l'enchère et assure l'intégrité des projets guidant les enchères de chaque participant[979]. Bien que déduit du principe d'abstraction, le principe d'authenticité dispose d'une certaine primauté due à son antériorité[980].

Enfin, le principe d'indépendance, confluent des principes d'abstraction et de correction, prolonge la réflexion amorcée sur les handicaps naturels, par son opposition aux préjugés[981]. En effet, dans le cadre de la théorie de l'égalité de ressources, il est possible de considérer les préjugés comme des handicaps socialement construits. À ce titre, il importe de disposer d'une structure permettant d'éviter que les préjugés ne déterminent le sort d'une part de la population. Comme ceux-ci peuvent se manifester dès la formation des projets de vie, soit avant les enchères, ladite structure doit s'insérer dans le système de liberté-contrainte. Le principe d'indépendance encadre donc la prévention de l'altération des coûts d'opportunité

[976] DWORKIN Ronald, SV, p.157.
[977] DWORKIN Ronald, SV, p.159.
[978] DWORKIN Ronald, SV, p.159.
[979] DWORKIN Ronald, SV, p.160.

par les préjugés des participants, ajustant réciproquement les principes d'abstraction et de correction : ainsi, l'abstraction se voit limitée par la protection des groupes victimes de préjugés systématiques tandis que la correction ne peut proposer de mesures si ces dernières n'ont pour résultat que l'actualisation de préjugés par le biais des coûts d'opportunité[982].

d. De l'idéal à la réalité

À ce stade du raisonnement, il ressort que l'association constitutive possède tous les traits des constructions idéales dénoncées par Berlin. Tant l'enchère hypothétique, l'assurance prudente ou le principe d'abstraction se déploient dans un univers dépourvu des contraintes spatio-temporelles et matérielles qui caractérisent la réalité[983]. Aussi faut-il se demander en quoi cette structure normative est susceptible d'applications respectueuses de l'association égalité en droit et égalité de ressources.

Dworkin définit trois niveaux d'analyse qui balisent sa théorie des progrès égalitaires : la situation idéale-idéale, la situation idéale-réelle et la situation réelle-réelle. Les distributions au sein de ces trois situations sont évaluées selon le critère du déficit d'équité qui mesure la différence entre les ressources effectivement détenues et celles obtenues à la suite d'une distribution conforme à l'enchère hypothétique[984]. Deux types de circonstances sont identifiés, soit le déficit de ressources préalablement garanties en vertu de la distribution égalitaire d'un système de liberté-contrainte ou le déficit de liberté, lorsque le système de liberté-contrainte lui-même va à l'encontre de l'égalité de ressources[985]. Si les deux déficits peuvent se combiner, ils restent incommensurables.

Tandis que le déficit de ressources se prête aux comparaisons interpersonnelles par le biais des coûts d'opportunité, l'attribution d'un prix à la perte d'un droit fondamental, en

[980] DWORKIN Ronald, SV, p.160.
[981] DWORKIN Ronald, SV, p.162.
[982] DWORKIN Ronald, SV, p.161. En ce sens, le principe d'indépendance rejoint la question de la discrimination positive et souligne son imbrication avec l'égale liberté en droit.
[983] DWORKIN Ronald, SV, p.163.
[984] DWORKIN Ronald, SV, p.164.
[985] DWORKIN Ronald, SV, p.165.

dépit de ses retombées sur la valeur des ressources matérielles, est sans commune mesure[986]. De plus, la restriction d'un droit fondamental ne peut être évaluée qu'au cas par cas car ses retombées pour chaque individu relèvent de la sphère du bien-être[987]. À titre d'exemple, la censure de toute œuvre écrite exercerait vraisemblablement une plus grande coercition à l'encontre d'un poète qu'envers un sculpteur ; néanmoins, une telle évaluation porterait sur leur bien-être respectif, au sujet duquel l'égalité des ressources ne se prononce pas[988]. Il s'ensuit qu'une réduction du déficit de ressources ne peut être « échangée » contre une augmentation du déficit de liberté en se servant de la satisfaction comme étalon de mesure indépendant.

Il convient de remarquer que l'incommensurabilité des deux déficits n'autorise pas la conclusion selon laquelle la composition du système de liberté-contrainte, notamment en ce qui a trait aux libertés qui s'y enchâssent, n'est en rien influencée par les inégalités de ressources, un déficit de liberté n'ayant aucune commune mesure avec un déficit de ressources. L'incommensurabilité des deux déficits d'équité signifie plutôt que la situation d'un individu en comparaison avec un autre doit être interprétée selon les deux perspectives : les libertés auxquelles il a droit en regard des ressources dont il dispose et réciproquement. Ainsi, s'il est difficile de dire d'une personne qu'elle jouit d'un surplus de liberté lorsque tous sont égaux en droits, il est possible de déterminer, ne serait-ce qu'approximativement, en quoi une mesure de redistribution des richesses n'empiète pas sur cette dernière, c'est-à-dire retrace ce qu'aurait été une distribution égale des ressources[989]. À ce titre, tout progrès sera mesuré à la fois à l'aune de la liberté et des ressources, ce que Dworkin désigne par l'expression « amélioration dominante »[990].

L'amélioration dominante représente la contrepartie dworkinienne de la priorité lexicale du premier principe de justice de Rawls. Ainsi, de la même manière que Rawls établit

[986] DWORKIN Ronald, SV, p.165.
[987] DWORKIN Ronald, SV, p.166.
[988] DWORKIN Ronald, SV, p.167.
[989] DWORKIN Ronald, SV, p.168.

la priorité du principe de liberté sur le principe de différence, le premier devenant le préalable nécessaire à l'application du second, Dworkin accorde une relative antériorité à la réduction des déficits de liberté, à la fois parce qu'ils sont engendrés par le système de liberté-contrainte qui répartit les ressources et parce qu'ils ne peuvent être compensés par une distribution plus égalitaire. Bien que les modalités d'articulations de la liberté et de l'égalité matérielle diffèrent au sein des deux conceptions de la justice, les deux se rejoignent quant au caractère inaltérable de leur schème de liberté respectif : aucune amélioration du sort matériel des individus, ou d'un groupe d'individu, ne justifie la réduction de leur liberté[991]. On comprendra que le critère de l'amélioration dominante reste très général et, ne serait-ce qu'au sein de la situation idéale-idéale, admet un grand nombre de politiques : il ne s'agit donc pas tant d'un critère qui désigne la démarche précise à entreprendre que d'un garde-fou visant à prévenir l'apparition d'effets pervers – compromission de la liberté par la redistribution, justification d'inégalités matérielles flagrantes par la liberté, etc. De ce point de vue, chaque situation peut être comprise comme introduisant une catégorie générale de contraintes qui appelle une spécification supplémentaire de l'amélioration dominante, afin que celle-ci conserve son pouvoir discriminant.

La situation idéale-réelle

Organisée hors de toute contrainte chronologique, communicationnelle et financière, la distribution au sein de la situation idéale-idéale est évidemment dépourvue de déficit d'équité. Dans le contexte de la situation idéale-réelle, les déficits prennent de l'importance. Sujettes aux contraintes chronologiques et à une information incomplète, les distributions potentielles de la situation idéale-réelle sont marquées de divers déficits d'équité, fruits de combinaisons de déficits de liberté et de ressources. Sachant que l'on ne peut atteindre une

[990] Traduction libre de "dominating improvement", DWORKIN Ronald, SV, p.168.
[991] DWORKIN Ronald, SV, p.168.

distribution idéale ni même en avoir une vision précise, comment ordonner l'amélioration dominante des différentes distributions qui composent la situation idéale-réelle?

Dworkin introduit le concept de *distribution justifiable*, lequel s'appuie sur les contraintes de temps et d'information de la situation idéale-réelle[992]. Sera considérée comme justifiable une distribution qui, pour un ensemble donné d'informations, résulte de l'utilisation de l'ensemble des politiques immédiatement disponibles, ces dernières étant ordonnées selon un critère de *plausibilité*. Par cela, il faut entendre à la fois la prise en compte des convictions politiques dominantes et la faisabilité des moyens envisagés, mesurés par l'importance des modifications à apporter à la situation donnée. À titre d'exemple, la réalisation de la parité salariale entre hommes et femmes est plus plausible au sein d'une culture politique qui reconnaît l'égalité entre les sexes; de même, une politique de redistribution des terres exigera un plus grand nombre d'étapes dans une économie rurale organisée autour de grands latifundia qu'à l'intérieur d'une politique agraire fondée sur des coopératives locales – laquelle, incidemment, respecte plus adéquatement le principe d'abstraction. Plus une distribution utilise les démarches les plus plausibles en vue de réduire les déficits d'équité, plus elle sera justifiable. Réciproquement, plus une mesure de réduction des déficits de liberté ou de ressources est plausible, plus le gouvernement concerné aura l'obligation d'y recourir.

Bien que le classement des distributions justifiables reste approximatif, ne serait-ce qu'en raison du nombre de politiques envisageables et de la mesure de leurs effets, l'obligation qu'impose le critère de plausibilité comporte une propriété déterminante en ce qui a trait à l'agencement de la liberté et de l'égalité. En effet, dans la mesure où le déficit de liberté tire son origine du système de liberté-contrainte, donc de l'activité législative, sa réduction ne suppose pas une refonte en profondeur des infrastructures socioéconomiques – par opposition aux politiques qui touchent directement la production des richesses. Il s'ensuit

[992] Traduction libre de « defensible egalitarian distributions », DWORKIN Ronald, SV, p.169.

que, dans l'ordre de plausibilité, la garantie des droits qui expriment le principe d'abstraction figure si ce n'est en première place, au moins en bonne position[993], avec pour conséquence que toute distribution justifiable *doit* intégrer un schème substantiel de droits fondamentaux[994]. À ce titre, la plausibilité garantit le respect de l'injonction de l'amélioration dominante – ne pas réduire un déficit d'équité au détriment de l'autre – même en situation d'incertitude.

Situation réelle-réelle et principe de brimade

Cela dit, un constat s'impose : même dans les démocraties les plus libérales, rien n'approche une éventuelle distribution justifiable. Aucun État ne peut se vanter d'avoir utilisé tous les moyens techniques à sa disposition pour promouvoir l'égalité de ressources[995]. Dit autrement, les inégalités de la situation réelle-réelle résultent d'injustices politiques, non d'un manque de moyens techniques.

Les termes du problème de l'association constitutive de la liberté et de l'égalité s'en trouvent modifiés. Étant donné l'importance des inégalités et leur nature volontaire dans la situation réelle-réelle, la recherche d'une distribution justifiable de l'égalité des ressources légitime-t-elle l'altération des libertés? Il ne s'agit plus de s'interroger sur le statut des droits fondamentaux dans une distribution idéale, ni même sur la manière dont ils s'insèreraient dans une distribution justifiable, mais bien de pénétrer directement au cœur du problème soulevé par Berlin : peut-on utiliser la limitation de la liberté en vue d'atteindre une distribution justifiable[996]? L'intérêt de la théorie de l'égalité des ressources dans son ensemble se trouverait pour le moins compromis s'il s'avérait que son respect de la liberté devait être sacrifié sur l'autel de mesures égalitaires immédiatement applicables.

[993] Bien entendu, cela ne signifie pas que les droits fondamentaux tirent leur justification exclusivement des distributions justifiables, comme on a pu le voir au troisième chapitre.
[994] DWORKIN Ronald, SV, p.171.
[995] DWORKIN Ronald, SV, p.173.
[996] DWORKIN Ronald, SV, p.174.

Toutefois, même dans la situation réelle-réelle, la fin ne justifie pas les moyens. En effet, toute limitation de la liberté au nom de l'égalité des ressources se heurterait au problème de l'évaluation des justes parts : dans un contexte ressourciste, celle-ci ne peut se passer de la liberté. On peut dès lors reformuler la notion de déficit de liberté afin de l'appliquer aux situations concrètes : il y a déficit de liberté lorsque la liberté d'utilisation de ressources est inférieure à ce qu'elle serait dans le cadre d'une distribution justifiable[997]. Dworkin en déduit un principe qui spécifie les rapports entre liberté et égalité dans le monde réel, soit le principe de brimade – *victimization principle* – selon lequel une mesure égalitaire brime la liberté uniquement lorsque son application la restreint en-deçà du seuil de liberté procurée par une distribution égalitaire[998]. Un individu ne peut s'estimer brimé lorsque sa liberté s'étend à un ensemble de ressources supérieur à ce dont il disposerait dans une distribution justifiable[999]. Réciproquement, l'égalité n'est pas servie par une réduction de la liberté puisque les déficits d'équité résultants seraient alors incommensurables[1000]. *« La liberté (...), n'exige rien d'autre que le droit à une authentique égalité, et l'égalité ne peut être servie par un outrage envers la liberté »* [1001].

Étude de cas : le libertarisme

On appréciera la portée du principe de brimade par son application à la position libertarienne. À titre de rappel, le libertarisme affirme la légitimité de toute distribution qui résulte de la libre circulation des ressources matérielles, et ce, au nom du principe de propriété de soi. Selon cette perspective, une politique qui viserait l'égalité des ressources par la manipulation des transactions au sein du marché ou par un mécanisme d'assurance financé à même le produit du travail de chacun constituerait un accroissement du déficit de liberté, ce que l'amélioration dominante condamne. Toutefois, ce raisonnement heurte les deux versants

[997] DWORKIN Ronald, SV, p.174.
[998] DWORKIN Ronald, SV, p.175.
[999] En ce sens, le principe de brimade représente la contrepartie matérielle du principe d'indépendance.
[1000] DWORKIN Ronald, SV, p.176.

du principe de brimade, tant en ce qui a trait à l'étendue de la liberté sur un ensemble de ressources données qu'au traitement de chacun en égal lors de l'attribution des justes parts.

En effet, une part importante de la force de la position libertarienne repose sur le *pedigree* de l'acquisition des ressources : si celui-ci n'est pas entaché de coercition, la propriété des ressources est juste. Toutefois, ce critère historique reste muet quant à l'appropriation initiale des ressources transférables : si l'on peut admettre que l'appropriation résultant du labeur individuel prolonge la propriété de soi, il n'en va pas de même pour l'acquisition initiale des matières premières, sur lesquelles l'individu n'a aucun droit particulier. Selon le critère libertarien, il n'y aurait aucune injustice à ce qu'un individu s'approprie l'unique source d'eau des environs pour en priver tous les autres sans en payer les coûts d'opportunité ou en partager les bénéfices. Dans cette optique, la conception libertarienne de la liberté souffre d'une lacune, à savoir le fait qu'elle tire une partie de sa pertinence des ressources sur lesquelles elle s'exerce, ce qui suppose une conception des justes parts qui fait défaut au libertarisme. Selon le principe de brimade, une utilisation libre d'un ensemble de ressources suppose qu'il y ait eu au préalable prise de position sur ce dont chacun peut disposer. Or, puisque toute théorie de la justice distributive prétend à l'interprétation du principe égalitaire abstrait, comment la répartition des ressources pourrait-elle être autre qu'égalitaire?

Un libertarien convaincu répliquerait qu'il suffit d'organiser une distribution initiale qui respecte le test de l'envie pour ensuite laisser libre cours au jeu du marché, se pressant d'ajouter que c'est précisément ce que l'enchère hypothétique préconise. De plus, l'argument dit de Wilt Chamberlain visant à confirmer la légitimité d'une distribution libertarienne vaut pour toute distribution libérale solidariste, *a fortiori*, pour un critère qui laisse une part aussi importante au marché[1002]. Néanmoins, l'exemple proposé par Nozick pèche par un excès

[1001] Traduction libre de "Liberty, it insists, demands nothing but the freedom of genuine equality, and equality cannot be served by any outrage, to liberty", DWORKIN Ronald, SV, p.176.
[1002] DWORKIN Ronald, SV, p.111. NOZICK Robert, Anarchie, État et utopie, p.201.

d'idéalisme : si, au sein de la situation idéale-idéale, où chacun dispose initialement d'un panier de ressources égal, la légitimité des gains du joueur de basketball est incontestable, il en va tout autrement dans le monde réel.

En effet, dans la situation idéale, la disparité des revenus n'occasionne aucun déficit de ressources, puisque chacun s'est procuré librement son billet, ou aurait pu se procurer une assurance contre l'absence de talent sportif – si celle-ci s'était avérée rentable. Est-il possible d'en dire autant de la situation réelle, alors qu'une part considérable des spectateurs ne dispose pas du revenu qui leur aurait permis de se procurer la couverture d'assurance, eût été l'égalité des paniers de ressources[1003]? Même en attribuant les différences de revenus à l'absence de talent, et non au cumul d'inégalités à travers le temps, il n'est pas possible d'éviter la question des circonstances qui affectent les dépenses volontaires des individus réels. La redistribution ne porte donc pas tant sur la différence de richesse mais bien sur les circonstances qui empêchent l'acquisition d'une couverture adéquate[1004]. Dans cette optique, l'imposition d'une partie du revenu de Wilt Chamberlain est légitime puisqu'elle finance une couverture que des individus se seraient librement procurée lors de l'enchère initiale. Ironiquement, refusant toute politique de redistribution, le libertarisme empiète, dans la situation réelle, sur la liberté dont chaque personne aurait disposé dans la situation idéale.

5. Liberté, égalité, fraternité… Capabilité? Les théories conversionnistes de la justice

Dans le sillage du débat sur les objets de l'égalité qui a suivi la publication de la *Théorie de la justice*, une position s'est développée qui remet en question la scission proposée par Dworkin entre égalité des ressources et égalité de bien-être pour proposer une approche alternative. Les conceptions qui s'en réclament ont en commun de reconnaître l'incommensurabilité du bien-être individuel tout en soulignant les insuffisances du

ressourcisme qui restreint la réflexion sur la justice à la seule distribution de ressources matérielles et néglige leur conversion en bien-être. En ce sens, on peut les qualifier de conceptions « conversionnistes » de l'égalité. Les conceptions auxquelles nous faisons référence sont l'égalité de chances au bien-être de Richard J. Arneson, l'égalité d'accès à l'avantage de Gerald A. Cohen et l'égalité des capabilités d'Amartya Sen[1005]. Nous examinerons plus particulièrement ces deux dernières positions.

À la suite de la publication de « What is Equality? » parties 1 et 2, Cohen a remis en question dont Dworkin oppose égalité de bien-être et égalité des ressources pour proposer sa propre conception de la justice distributive, soit l'égalité d'accès à l'avantage[1006]. La réponse de Dworkin aux objections de Cohen dans *Sovereign Virtue*, a donné lieu à une réaction de ce dernier qui a surenchéri par un article, premier chapitre de *Dworkin and his Critics*, nommément, « Expensive Taste Rides Again » – auquel Dworkin répond dans le même volume[1007].

a. Égalité de ressource et stratégie constitutive

Pour l'essentiel, le débat tourne autour de deux arguments : selon Cohen, bien que la critique de Dworkin à l'endroit des goûts onéreux soit pertinente, la ligne qu'il trace entre choix et circonstances est erronée. En effet, Dworkin associe le bien-être exclusivement à la satisfaction délibérée des aspirations, ce faisant, circonscrivant les circonstances au seul registre des ressources. Or, le bien-être est lui aussi affecté par les circonstances, en l'occurrence, les aptitudes à la satisfaction[1008]. Ainsi, les traits de caractère d'une personne la porteront à se satisfaire plus ou moins aisément du bien-être procuré par une quantité donnée

[1003] DWORKIN Ronald, SV, p.111.
[1004] DWORKIN Ronald, SV, p.111.
[1005] En ce qui concerne Arneson et Cohen, nous reprenons la traduction de « equality of opportunity for welfare » et « equal access to advantage » utilisée par Caroline GUIBET LAFAYE in Justice sociale et éthique individuelle, p.92. Voir ARNESON Richard J., « Equality and Equal Opportunity for Welfare », Philosophical Studies, Kluwer Academic Publishers. 1989, vol.56, pp.77-93, COHEN Gerald A., « On the currency of Egalitarian Justice », Ethics, The University of Chicago Press, Journals Division. 1989, vol. 99, pp.906-944 et SEN Amartya, Inequality reexamined.
[1006] COHEN Gerald A., « On the currency of Egalitarian Justice », Ethics, The University of Chicago Press, Journals Division. 1989, vol. 99, pp.906-944.
[1007] COHEN Gerald A., « Expensive Taste Rides Again » in BURLEY Justine, éd., Dworkin and his critics : with replies by Dworkin, 1ère éd., Malden, Massachusetts : Blackwell, 2004. xxiii, 412 p. Philosophers and their critics. ISBN 0631197656. pp.3-29.
[1008] COHEN Gerald A., « On the currency of Egalitarian Justice », Ethics, p.921.

de ressources. La justice exigerait non seulement la compensation des circonstances affectant les ressources, mais aussi des aspects du bien-être qui ne relèvent pas d'un choix[1009].

Dworkin réplique en soulignant qu'en dépit de son nom, la théorie de l'égalité d'accès à l'avantage est une forme déguisée de welfarisme[1010]. Reprenant à son compte la distinction proposée par Cohen entre incapacité – les handicaps couverts par le schème assurantiel dworkinien – et coût d'une activité donnée, jouer du violon pour un arthritique par exemple, Dworkin propose le test suivant : l'individu regrette-t-il la disposition qui l'affecte ou non[1011]? Le violoniste arthritique qui se voit offrir un violon est en mesure d'en jouer, mais au prix d'une grande souffrance : il ne peut donc en retirer une pleine satisfaction. Si l'analyse du cas est fine, il ne reste que cette « aptitude à la satisfaction » a clairement l'aspect d'un handicap qui, en cas de doute, pourrait être confirmé par le principal intéressé. Il s'ensuit que les circonstances du bien-être entrent dans la catégorie de phénomènes couverts par l'assurance, selon l'importance qui leur est accordée.

Pour conserver le caractère distinctif de sa position, Cohen doit la radicaliser, en postulant l'existence de préférences ou de goûts en tout point semblables à une dépendance qui empêcherait la personne concernée d'assumer ses préférences et leurs modalités de satisfaction[1012]. Le sujet ainsi conçu contemplerait passivement les différents traits de sa personnalité, détaché de toute responsabilité vis-à-vis de ses aspirations[1013]. Même en supposant qu'elle soit plausible, cette conception de l'agent équivaut à une égalité de bien-être puisqu'il n'est plus possible d'évaluer la part des ressources dans la réalisation des ambitions. Le degré de détachement du sujet par rapport aux conséquences de ses préférences est tel que l'organisation de la justice qui en résulte serait elle aussi discontinue.

[1009] COHEN Gerald A., « On the currency of Egalitarian Justice », Ethics, p.914. Kolm relève aussi la différence entre aptitudes à la production, qui concernent les ressources, et aptitudes à la consommation, mais sans ce que cela ne l'amène à défendre une position conversionniste, KOLM Serge-Christophe, Modern Theories of Justice, p.247.
[1010] DWORKIN Ronald, SV, p.289. Il utilise la stratégie inverse à l'endroit de Sen : l'égalité de « capabilité » serait une forme de ressourcisme.
[1011] COHEN Gerald A., « On the currency of Egalitarian Justice », Ethics, p.919.
[1012] DWORKIN Ronald, SV, p.293.
[1013] DWORKIN Ronald, SV, p.290.

Ceci étant, l'analyse de Cohen a le mérite de mettre au jour le caractère relativement artificiel de la distinction entre choix et circonstances et l'indistinction potentielle des ressources et du bien-être[1014]. Ainsi, Dworkin le reconnaît, la frontière entre les circonstances et les choix varie selon les découvertes et les progrès technologiques et scientifiques[1015]. En ce sens, ce qui était auparavant considéré comme une circonstance incontrôlable peut ultérieurement devenir l'objet d'un choix. Par exemple, les nouvelles connaissances en psychologie ont permis l'identification de psychopathologies jusqu'alors considérées comme un comportement immoral.

Par ailleurs, la compensation des inégalités en ressources personnelles, par définition non transférables, pose la question de son niveau adéquat dont la détermination est, dans le cadre du schème assurantiel conçu par Dworkin, exclusivement individuelle. Néanmoins, dans la situation réelle, le point de repère qu'est le choix individuel disparaît. On peut alors plausiblement avancer que la compensation des ressources non-transférables la plus adéquate est celle qui égaliserait le plus possible le bien-être des bénéficiaires – la pertinence normative de l'indemnisation dérivant précisément de ce dernier[1016].

Sans que cela ne justifie forcément un déplacement de l'*equalisandum*, ces deux difficultés tendent à montrer que la distinction choix-circonstances et le critère ressourciste constituent autant les éléments d'un principe substantiel que les conditions de possibilité de l'imputabilité de la personne, sans lesquelles elle ne peut être considérée comme un agent.

b. Exploration : égalité de ressource et capacité

Si les objections de Dworkin à l'endroit de la position de Cohen marquent le clivage important qui sépare leurs thèses respectives, son rapport au capabilisme de Sen nous semble plus nuancé, tant au sujet des termes du débat que de la lumière sous laquelle il présente

[1014] Nous nous inspirons de la présentation de la position de John E. Roemer par Caroline Guibet Lafaye. Voir, Justice sociale et éthique individuelle, p.81 et ROEMER John E., « Equality of Resources implies Equality of Welfare », The Quarterly Journal of Economics, The MIT Press. 1986, vol.101, n° 4, pp.751-784.
[1015] DWORKIN Ronald, SV, p.287.
[1016] GUIBET LAFAYE Caroline, Justice sociale et éthique individuelle, p.82.

l'égalité de ressources. Dworkin utilise le même argument à l'encontre du capabilisme qu'à l'endroit de l'égalité d'accès à l'avantage – il ne s'agit pas d'une véritable alternative à l'opposition entre bien-être et ressources[1017] – à cela près que la position de Sen rejoint alors le camp ressourciste. L'association résultante des deux systèmes fait ressortir des traits insoupçonnés de l'égalité de ressources, notamment concernant la compensation des inégalités naturelles et la relation entre les ressources et la liberté. Pour en apprécier la teneur, la comparaison avec la justice comme équité rawlsienne, à qui Sen adresse en premier lieu ses critiques, se révèle à nouveau instructive.

Thématisant la question des objets de l'égalité, Sen développe dans *Inequality Reexamined* une position qui se veut à la fois sensible aux moyens dont chacun dispose pour atteindre ses fins et au bien-être qui en est retiré. Intuitivement, la valeur d'un moyen est fonction du bien-être qu'il procure, ce qui suppose l'articulation de l'un et de l'autre par une opération de conversion[1018]. Selon la terminologie employée par Sen, le bien-être résulte de l'ensemble des accomplissements – *achievements* – tandis que les moyens réfèrent à la liberté d'accomplissement ou à la possibilité de choisir entre différentes situations[1019]. Un accomplissement repose à son tour sur une combinaison de fonctionnements – *functionings* –, laquelle regroupe différents états et actes, se nourrir, se vêtir, être en bonne santé ou s'instruire[1020]. La liberté revêt une dimension cruciale quand il s'agit de convertir les moyens en accomplissements. Le capabilisme se propose ainsi d'explorer la notion de liberté dont il rend la complexité.

Du point de vue de Sen, et prenant en compte les difficultés à mesurer les seuls accomplissements individuels, l'accent placé sur les biens sociaux premiers apparaît comme un progrès en direction de l'égalisation de la liberté : si chacun dispose du même panier de

[1017] DWORKIN Ronald, SV, p.286.
[1018] SEN Amartya, Inequality Reexamined, p.80.
[1019] SEN Amartya, Inequality Reexamined, p.30.
[1020] SEN Amartya, Inequality Reexamined, p.39.

ressources, tous seront capables de réaliser leurs projets respectifs[1021]. Toutefois, cette appréciation occulte une distinction non moins importante que celle qui existe entre accomplissements et liberté d'accomplir, à savoir la distinction entre moyens de la liberté et la liberté elle-même, entendue comme capacité de choisir entre différents fonctionnements. Or cette nuance importe, car si les ressources donnent la mesure de ce qui est à la disposition de l'individu, leur conversion en vue de différents accomplissements, mesurés par le nombre de fonctionnements disponibles, délimite l'*étendue* d'une liberté qui se veut plus substantielle que négative[1022]. En ce sens, la capacité, qui donne son nom au capabilisme de Sen, est la mesure de la liberté de choix et se distingue à la fois des ressources, dont elle est le catalyseur, et des accomplissements. Pour autant, la capacité de fonctionner n'est pas séparée des ressources et du bien-être. En tant qu'agencement des différents fonctionnements qui composent l'accomplissement, elle entretient un rapport direct avec le bien-être; de même, comme instrument d'accomplissement, elle prolonge les ressources dont dispose l'individu. *« Si notre souci est l'égalité de la liberté, il est tout aussi inadéquat de réclamer l'égalité de ses moyens que de rechercher celle de ses résultats. La liberté est liée aux premiers comme aux seconds, mais ne se confond ni avec les uns ni avec les autres »*[1023].

À travers la perspective capabiliste, le principe de différence rawlsien n'insiste que sur les biens premiers sociaux, soit des moyens potentiels, sans évaluer si et dans quelle mesure ces derniers garantissent l'augmentation de la liberté de fonctionner. Ainsi, une femme enceinte pourrait avoir besoin d'une plus grande quantité de ressources qu'une autre pour « fonctionner » quotidiennement. De même, l'égalité des ressources n'aura que peu de valeur si, pour des raisons culturelles ou sociales, l'individu est tenu de les utiliser d'une manière précise; par exemple, si à revenu égal avec leur mari, les femmes n'avaient la possibilité de le

[1021] SEN Amartya, Inequality Reexamined, p.33.
[1022] SEN Amartya, Inequality Reexamined, p.40. En ce qui concerne la liberté négative, voir ibid., p.87.
[1023] SEN Amartya, *Repenser l'inégalité*, traduit de l'anglais par Paul Chemla, 1ère éd., Paris : Éditions du Seuil, 2000. 281 p. L'histoire immédiate. Traduction de : *Inequality Reexamined*. ISBN 2020201631. p.130.

dépenser que pour l'entretien du foyer et l'éducation des enfants. Dit autrement, l'égalité des ressources ne rend pas compte de l'imposition de rôles qui en spécifieraient l'utilisation.

Dworkin apporte une réponse simple aux critiques capabilistes : si la théorie de la justice comme équité et l'égalité des ressources ont effectivement pour point commun un *equalisandum* ressourciste, les biens sociaux premiers et les ressources transférables mises à l'enchère, sa conception de la justice distributive ne s'y réduit pas et inclut les caractéristiques naturelles[1024]. Ainsi que sa critique de Rawls au sujet du principe de compensation le souligne, Dworkin défend une compréhension plus large des ressources qui recouvre tant leur volet transférable que non-transférable, en l'occurrence, les inégalités naturelles[1025]. En ce sens, le principal argument de Sen, à l'effet que les inégalités naturelles affectent la conversion des ressources matérielles en fonctionnements, ne concerne pas le ressourcisme dworkinien[1026]. Au contraire, le mécanisme assurantiel vise précisément la compensation des disparités naturelles, selon la formule d'une justice sensible aux ambitions et insensible aux dotations initiales. À moins de postuler l'existence d'autres obstacles que les ressources personnelles qui entraveraient la conversion des ressources matérielles en bien-être, l'égalité des ressources coïncide avec le capabilisme.

À ce titre, l'association du capabilisme à l'égalité des ressources défendue par Dworkin, d'une part, et d'autre part, la similitude de leurs critiques respectives à l'endroit de la justice comme équité confirment l'existence d'une ligne de partage au sein du ressourcisme autour de la prise en compte des inégalités naturelles. Par conséquent, il devient possible de distinguer le ressourcisme rawlsien, qui a pour seul objet les biens sociaux premiers, du ressourcisme dworkinien-senien qui englobe le pluralisme naturel parmi les variables de distribution[1027].

[1024] DWORKIN Ronald, SV, p.300.
[1025] DWORKIN Ronald, SV, p.117.
[1026] Conclusion confirmée entre autre par Thomas Pogge qui, dans un texte défendant la justice comme équité, distingue le ressourcisme de Dworkin de celui rawlsien. Voir, POGGE Thomas W., « Can the Capability Approach Be Justified? », Philosophical Topics, numéro spécial « Global Inequalities », Martha Nussbaum et Chad Flanders, éd., Fayetteville : The University of Arkansas Press. 2004, vol.30, n° 2, p.15.
[1027] POGGE Thomas W., « Can the Capability Approach Be Justified? », Philosophical Topics, p.15.

Cela dit, la contribution de Sen, même appréhendée à travers la loupe de l'égalité de ressources, dépasse ses qualités typologiques. Ainsi, l'accent immédiat sur la capacité comme *liberté* de choix attire l'attention sur un pan de sa théorie quelque peu assombri par le succès rencontré par sa problématisation des objets de l'égalité, sous la forme de la question désormais célèbre, « égalité de quoi? »[1028]. En effet, si l'on s'arrête à la dimension critique du capabilisme, on tendra à n'y voir que la suggestion d'un changement de *distribuendum* : les biens sociaux premiers et les ressources impersonnelles ne suffisent pas à traiter chacun en égal. En revanche, si l'on met l'accent sur son volet substantiel, à savoir la capacité comme mesure de l'étendue de la liberté de choix, alors le capabilisme restitue un aspect de la liberté positive, soulevant par là même occasion la question de la relation entre celle-ci et sa contrepartie négative, d'une part, et entre l'égalité et la liberté, d'autre part[1029]. Dans la mesure où les différents fonctionnements à la disposition du sujet sont identifiables – chose qui ne va pas forcément de soi – la capacité d'accomplissement qui les regroupe ouvre donc une fenêtre sur une liberté qui, sans procéder d'une conception compréhensive du bien, ne se définit plus exclusivement en termes de pure absence d'interférences[1030].

Cette évolution ne peut qu'interpeller la justice comme sollicitude, dont les points communs avec le capabilisme incitent à se demander si la recherche d'indépendance vis-à-vis des circonstances sociales et naturelles vise l'aménagement d'une égale liberté dont l'absence d'entraves est fonction du nombre de choix disponibles. Dans un exemple frappant, Sen compare la situation d'une victime de la famine et d'une personne qui jeûne : en apparence, les deux ont un comportement similaire, mais le caractère volontaire de la privation de nourriture les distingue[1031]. À cet égard, il faut se demander si la distinction entre les deux comportements repose sur l'absence d'interférences, personne n'imposant d'alimentation

[1028] SEN Amartya, Inequality Reexamined, chap.1.
[1029] Nous nous inspirons de la présentation des thèses de Sen par Alain RENAUT in Égalité et discriminations, un essai de philosophie politique appliquée, p.57.
[1030] Même si Sen attribue une relative primauté à l'égale liberté en droit, voir Inequality Reexamined, p.87. Rawls a contesté que la théorie de la justice ainsi développée se maintienne dans le cadre du libéralisme, notamment parce que la liberté capabiliste reposerait sur des axiomes qui enfreignent la neutralité de l'État quant à la vie bonne. Pour un survol du débat, voir RENAUT Alain, Égalité et discriminations, un essai de philosophie politique appliquée, pp.61-64.

quotidienne à celui qui jeûne, ou par l'arrière-plan composé des choix disponibles, à savoir la possibilité de se nourrir pour le second et son absence pour le premier. Pour autant, Dworkin se défend de présenter une conception positive de la liberté, fût-elle entendue comme capacité ou comme pouvoir[1032]. On pensera notamment à ses doutes vis-à-vis de l'égalité de pouvoir, tant entendue de manière horizontale ou verticale qu'en termes d'impact ou d'influence[1033].

La question de l'égale liberté acquiert alors une dimension supplémentaire : si les seuls moyens de la liberté, ressources transférables ou biens sociaux premiers, ne déterminent pas à eux seuls l'égalité de chaque espace de liberté mais supposent pour ce faire une « liberté substantielle », doit-on en déduire qu'au-delà d'un certain seuil d'égalisation des circonstances individuelles, la liberté négative converge avec une modalité de la liberté positive? Or, cette dernière peut-elle se passer d'une conception compréhensive du bien? Faut-il y voir un avatar de l'amalgame dénoncé par Berlin, la distinction entre moyens matériels et liberté négative fournissant le prétexte de sa fusion avec la liberté positive, ou l'ultime déplacement de la réalisation de l'égale liberté, écho de la fondation éthique du libéralisme de Dworkin?

6. RÉCAPITULATION

La trame de la réflexion de Dworkin sur l'égalité matérielle noue un certain nombre de fils. D'abord, rappelons-le, Dworkin indique que les inégalités matérielles, par les fissures qu'elles provoquent dans l'intégration à la communauté, sapent à la fois la légitimité de la démocratie partenariat et celle du droit-intégrité. Néanmoins, si l'on peut admettre l'impact indu des circonstances matérielles sur le traitement de chacun en égal, leur intégration au sein d'une théorie de la justice ne va pas de soi et suscite nombre de divergences. À travers le thème de la compatibilité, nous en avons distingué deux types.

[1031] SEN Amartya, Inequality Reexamined, p.52.
[1032] DWORKIN Ronald, SV, p.120.
[1033] Voir supra, p.147.

Le thème de la compatibilité, quant à lui, nous a amené à distinguer deux types de divergence. En premier lieu, notons la divergence entre les conceptions de la justice selon lesquelles l'égale liberté ne peut être qu'en droit ou en liberté d'acte, position défendue par le libéralisme de Berlin et le libertarisme de Nozick, et celles, soutenues par les solidaristes, qui admettent la possibilité d'une égale liberté en moyens qui la prolongerait. En second lieu, parmi les doctrines qui prônent un dépassement de l'égale liberté formelle par une égale liberté réelle, certaines mettent de l'avant l'égalité de bien-être alors que d'autres mettent de l'avant l'option de l'égalité des ressources. Les théories du welfarisme et du ressourcisme dont, chez Dworkin, le test de l'envie constitue le critère de distribution, mènent plus loin la réflexion. La conception de la justice distributive de Dworkin et son application à l'égalisation des ressources personnelles et impersonnelles – selon les modalités de l'enchère hypothétique et du mécanisme d'assurance – mise en contraste avec celle de Rawls, soit la théorie de la justice comme équité, confirme un affrontement sur le thème de l'égalisation des traits naturels, Dworkin affirmant la continuité des ressources impersonnelles et personnelles alors que Rawls reconnaît les biens sociaux premiers comme seul objet de la justice distributive.

Mesurée par les coûts d'opportunité qui sous-tendent le test de l'envie, l'égalité des ressources échappe tout de même aux reproches du libéralisme de Berlin et du libertarisme de Nozick. En effet, l'exigence de respect des aspirations individuelles exprimée par le test de l'envie suppose la garantie de la plus grande liberté de choix, tant en ce qui a trait à l'acquisition qu'à l'utilisation des ressources transférables, rendant ainsi indissociables liberté et égalité des ressources. Réciproquement, du point de vue de l'égalité, la mesure de l'équivalence des lots de ressources par les coûts d'opportunité suppose leur identification la plus précise possible, ce qui s'avère impossible si l'agent ne dispose pas d'une marge de manœuvre substantielle.

L'association constitutive de la liberté et de l'égalité pousse la réflexion en direction des théories conversionnistes de la justice, plus particulièrement avec le capabilisme de Sen, quant aux ressources à égaliser compte tenu de la liberté et de la capacité à accomplir les projets de vie envisagés. Ainsi, Sen reproche aux conceptions ressourcistes de l'égalité d'occulter la différence entre les ressources, comme moyens de la liberté, et la liberté elle-même, comme capacité de convertir les ressources en bien-être. Si, de prime abord, la critique de Dworkin à l'encontre de toute tentative d'évaluer le bien-être individuel semble confirmer le propos de Sen, l'approfondissement de la notion de capacité de conversion révèle les points communs des deux théories : toutes deux auraient pour objectif l'égalisation de l'autonomie individuelle vis-à-vis des circonstances qui pourraient altérer le libre usage des ressources matérielles.

Toutefois, le rapport ainsi induit entre liberté négative et l'affranchissement des circonstances moralement contingentes semble restituer certains éléments de la liberté positive, avec, potentiellement, la réactivation d'une conception substantielle de la vie bonne – l'identification de circonstances néfastes n'étant pas normativement neutre. D'où nous concluons cette première partie par la question suivante : dans son mouvement allant du plus universel et formel au plus particulier et matériel en vue de garantir une authentique intégration de tous et chacun dans la communauté, la recherche d'une commensurabilité de plus en plus fine entre individus, caractéristique de la dynamique de l'égale liberté, place-t-elle la justice comme sollicitude en position de tenir la promesse d'une communauté de personnes libres qui se reconnaissent comme telles ou, comme l'évoque la réapparition de la liberté positive sur la scène des valeurs politiques, recèle-t-elle les germes de la fracture de l'unité politique?

VOLUME II

DEUXIÈME PARTIE : L'ACTUALISATION DE LA JUSTICE COMME SOLLICITUDE

LIMINAIRE

La justice comme sollicitude s'impose comme une théorie complète de la justice. Ses principes constitutifs, les principes de dignité humaine, représentent le sommet d'une réflexion qui s'enracine dans la question fondamentale du discours éthique, celle d'une vie réussie. L'intégration du sujet dans une communauté d'égale importance et de responsabilité spéciale se déploie à travers les trois déclinaisons de l'égale liberté que sont la démocratie partenariat, le droit-intégrité et l'égalité des ressources. Leurs reflets mutuels se combinent pour renvoyer l'image d'une communauté libérale dont la justification repose sur le projet d'une unité politique dont chaque membre peut se prévaloir d'être traité en égal.

Dworkin interprète donc, par strates successives, l'idée d'une justice fondée en égale liberté. La superposition des volets politique, juridique et matériel concourrait à une intégration plus complète de chacun, avec ses convictions et ses aspirations, au sein de la communauté libérale, qui se prévaudrait à son tour d'une réalité croissante, par opposition à une simple communauté *de facto*, dont l'existence a pour seul écho la contingence historique. À quoi bon la liberté si c'est pour mourir de faim, mais aussi à quoi bon la nourriture si c'est celle d'un serviteur ou à quoi bon les droits s'ils sont accordés et non reconnus? L'actualisation d'une égale liberté la plus réelle possible inaugure ainsi le passage d'une justice fondée sur un principe d'abstention et de neutralité – ne pas nuire à autrui – à une justice fondée en éthique dont l'impartialité se double d'un principe d'obligation qui se concrétiserait par les obligations associatives et les politiques de solidarité.

Dans la première partie de ce travail, nous avons tenté de rendre compte à la fois de l'unité de la pensée de Dworkin et des débats qui l'entourent. Débats nombreux, à en juger

par le nombre de conceptions rivales. Débats complexes qui convoquent autant le contenu des principes substantiels que la méthode consacrée à leur élaboration, soit l'interprétation créative. À titre de charpente de la justice comme sollicitude, l'herméneutique dworkinienne démontre à la fois une grande souplesse systématique, confirmée par la pluralité des enjeux abordés, et une rigueur fondée en cohérence qui distingue le libéralisme compréhensif de Dworkin. Poursuivant notre démarche, nous explorerons que nous considérons comme le développement post-interprétatif de la justice comme sollicitude.

Alors que la première partie incarnait le moment interprétatif de l'œuvre de Dworkin, lequel assigne l'égale liberté comme but normatif des pratiques sociales, celle-ci envisagera les principes de la justice comme sollicitude à travers leur réinsertion dans la société[1034]. Dworkin procède au même exercice lorsqu'il applique les principes du droit-intégrité ou de l'égalité des ressources aux controverses qui traversent le débat public[1035]. Nous pensons toutefois possible, en faisant ce retour vers les pratiques sociales, d'élargir la teneur théorique de cette opération de réinsertion pour en faire un niveau de réflexion à part entière. Pour le dire intuitivement, dans la mesure où le stade interprétatif de la justice comme sollicitude se fonde sur l'éthique, il nous semble pertinent d'interroger son impact sur les conditions d'articulation et de réalisation d'une vie réussie – dont on se rappellera qu'elle doit se prolonger au sein de la sphère publique. Il s'agit donc de saisir l'application non comme la conclusion d'un problème dont on aurait déjà découvert la solution, mais comme l'occasion de poser les termes d'une expérience de pensée qui prolongerait la justice comme sollicitude[1036].

[1034] Pour la définition des étapes pré-interprétatives, interprétatives et post-interprétatives, voir supra chap.1-2-b, pp.42-44. Voir aussi DWORKIN Ronald, ED, pp.72-73.

[1035] Nous pensons notamment aux commentaires de Dworkin sur les décisions de la Cour Suprême en matière d'avortement, de discrimination positive, ou de financement des campagnes électorales. Voir FL, chap. 1 et 4, QP, chap.14 et 15, et DPH.

[1036] On saisira dans cet intérêt pour l'épanouissement d'une identité éthique une ressemblance avec la théorie critique défendue par Axel Honneth. dont par ailleurs nous nous inspirons, voir HONNETH Axel, La société du mépris, Vers une nouvelle Théorie critique, édition établie par Olivier Voirol, textes traduits par Olivier Voirol, Pierre Rusch et Alexandre Dupeyrix, 1ère éd., Paris : Éditions La Découverte, 2006. 349 p. Armillaire. ISBN 10 : 2707147729, p.43. Néanmoins, là où le projet de Honneth procède d'une identification de pathologies sociales à partir de l'apport des sciences sociales, notre position reste dans le cadre de l'interprétation créative dworkinienne, perspective qui, du point de vue de la théorie critique est tributaire d'une réflexion éthique. La sous-détermination des pratiques sociales par les catégories normatives défendue par Dworkin constituerait-t-elle un point de jonction avec la théorie de la reconnaissance? Il y aurait là sujet à approfondissement, que nous ne pouvons entreprendre ici. Pour ce qui concerne notre raisonnement, le fondement éthique du libéralisme dworkinien suffit à initier l'interrogation au sujet de son impact sur l'épanouissement éthique des individus.

De manière plus articulée, les trois stades d'interprétation, soit le pré-interprétatif, l'interprétatif et le post-interprétatif, ponctuent le déroulement d'un cycle. En effet, à l'instar de chaque décision rendue par un tribunal, le stade post-interprétatif est appelé à se transformer en matériau pré-interprétatif qui sera dès lors interprété à l'aune des principes de dignité humaine. À ce titre, l'interprétation créative participe de la problématisation de la justice comme cycle de reproduction sociale, fût-ce en vue d'une amélioration ou de la pérennisation d'une situation jugée adéquate. Les différentes facettes procédurales et substantielles de l'intégration à la communauté libérale en constituent à la fois les paramètres de configuration et les conditions de perpétuation, par l'instauration d'une communauté d'interprétation.

En tant qu'interprétations du principe égalitaire abstrait, les principes de la démocratie partenariat, du droit-intégrité et de l'égalité des ressources instaurent-ils une communauté politique dont la reproduction reste fidèle à l'idéal du libéralisme intégré ou, au contraire, la fissurent-ils pour exclure une partie de ses membres de la communauté d'interprétation? Dit autrement, la justice comme sollicitude permet-elle à chaque individu de se constituer en interprète de sa communauté, c'est-à-dire, une fois ses principes démocratiques, juridiques et distributifs réinsérés dans la pratique sociale, que chacun puisse assigner un sens à sa propre vie?

Au cours de cette partie, nous montrerons qu'ainsi conçue, la justice comme sollicitude s'expose à la *précipitation* d'une partie du corps social, c'est-à-dire à la formation de sous-communautés où s'altère le cycle de reproduction interprétative, soit par l'exclusion de personnes qui se trouvent maintenues dans le dernier état post-interprétatif, au sein du dernier chapitre du roman à la chaîne, soit parce que ces personnes ne sont plus en position d'interroger ce dernier état qui les conditionne. Une question se pose alors : dans l'éventualité où ce problème concernerait le libéralisme dworkinien, est-il du ressort de la justice? En d'autres termes, engage-t-il la réalisation des projets de vie individuels d'une manière qui

relève de l'organisation collective de la société ou de la seule responsabilité individuelle? Pour revenir aux catégories de la justice distributive, s'agit-il d'un problème affectant les ressources – personnelles, impersonnelles, sociales – ou d'un problème de bien-être, auquel cas, à l'extérieur du domaine de compétence de la justice?

Si l'on suppose, comme nous le soutenons, que la précipitation est affaire de pratique sociale et de justice, le sens du phénomène ainsi évoqué doit être interrogé, ce que nous ferons par l'intermédiaire de deux positions, à savoir le néo-classicisme de Léo Strauss et le républicanisme, notamment la version qu'en offre Jean-Fabien Spitz. Il importe de préciser que nous ne nous livrerons pas à une étude comparative dont l'objectif consisterait à départager qui, de ces deux théories ou de la justice comme sollicitude, a raison. Notre objectif, plus modeste, consistera en l'utilisation de certaines idées-forces du néo-classicisme et du républicanisme afin d'interpréter les apories de la justice comme sollicitude. Autrement dit, nous les envisagerons selon une perspective heuristique : qu'est-ce que les positions de Strauss et de Spitz nous enseignent au sujet de la justice comme sollicitude? Corrélativement, ces deux conceptions de la justice proposent-elles une solution au problème posé par la précipitation? Nous posons donc, à titre d'hypothèse de départ, que le néoclassicisme et le républicanisme peuvent apporter quelque chose à la résolution du problème délimité.

Cette démarche procède d'une compréhension des théories normatives selon laquelle la distance qui les sépare est comparable à celle qui est présente entre différentes langues, exigeant de ce fait une traduction. Le mouvement qui amène ainsi le texte traduit à la compréhension s'accompagne inévitablement, pour reprendre un adage connu, d'une trahison. Nous en attendons pourtant un résultat positif, puisque l'altération de la justice comme sollicitude par les « langues » néo-classiques et républicaines ajoutera à sa saisie. En effet, ce qui, lors de la traduction, apparaît comme un appauvrissement de la pensée d'origine, selon ses propres critères terminologiques, introduit néanmoins un surplus de signification par l'intermédiaire des procédés qui comblent l'espace entre les deux langages. Ce phénomène

qui, en linguistique, se manifeste notamment par la création de néologismes, entretient dans le discours normatif le processus de raffinement caractéristique de la justification par abduction : l'ajout de valeurs supplémentaires, à la limite étrangères, à la géode d'origine appelle l'explicitation de ses composantes.

À partir des réflexions résultantes, nous nous tournerons vers ce qui nous semble constituer une réponse adéquate aux problèmes rencontrés par l'actualisation de l'égale liberté, à savoir l'éducation. Nous nous interrogerons notamment sur la place de l'éducation vis-à-vis de la justice et de la construction de l'individu et de la communauté politique. Quel contenu donner à l'éducation dans une unité politique qui vise l'égale liberté de chacun de ses membres? Une éducation juste équivaut-elle à une éducation à la justice?

CHAPITRE 5. LA PRÉCIPITATION

1. LE CYCLE DE L'INTERPRÉTATION ET LE CERCLE DE L'IDENTITÉ

Dans une société qui s'institue politiquement selon le traitement de chacun en égal, le cycle de l'interprétation créative n'est pas une simple vue de l'esprit, qui n'engagerait qu'un nombre réduit d'interprètes. Au contraire, la communauté intégrée décrite par Dworkin reconnaît à chacun le statut et la responsabilité d'interprète. Mais dans la mesure où l'instance de jugement demeure l'individu et non l'actant collectif, contrairement à la communauté monolithique, le cycle interprétatif s'articule avec un autre cercle, celui de la relation de l'individu à la société et réciproquement. Pour apprécier la teneur de cet engrenage, un rapide retour sur l'interprétation créative, plus particulièrement sur le passage du post-interprétatif au pré-interprétatif, s'avère utile.

Ainsi que nous l'avons vu au cours du second chapitre, la pertinence axiologique de l'interprétation créative dépend de l'existence d'un critère d'évaluation des objectifs normatifs assignés aux pratiques sociales. La théorie de Dworkin se distingue par le caractère à la fois substantiel et procédural dudit critère. Substantiel, car les valeurs exprimées par les principes d'attention égale, de responsabilité spéciale et de priorité concernent directement la dimension morale de l'existence et conditionnent le contenu des buts assignables; formel, car ces mêmes principes définissent les arguments dignes de l'existence publique, c'est-à-dire ayant droit de cité dans le débat public. De fait, en tant qu'interprétation des caractères les plus généralement partagés de l'entreprise qui consiste à mener sa vie, les principes de dignité

humaine constituent le substrat pré-interprétatif qui confère le contenu provisoire des pratiques sociales[1037].

Dans cette optique, un principe de justice, en tant qu'objectif assignable à une pratique sociale, doit doublement respecter les principes de dignité humaine : en amont, lors de sa justification, mais aussi en aval, pour que son application post-interprétative respecte la dimension procédurale des principes de dignité humaine de manière à ce que chacun reste interprète des pratiques sociales. C'est en ce sens que le stade post-interprétatif rejoint le pré-interprétatif : des mesures découlant de son application émergeront concrètement les éléments normatifs autour desquels s'instaurera le consensus nécessaire à une interprétation subséquente.

Imaginons, par exemple, une société au sein de laquelle les mesures d'insertion dans le marché du travail – scolarisation, formation continue, réseaux socioprofessionnels – s'appliquent uniquement à la personne du père de famille. Cette société s'engage dans un conflit de grande envergure qui cause une pénurie de main d'œuvre, posant la question de la raison d'être du système régissant l'accès au travail. Après délibération, les membres de la société concluent que la meilleure manière d'en rendre compte est d'étendre ces mesures à tous, femmes et hommes sans famille inclus, ce qui mène à la mise en place d'un régime universel d'accès au travail. Ce qui importe dans le cadre de notre propos, c'est que la mise en œuvre dudit régime universel modifie l'horizon normatif et, du fait de son application, représente la base des interprétations qui suivront. On retrouve ainsi la métaphore du roman à la chaîne, à cela près qu'elle porte sur l'ensemble des pratiques sociales et politiques, et non du seul droit, et que chaque membre de la communauté intégrée en est l'auteur[1038].

L'évolution du moment post-interprétatif vers l'arrière-plan pré-interprétatif illustre ainsi le paradoxe de l'interprétation créative dont les principes peuvent se révéler justifiés, en

[1037] On se rappellera que le stade préinterprétatif comporte déjà une interprétation des éléments empiriques d'une pratique sociale, voir DWORKIN Ronald, ED, pp.72-73.
[1038] De même, il s'agit du développement de l'argument à l'effet que le jugement rendu par un juge sert de point focal du débat public. Voir supra, p.267.

termes d'interprétation; cependant, leurs conditions d'actualisation provoquent l'apparition de représentations qui, selon une perspective pré-interprétative, restreignent l'accès à la communauté d'interprétation puisqu'elles ont modifié les données de la pratique sociale concernée. Par exemple, advenant le retour en grand nombre des soldats de la guerre, la nouvelle organisation sociale résultant de l'application du régime universel d'accès au travail doit se charger de résoudre le problème de leur chômage, précisément en raison de l'universalité de son principe, ce que l'ancien régime n'aurait pas eu à faire puisque réservant l'insertion sur le marché du travail aux seuls pères de famille, les nouveaux venus n'assurant qu'une fonction intérimaire. Or, outre le fait que le problème soit conçu en termes d'accès universel plutôt que transitoire ou supplétif, perspective justifiée par l'interprétation, le nouveau régime institue les anciens combattants devenus chômeurs comme un des éléments du dit problème, statut qui les précède et altère leur accès à la communauté interprétative.

Le problème n'est donc pas, ainsi que le reprochent les tenants de l'interprétation originelle ou du scepticisme, celui d'une interprétation qui résulterait d'une invention arbitraire, mais celui d'une interprétation partiale qui ne se laisserait plus interpréter, faute d'interprète. La chaîne n'est pas rompue, mais l'un de ses maillons est isolé; même s'il s'y raccroche, les maillons subséquents n'y seront pas reliés.

Le cycle de l'interprétation créative retrace l'ambiguïté d'une société d'individus, à la fois résultat de leur autonomie et productrice des conditions de cette même autonomie. Bref, pour reprendre l'expression de P-H. Tavoillot et É. Deschavanne, « une société qui produit des individus qui produisent la société »[1039]. Ainsi, lorsqu'il interprète, l'individu est sans conteste producteur de la société, du moins de certaines de ses pratiques; en contre-partie, lors du stade postinterprétatif, ses interprétations viennent à la concrétion et incarnent le nouveau matériau préinterprétatif de la pratique sociale avec lequel il doit composer : il devient à son tour produit. Un produit certes défini par son autonomie, qui justement l'autorise à devenir

producteur à son tour, mais dont l'identité composite est potentiellement remise en question par la force centrifuge du cycle auquel il participe : le déplacement post-interprétatif de l'horizon normatif recèle sans contredit la possibilité d'un cantonnement de l'identité individuelle à sa composante produite.

Imaginons le cas d'un parti politique qui se présente des candidats aux élections. Il propose pour politique de soutien aux familles défavorisées le remplacement du système de garderies publiques à coût modique par la distribution de chèques d'allocations familiales, dont le montant dépend du nombre d'enfants. L'objectif poursuivi par cette politique est l'augmentation de l'autonomie des foyers à faible revenu dont les deux parents travaillent ou cherchent un emploi. Un nombre important de couples décident de voter en faveur de ce parti qui forme alors le nouveau gouvernement. Peu de temps après, les familles reçoivent un premier chèque. Certaines se rendent alors compte que ce dont elles ont besoin n'est pas d'une allocation familiale, mais du temps nécessaire à la recherche d'un emploi ou à la formation en vue de l'accès au marché du travail. Or, les allocations sont calculées selon les besoins moyens d'un enfant, non en fonction de la compensation d'une absence de revenu ou du temps consacré à la recherche de travail Par ces lacunes, la nouvelle politique augmente les contraintes d'une situation déjà passablement exposée aux difficultés.

Si c'est en tant que producteurs de la société que les ménages concernés ont voté en faveur de la réforme de la politique familiale, donc de sa postinterprétation, c'est à titre de produits de la nouvelle pratique sociale qu'ils reçoivent leurs allocations. De même, la situation précaire dans laquelle se retrouvent les foyers dont les deux parents cherchent un emploi illustre la possibilité d'une réduction à la seule dimension produite de leur identité : la politique familiale se combine aux circonstances qui sont les leurs pour les empêcher de tirer profit de ce qui leur est dû, ce qui les cantonne donc au statut de produit de la reproduction sociale.

[1039] DESCHAVANNE Éric et TAVOILLOT Pierre-Henri, Philosophie des âges de la vie, Pourquoi grandir, Pourquoi vieillir? 2e éd., Paris : Hachette

Cette dérive est d'autant plausible qu'au milieu de l'horizon normatif trône l'égale liberté. Celle-là même qui, exigeant l'intégration de tous au sein de la communauté interprétative en tant qu'individus autonomes, vise aussi l'émancipation de chacun par la multiplication de rapports d'équivalence de plus en plus étroits. L'entreprise de reproduction de la communauté politique dont procède la justice comme sollicitude conjugue ainsi la participation interprétative de chaque citoyen en vertu d'une dignité humaine inconditionnellement partagée – celle des droits moraux – et la reconnaissance post-interprétative d'individualités différenciées par leurs circonstances et par leurs aspirations dont il s'agit de faire le produit autonome[1040]. Le risque est alors grand de voir l'individu-interprète se figer à travers les différentes facettes de l'égale liberté dont il ne serait plus que l'objet.

a. La précipitation sociale comme déviance de l'effectuation

Il est possible d'envisager plusieurs causes potentielles de blocage du cycle interprétatif; toutefois, l'une d'elles, nommément la précipitation, nous semble particulièrement affecter les conceptions de la justice qui, à l'instar de la justice comme sollicitude, intègrent un principe de différenciation. Il y a précipitation lorsque, au sein d'une communauté politique, les conditions de réalisation d'une norme imposent une appartenance à un ou à plusieurs individus. En ce sens, la précipitation est à la communauté politique ce qu'un caillot est à la circulation sanguine : une agglomération d'un certain nombre de cellules, – entendre ici, d'individus qui ne peuvent se désagréger de leur propre chef. À ce titre, la précipitation ne concerne ni la création d'une communauté donnée, ni l'adhésion volontaire à celle-ci, ni l'appartenance à un groupe dont il est possible de se dissocier volontairement.

Outre son caractère hétéronome, cette appartenance devient la principale, si ce n'est la seule modalité d'interaction des membres du groupe avec le reste de la communauté

Littératures, 2008. 540 p. Pluriel. ISBN 9782012794009. p.426.

d'interprétation dont le caractère ouvert – réel ou recherché – est alors compromis par leur incapacité à se défaire de leur appartenance. La précipitation se distingue de la formation de castes en ce qu'elle opère une distanciation favorable à l'émergence de représentations préjudiciables et, ultimement, à la double ignorance d'un jugement porté sur autrui à travers l'illusion d'un savoir que conférerait la norme de justice[1041]. Il s'agit en fait de la réciproque de la sous détermination du discours descriptif par le discours normatif au sein de l'interprétation créative : si une pratique sociale est comprise par les valeurs qui l'éclairent, il est alors possible de penser connaître la dynamique sociale concernée parce que l'on aurait saisit les principes qui la guident. La valeur n'est pas inventée en dépit des faits, mais le tri effectué pour rendre compte de la pratique sociale provoque une réduction des faits impliqués.

À l'instar du caillot, plusieurs groupes précipités peuvent coexister au sein d'une même société. En tant que telle, la précipitation ne présume pas de la place des personnes affectées au sein de la hiérarchie sociale. Il va sans dire que les individus concernés disposeront de moyens plus ou moins importants pour y faire face, tels, par exemple, par gratification mutuelle ou par une identité socioprofessionnelle forte. Enfin, la précipitation entretient un rapport dynamique entre les représentations stéréotypées et les contraintes structurelles qui l'alimentent et qu'elle génère.

Le nœud de la précipitation reste toutefois son origine normative : un groupe économiquement marginalisé, par exemple des artisans dont le métier disparaît, n'est pas forcément victime de précipitation sociale. À l'inverse, des femmes occupant des postes traditionnellement « masculins » pourraient faire l'objet d'une précipitation. Ainsi, la mise en place de politiques de quotas à l'embauche au sein de facultés universitaires pourrait porter atteinte à la crédibilité du personnel féminin et nuire à sa capacité de travail, renforçant le stéréotype négatif. On rappellera alors que ce n'est pas l'interprétation créatrice de la norme

[1040] Paradoxe qui procède en fait d'une superposition. Voir, MESURE Sylvie et RENAUT Alain, Alter Ego, Les paradoxes de l'identité démocratique, 1ère éd., Paris : Aubier, 1999. 304 p. Alto. ISBN 270073677X. pp.28-30.
[1041] DE KONINCK Thomas, La nouvelle ignorance et le problème de la culture, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 2000. 203 p. Intervention philosophique. ISBN 2130505635. p.1.

qui fait défaut, mais bien sa mise en œuvre[1042]. Dans le même ordre d'idées, ce n'est pas non plus son infraction qui provoque le déficit d'équité : au contraire, la précipitation suppose une application quelque peu réussie pour apparaître, puisqu'elle repose sur la perception d'un groupe comme confiné à son statut de produit de la société.

Par contraste avec les autres formes d'aliénation sociale, la précipitation est à mi-chemin entre l'atomisation et l'homogénéisation du corps social. Par opposition à l'atomisation, qui peut être vue comme une perte de point de repère et la destruction de liens porteurs de sens, la précipitation est une excroissance des liens normatifs qui surdéterminent les rapports d'individu à individu. Par rapport à l'homogénéisation, dont l'aspect destructeur réside dans la fusion forcée des *nomos* individuels au sein d'un mouvement de masse, la précipitation procède d'une distanciation qui occulte les individus par une combinaison de facteurs structurels et de stéréotypes. En ce sens, si le pendant politique d'une homogénéisation complète est le régime totalitaire, la précipitation tend vers un corporatisme figé. Au sein de la démocratie partenariat, la précipitation menace l'émergence d'un actant collectif intégré par l'apparition de sous-actants monolithiques résultant de la différenciation d'un ou de plusieurs individus[1043]. Rappelons à nouveau que nous ne critiquons pas la formation volontaire de corps sociaux intermédiaires – corps de métier, syndicats, associations, etc. – mais bien l'appartenance forcée. Le caractère monolithique d'un groupe précipité est le pendant de la représentation qui lui est apposée à partir de l'horizon normatif.

Précipitation de la justice comme sollicitude

De façon générale, le problème de la précipitation prend, pour les normes de justice, l'aspect du paradoxe suivant : une conception de la justice peut être telle que son effectuation provoque la précipitation des bénéficiaires, précisément parce qu'ils ont reçu leur dû. Dit autrement, ce qui est rendu au nom de la justice peut engendrer une injustice.

[1042] HONNETH Axel, « Les pathologies du social » in La société du mépris, Vers une nouvelle Théorie critique, p.89.

Réciproquement, les moyens nécessaires à sa mise en œuvre aggravent la distanciation des différents agrégats sociaux. Enfin, le caractère public et obligatoire de la justice confère une dimension immédiatement politique à la précipitation, non parce qu'il reviendrait aux seules instances politiques de résoudre le problème, mais parce qu'elle affecte leurs capacités d'action. Elle concerne donc les deux dimensions de la justice, c'est-à-dire les relations d'individu à individu et les relations de l'individu à l'État. Au cours de cette partie, nous démontrerons que la justice comme sollicitude est facteur de précipitation, aggravant de ce fait une tendance déjà présente à l'état latent dans les sociétés contemporaines.

En rapport avec la justice comme sollicitude, la précipitation se manifeste par le biais d'une dynamique d'ascription, soit l'assignation d'une appartenance à une personne donnée selon un arrière-plan normatif[1044]. La dimension ascriptive de la précipitation est le résultat d'un processus qui met en cause les comparaisons nécessaires à la mise en œuvre de la justice comme sollicitude. De mesures visant une intégration plus fine de chacun, selon les dimensions jugées pertinentes – civique, juridique et matérielle –, ces comparaisons deviennent le système de valeurs qui scelle le statut de chacun. La différenciation nécessaire au traitement de chacun en égal ouvre la porte à l'assimilation de certains aux circonstances qui les affectent, celles-ci en venant à occulter la raison même de leur prise en compte. Dès lors, comment aider sans objectiver?

La précipitation soulève alors la question de la résilience du sujet vis-à-vis de normes dont la réalisation suppose une structuration considérable des rapports individuels. La justice comme sollicitude va-t-elle au-delà de ce qu'il est permis d'espérer, eu égard à son impact sur la construction de l'identité éthique? Pour autant, il semble que les objectifs énoncés, soit l'intégrité et l'élimination des circonstances indues, représentent la moindre des choses : si une communauté politique ne peut se fixer d'objectifs si intuitivement légitimes, que lui reste-t-il?

[1043] En ce qui concerne la différence entre actant collectif intégré et actant collectif monolithique, voir *supra*, chap.3-1-c, pp.157-162.

2. JUSTICE DISTRIBUTIVE ET PRÉCIPITATION : L'ASCRIPTION DU BÉNÉFICIAIRE

L'argument sur lequel s'appuie notre critique de la justice comme sollicitude nous a été inspiré par les objections d'Elizabeth S. Anderson à l'endroit de la redistribution par assurance. Dans une critique de ce qu'elle qualifie d' « égalitarisme de la chance » – *luck egalitarianism* – Anderson soulève la question de la stigmatisation dont souffriraient les bénéficiaires d'indemnisation sociale[1045]. Forcés de démontrer publiquement leurs inaptitudes naturelles, économiques et sociales avant même de recevoir une compensation, les allocataires seraient exposés à la pitié collective, quand ce n'est pas au mépris[1046]. Dworkin conteste cette appréciation de l'égalité des ressources, celle-ci n'étant pas une version de l'égalitarisme de la chance et ne recherchant pas l'égalisation de la chance brute : le mécanisme assurantiel s'harmonise aux choix des individus et représente bien une ressource[1047]. Qui plus est, pour Dworkin, la prise en compte de l'atteinte à la dignité des défavorisés par la redistribution a plus souvent qu'à son tour servi de prétexte pour défendre les intérêts des plus nantis qu'exprimé un authentique souci pour la justice[1048].

Cette dernière remarque est justifiée et nous invite à préciser dès maintenant notre position, afin d'éviter toute ambiguïté. Nous ne nous intéressons pas au problème d'ascription lié à la redistribution dans le but de défendre une réduction ou l'élimination du filet social. Au contraire, nous estimons que le problème se pose précisément parce que ce filet est indispensable. Toutefois, nous pensons qu'Anderson a mis le doigt sur un véritable problème qui ne se réduit pas à une simple question d'hypocrisie politique. Cela étant, la stigmatisation des bénéficiaires relève d'un processus plus complexe dont la compilation publique de caractéristiques sociales et naturelles n'est que la manifestation.

[1044] RENAUT Alain, Égalité et discriminations, un essai de philosophie politique appliquée, p.135.
[1045] Anderson définit l'égalitarisme de la chance comme l'ensemble des conceptions de la justice dont l'equalisandum est le mauvais sort. ANDERSON Elizabeth S., « What is the point of Equality? », Ethics, The University of Chicago Press, Journals Division. 1999, vol.109, p.289.
[1046] ANDERSON Elizabeth S., « What is the point of Equality? », p.306.
[1047] DWORKIN Ronald, « Sovereign Virtue Revisited », Ethics, The University of Chicago Press, Journals Division. 2002, vol.113, n° 1, p.107.
[1048] DWORKIN Ronald, « Sovereign Virtue Revisited », p.116.

a. Une question de langage

Le langage, en tant que médium d'expression et de transmission des valeurs, marque les contenus axiologiques qu'il véhicule. Une comparaison avec les langues naturelles est éclairante; tandis que certains concepts se traduisent avec une raisonnable facilité, d'autres ne semblent pas se prêter à l'exercice. Phénomène connu au moins de ceux qui s'adonnent à l'étude de la philosophie : qui n'a pas déjà senti le besoin de suspendre la traduction d'une notion parce que le vocable d'origine lui semblait plus parlant? En ce qui a trait au registre normatif, l'influence du langage sur la formulation des croyances et, par le fait même sur leur choix et leur justification, est comparable. Ainsi, le noyau du réalisme axiologique dworkinien, selon lequel tout énoncé méta-éthique est un énoncé substantiel, procède du caractère discriminant du langage employé. Les grandes distinctions normatives, entre juste et bien par exemple, reposent sur un langage ou sur une métathéorie qui en articule les conditions d'énonciation à l'échelon le plus abstrait[1049]. La différence entre concept et conception ou encore entre liberté normative et liberté plate utilisée par Dworkin pour critiquer Berlin est un exemple de ces conditions d'énonciation[1050].

Fort naturellement, il s'ensuit que la manière de décrire un état de fait ou une situation exprime déjà un certain nombre de présupposés normatifs et, réciproquement, que ladite description influencera les critères d'évaluation. Réciprocité d'autant plus prégnante si, à l'instar de Dworkin, une démarche interprétative est adoptée. Tel en serait-il par exemple de la description d'une marée noire qui pourra être interprétée comme une faute du capitaine du pétrolier géant ou comme une punition divine, si la présence d'une volonté transcendante est acceptée. Il peut donc y avoir interférence entre les valeurs ou objectifs fondamentaux d'un système axiologique et le langage employé pour décrire la réalité à laquelle il s'applique, ce

[1049] Outre les positions métaéthiques de Dworkin, la distinction entre théorie et métathéorie présentée par Patrick Neal constitue un exemple approprié. Voir, NEAL Patrick, « Une théorie libérale du bien? » in BERTEN André, SILVEIRA Pablo da, POURTOIS Hervé, Libéraux et communautariens, p.130.

[1050] Pour l'opposition entre les deux acceptations de la liberté, voir supra p.quelque chose, ou DWORKIN Ronald, SV, pp.125-126.

dernier se révélant porteur de conditions d'énonciation des valeurs indépendantes. Outre une altération du sens, un changement de langage ou la présence de deux langages dans un schème donné peut modifier ou inverser le rapport entre les valeurs fondamentales et les valeurs dérivées[1051].

Le principe distributif à l'origine des conceptions de la justice les rend particulièrement sensibles à l'interaction entre langage et valeurs. En tant que systèmes de répartition, ces conceptions comportent nécessairement un critère de comparaison qui procède à la fois des valeurs fondamentales et des situations à comparer, dont il doit pouvoir rendre compte. Qui plus est, en ce qui concerne les théories de la justice fondées en égale liberté, la recherche d'un critère d'équivalence plutôt que d'un critère de similitude accordera la priorité aux langages dont il est possible de tirer un critère susceptible de traiter la plus grande variété possible de cas. En ce qui concerne Dworkin, le langage employé est celui du modèle de défi tandis que l'intégrité et les coûts d'opportunité sont les critères qui en émergent pour distribuer droits et ressources. Tout le problème de la redistribution par assurance vient de ce qu'elle procède d'un langage différent dont la valeur principale dévie de l'égale liberté.

b. L'accentuation d'un paradigme : de l'égale liberté à la solidarisation probabilitaire

Les limites des coûts d'opportunité

La principale objection de Dworkin à l'endroit de la critique formulée par Anderson consiste à souligner que sa conception de la justice, comme son nom l'indique, est ressourciste et non probabilitaire[1052]. Bien qu'il n'y ait aucune raison théorique d'en douter, il importe de se demander si cette nuance franchit le domaine de la situation idéale-idéale pour se maintenir au sein du monde réel. Un certain nombre d'auteurs soulignent, si ce n'est l'opposition, du moins la différence entre les rationalités dont procèdent l'égalité des

[1051] Distinction dont se sert Dworkin pour définir le libéralisme. Voir QP, pp.228-229.
[1052] Nous reprenons la terminologie employée par François Ewald voir L'État providence, p.144 et pp.173-174.

ressources et les mécanismes d'assurance. Ainsi, Ewald souligne la rivalité entre le diagramme libéral, fondé en responsabilité et en abstention, et le diagramme de l'assurance sociale, fondé en prévoyance et solidariste, appelé à s'y substituer dès que l'on accepte la notion d'accident[1053]. Habermas constate quant à lui l'hétérogénéité des paradigmes du droit civil et « du droit providence »[1054]. Enfin, Kolm indique explicitement ce qu'il considère comme une contradiction dans la justice comme sollicitude, toutefois sous un rapport différent : le schème assurantiel y est présenté comme une extension des doctrines contractualistes libérales, sous la dénomination d'assurance fondamentale, tandis que l'enchère hypothétique s'inscrit dans la lignée de l'égalitarisme des ressources de production[1055]. Bien que les raisons invoquées varient, on retiendra que l'assimilation de l'assurance à une ressource, en l'occurrence les couvertures contractées, est sans doute plus fragile qu'il n'y semble de prime abord.

Plus précisément, nous souhaitons attirer l'attention sur le glissement possible vers une rationalité probabilitaire intrinsèquement liée à l'égalité des ressources. En effet, l'assimilation d'une police d'assurance à une ressource tient tant et aussi longtemps que l'on en limite l'appréhension à celle d'un produit proposé par une institution privée ou publique. Cette situation n'est possible que s'il y a égalité stricte des ressources : dès que cette condition ne se vérifie plus, il se dégage un espace au sein duquel se déploient technique probabiliste, forme de l'assurance et imaginaire assurantiel, bref, la raison probabilitaire.

Dès lors, dans quelle mesure peut-on considérer l'égalisation des coûts d'opportunité comme des guides significatifs qui soient à même d'évaluer la distribution des ressources? Deux faiblesses peuvent être relevées qui mènent à l'abandon de la mesure par coûts d'opportunité. La première concerne l'association de la responsabilité aux coûts d'opportunité. Pour Dworkin, la meilleure manière d'établir une distribution qui soit sensible

[1053] EWALD François, L'État providence, p.64 et p.283.
[1054] HABERMAS Jürgen, Droit et démocratie : Entre faits et normes, p.43.
[1055] KOLM Serge-Christophe, Modern Theories of Justice, p.244.

aux différences d'aspirations consiste à rendre l'individu responsable du coût de ses préférences, tel que mesuré par les privations qu'elles imposent à autrui. Réciproquement, seule la capacité d'un individu à se procurer les moyens nécessaires à ses ambitions devrait faire l'objet d'un compensation et non pas la satisfaction de ses préférences.

Si cette dernière condition est respectée lors de la première étape de l'enchère, lorsque le commissaire-priseur vend les ressources, elle ne l'est plus lors des échanges subséquents. En effet, une fois l'enchère échue, les coûts d'opportunité des ressources varieront selon que ces dernières seront immédiatement consommées ou utilisées en vue d'une production. Ainsi, si une personne cherche à augmenter son lot d'oranges en vue d'en produire du jus, tandis que la vaste majorité de la population s'en est procuré pour les manger immédiatement, le coût des oranges restantes augmentera d'autant. Or, si l'on peut admettre qu'une personne encourt le coût de ses préférences, entendre, le coût de la satisfaction de ses préférences et donc de sa consommation, il ne s'ensuit pas qu'elle doive payer celui de la consommation d'autrui[1056]. Il y a donc une relative indétermination des coûts d'opportunité qui recouvrent autant les préférences de la personne concernée que celles des autres.

Cette première objection de principe attire l'attention sur la seconde faiblesse qui apparaît lors du transfert vers la situation réelle-réelle. Dans une économie complexe, la plupart des ressources matérielles se compose de produits finis, utilisables en vue d'une consommation ou d'une production[1057]. Ainsi, une paire de chaussures peut être consommée, c'est-à-dire portée dès son achat, ou revendue à un tiers par un petit détaillant. Étant donné les transformations multiples des biens matériels, à partir des matières premières jusqu'au produit fini et à ses différentes utilisations, il devient rapidement impossible de détailler qui prive qui et de quoi. La distribution des ressources au sein de nos sociétés est à ce point inégale et complexe que l'on peut douter d'une identification même approximative des coûts

[1056] KOLM Serge-Christophe, Modern Theories of Justice, p.245. Kymlicka utilise un argument similaire, voir KYMLICKA Will, Les théories de la justice : libéraux, utilitaristes, libertariens, marxistes, communautariens, féministes…, p.97.
[1057] KOLM Serge-Christophe, Modern Theories of Justice, p.242.

d'opportunité. De plus, l'égalisation des coûts d'opportunité mènera à des résultats fort différents selon le type d'acteurs concernés : le calcul n'inclut-il que les personnes physiques, les individus, ou peut-on attribuer des coûts d'opportunité aux personnes morales – entreprises, corporations, syndicats, etc.? Les coûts d'opportunité ne peuvent donc indiquer, si ce n'est dans le cadre d'environnements extrêmement réduits ou fortement contrôlés, à quoi ressemblerait dans la situation réelle une distribution satisfaisant le test d'envie[1058].

Ces lacunes ont une conséquence directe sur le statut de la redistribution par assurance. Au sein du modèle dworkinien, toute couverture acquise dans le cadre d'une distribution égalitaire est juste parce que déterminée par les préférences de l'individu[1059]. C'est aussi ce qui en fait une ressource[1060]. En l'absence d'égalité de ressources, les préférences individuelles ne pouvant être retracées, la couverture d'assurance est calculée en fonction d'hypothèses contrefactuelles sur la moyenne des préférences, eût été l'égalité des ressources[1061]. Ces hypothèses ne reposent cependant plus sur une description, même approximative, d'une distribution égale : elles procèdent exclusivement du calcul actuariel. À fortiori dans le contexte des distributions de richesses qui caractérisent les sociétés ouvertes, le calcul d'une couverture est avant tout question de probabilité et non de préférences hypothétiques. La continuité entre choix et circonstances est rompue car les premiers ne sont plus identifiables.

À cause de l'indétermination des coûts d'opportunité, l'égalité des ressources bascule vers un égalitarisme de la chance. De surcroît, à l'intérieur de la situation réelle, le mécanisme d'assurance est le seul outil à même de combattre les inégalités matérielles. En d'autres termes, si l'enchère hypothétique précède et détermine le mécanisme d'assurance dans la situation idéale, le manque d'information sur la situation réelle inverse le rapport.

[1058] Par exemple, lors d'une poursuite en droit civil, le juge peut se servir d'une combinaison de l'intégrité et des coûts d'opportunité pour trancher un cas difficile.Voir GUEST Stephen, Ronald Dworkin, pp.283-285.
[1059] DWORKIN Ronald, SV, p.312.
[1060] On se rappellera que les individus choisissent leur couverture selon les coûts fixés par un marché libre dans lequel l'information est complète.
[1061] DWORKIN Ronald, SV, p.313.

Le risque comme critère de commensurabilité

Le passage de l'égalité des ressources comme paradigme du choix à un paradigme des probabilités semble de prime abord s'effectuer par défaut. Dans la mesure où l'égalité de l'enchère hypothétique ne peut être réalisée, l'actualisation de la justice comme sollicitude donne lieu à une stratégie de second choix, organisée autour de la redistribution par assurance[1062]. Sans contester cette interprétation, nous pensons néanmoins que le mouvement induit est peut-être moins fortuit qu'il n'y paraît. Il convient de rappeler que l'égalité des ressources se justifie en partie en tant que mesure d'équivalence qui, vis-à-vis de ses rivaux utilitaristes et welfaristes, se prévaut d'une capacité supérieure de comparaisons interpersonnelles.

Dans cette optique, le défaut du critère des coûts d'opportunité est de reposer sur une distinction arbitraire entre choix et circonstances. Dworkin le reconnaît : les circonstances d'hier sont les choix de demain[1063]. Bien que sujette à réévaluation, la distinction n'est pas moins nécessaire pour établir la possibilité du libre-arbitre qui meut l'égale liberté, quitte à recourir aux hypothèses contrefactuelles pour en rendre compte.

Or, d'un point de vue du calcul des probabilités, ces deux problèmes disparaissent : la distinction entre choix et circonstances est remplacée par le calcul de risque, quelle que soit l'implication volontaire de l'individu concerné, tandis que les handicaps et leurs conséquences sont directement évalués en fonction de la répartition normale, indépendamment des choix de couverture faits par un individu idéal qui aurait connu à l'avance les risques associés à un handicap donné. À ce titre, si l'on admet que l'égale liberté puisse être question de comparaison de sphères sur le contenu desquelles l'on ne doit pas se prononcer, si ce n'est pour souhaiter qu'il soit le plus réel possible, la raison probabilitaire

[1062] C'est l'interprétation qu'en offre KYMLICKA, voir Les théories de la justice : libéraux, utilitaristes, libertariens, marxistes, communautariens, féministes…, p.99.
[1063] DWORKIN Ronald, SV, p.287.

s'impose à titre d'indice de comparaison puisque tout peut être converti en risque, et donc rendu équivalent.

L'égale liberté dans la raison probabilitaire

Pour saisir ce mouvement vers la probabilité, quelques considérations au sujet de la raison probabilitaire se révèlent nécessaires. À juste titre, Dworkin considère l'assurance comme le pont qui relie chance optionnelle et chance brute. Toutefois, il perçoit cette continuité sous l'angle du choix personnel, ce qui le mène à la faire reposer sur la disponibilité de polices d'assurances à coûts abordables, étendant ainsi la sphère de la responsabilité au domaine des circonstances. Or, si la continuité s'établit si facilement, ce n'est pas qu'elle porte le sceau du choix et des préférences, mais bien parce que le risque est à la fois englobant et inexistant[1064]. En effet, le risque est le produit de mesures statistiques, de compilations plus ou moins complexes de faits et de leur interprétation par le calcul des probabilités[1065]. En ce sens, avant de s'incarner dans une couverture d'assurance par l'adjonction d'un corrélat financier, le risque est une catégorie de l'entendement qui interprète la réalité sociale par la loi des probabilités, soit en fonction d'une distribution normale[1066].

En premier lieu, la mesure statistique est universelle : elle ne décrit pas un type précis de phénomènes. Pourvu que le phénomène se répète, il est susceptible de mesure et d'inscription sur une courbe[1067]. Réciproquement, la corrélation de facteurs pour les constituer en probabilités est potentiellement infinie, ce qui autorise la comparaison de réalités particulières quelles que soient leurs irréductibles particularités[1068]. Cette universalité du risque, ou plutôt son universalisation potentielle, n'est pas dépourvue d'effets. En premier lieu, la différence entre chance optionnelle et chance brute n'a pas de raison d'être : à moins d'accorder à chacune une essence respective qui en impose la distinction, toutes deux

[1064] EWALD François, L'État providence, p.173.
[1065] EWALD François, L'État providence, p.151.
[1066] Entendue ici au sens statistique de distribution et non en référence à l'acte de distribuer quelque chose, voir EWALD François, L'État providence, p.156.

procèdent de la même appréhension des phénomènes. En fait, les qualificatifs « optionnel » et « brute » décriraient plus les réactions possibles envers ce qui reste le même construit, nommément, un accident. De ce fait, la responsabilité associée à la chance optionnelle équivaut au plaquage d'évaluations causales sur ce qui est avant tout le fruit de corrélations[1069].

En second lieu, le risque scinde la décision de l'agent de ses conséquences, ces dernières n'ayant de sens qu'en regard d'une probabilité calculée sur l'ensemble d'une population[1070]. Les choix individuels deviennent une variable parmi d'autres d'un système qui les objective[1071]. Réciproquement, la responsabilité n'est plus une question de faute imputable à un individu, tel celui qui aurait commis l'erreur de s'engager dans un domaine dépourvu de débouchés, mais de répartition des coûts engendrés par une perte sur un groupe plus ou moins important[1072]. La charge des circonstances est reportée sur l'ensemble du groupe qui s'en retrouve d'autant plus solidarisé : les faits et gestes de chacun s'insèrent dans des « tendances lourdes » qui s'imposent à autrui, comme réciproquement les gestes d'autrui affectent chacun.

Il s'ensuit qu'un accident, manifestation ponctuelle d'une pluralité de facteurs de risque, diffuse la cause suffisante qui l'expliquerait : la corrélation est alors substituée à l'imputabilité. Il n'est donc pas nécessaire de désigner un coupable pour dédommager une victime[1073]. Prémisse axiologique qui fonde la solidarité à l'origine des services sociaux : si l'accident ne suppose pas l'identification d'une cause et d'un coupable – le patron exploiteur, le mauvais ouvrier – mais le constat d'une probabilité qui émerge inévitablement des activités humaines, sa compensation devient l'affaire de tous[1074]. Combinée à l'équivalent universel

[1067] EWALD François, L'État providence, p.152.
[1068] PERETTI-WATEL Patrick, La société du risque, p.16.
[1069] PERETTI-WATEL Patrick, La société du risque, p.8 et EWALD François, L'État providence, p.189.
[1070] EWALD François, L'État providence, p.188.
[1071] Sur ce point les propos d'Ewald et d'Habermas coïncident de manière frappante. Voir, respectivement, L'État providence, p.188 et Droit et démocratie, p.433.
[1072] EWALD François, L'État providence, p.354.
[1073] PERETTI-WATEL Patrick, Ibid., p.8.
[1074] Nous laissons pour l'instant de côté la question de savoir si cette justification de la solidarité exprime l'apparition d'un droit social, comme F.Ewald le soutient, ou la prolongation par le schème assurantiel du principe de liberté à l'origine des doctrines du contrat social, ainsi que S-C.Kolm le souligne.

qu'est l'argent, la raison probabilitaire compense toutes les situations individuelles selon une mesure unique et ce, en dépit de leurs particularités irréductibles[1075].

En troisième lieu, la relative indifférenciation des comportements particuliers fournit la base sur laquelle effectuer les comparaisons nécessaires à une égalisation de la liberté. Ainsi, l'égalisation des risques auxquels chacun fait face permet d'en déduire un relatif affranchissement des circonstances, dont les coûts sont partagés et les effets indemnisés. Il en résulte une équivalence des libertés qui a pour principal mérite de n'entretenir aucun présupposé quant à leurs usages, aux aspirations qui s'y inscrivent et à la satisfaction qui en est dérivée.

Avant de continuer, une précision s'impose. Nous nous éloignons sur le dernier point de la position de François Ewald, dont nous reprenons la description de la raison probabilitaire, selon laquelle le paradigme du droit social procéderait d'axiomes distincts de ceux qui sont propres au droit civil jusnaturaliste et, à terme, le remplacerait. Selon nous, la rationalité du risque s'insère dans la continuité de la problématique des comparaisons induites par l'égale liberté. Nous ne prétendons pas contester la thèse historique d'Ewald sur l'évolution de la notion de risque en France et les changements juridiques auxquels elle a présidé. Toutefois, notons que le diagramme libéral qui s'efface devant celui du droit social est articulé selon les axiomes du droit naturel, lesquels sont à deux titres étrangers à la justice comme sollicitude. D'une part, le droit civil s'appuie sur une métaphysique de la nature humaine tandis que la justice comme sollicitude procède d'une indétermination de l'être humain. D'autre part, les droits moraux du droit-intégrité dépendent d'un principe d'égale attention qui pose déjà le droit comme un système de comparaisons interpersonnelles. Bref, le diagramme libéral que décrit Ewald ne pose pas la question de l'égale liberté et se rapproche plus vraisemblablement du libéralisme fondé en neutralité mâtiné de jusnaturalisme moderne décrié par Dworkin.

[1075] PERETTI-WATEL Patrick, La société du risque, p.9.

À ce titre, il est plausible d'interpréter la solidarisation probabiliste comme la version la plus accomplie de l'équivalence des libertés lorsque celles-ci sont conçues comme indétermination. À partir du moment où la liberté qui doit être égalisée est comprise de manière négative, elle est entreprise d'affranchissement. Quoi de mieux que l'assurance pour atteindre cet objectif? L'égalité des ressources qui, dans le cadre de la situation idéale plaçait encore l'assurance dans le registre de la prévoyance individuelle, entre alors de plein pied dans le registre de l'égalitarisme de la chance.

c. L'utopie assurantielle

Partage des coûts et comparaison verticale universelle

En apparence, le déplacement de l'égalité des ressources vers l'égalitarisme de la chance représente une double amélioration : la distinction choix-circonstances n'est plus nécessaire et un schème institutionnel s'en dégage pour s'attaquer aux inégalités matérielles. Il semble donc que le changement opéré en soit plus un de perspective que d'authentique altération des principes de la justice comme sollicitude.

Dans le cas précis, les apparences sont néanmoins trompeuses, car l'abandon des coûts d'opportunité pour un critère de distribution s'inscrit dans un virage plus substantiel que technique. En dépit de son caractère idéaliste, la distribution selon le test de l'envie fournit un étalon indépendant sur lequel indexer la distribution des couvertures d'assurance. En effet, dans la mesure où le mécanisme assurantiel n'est établi qu'en second temps, après l'enchère hypothétique, sa légitimité s'appuie sur l'arrière-plan d'une distribution égalitaire[1076]. De surcroît, la proportion entre cotisation et indemnité est unifiée : l'individu prend uniquement en charge les risques auxquels il s'expose ou il en partage la charge avec ceux qui appartiennent à la même classe – ceux pour qui les risques d'accidents et les indemnisations

[1076] DWORKIN Ronald, SV, p.313.

sont les mêmes. Enfin, ce sont les attentes de l'individu qui déterminent dans une certaine mesure sa position sur la courbe des probabilités : ainsi que la courbe de l'utilité marginale l'indique, un individu rationnel cotisera en vue d'une indemnité inférieure au revenu anticipé, donc se situera lui-même dans la partie supérieure de la courbe des probabilités.

Or, parce qu'injuste, l'absence d'égalité des ressources représente une lacune pratique; et puisque l'on ne peut imaginer ce à quoi ressemblerait une distribution conforme à l'égalité des ressources, la lacune est également épistémique. L'absence d'envie est donc atteinte par défaut, soit par l'affranchissement des circonstances, mais surtout, par le biais d'un étalon strictement relatif, à savoir un critère déduit de la répartition elle-même et non posé au préalable.

Bouleversement s'il en est de la normativité de la justice dont la balance n'apparaîtrait qu'une fois mesurées les quantités à distribuer. L'identification d'une couverture adéquate ne relève plus de l'*autonomie individuelle*, donc d'un choix qui ne se soucie d'aucune comparaison, mais de l'*individuation*, c'est-à-dire de la comparaison de chacun avec tous[1077]. Est adéquate la couverture qui indemnise contre le risque moyen, qu'il s'agisse du risque moyen d'être en-deçà d'un revenu donné, de subir un accident au travail ou de tomber malade. Dans ce contexte, la redistribution fiscale envisagée par Dworkin n'a pas pour principe la part de ressources à laquelle chaque individu à droit, mais la position de chacun vis-à-vis de la performance du groupe, en supposant que la moyenne représente la juste part. Réciproquement, lors de la répartition des charges de ce risque à tous, les personnes se retrouvent singularisées par leur écart à la moyenne et ce, avant toute cotisation ou indemnisation.

La stigmatisation appréhendée par Anderson tire ses racines de cette transformation du type d'étalon utilisé et de l'accent placé sur la performance du groupe comme point de repère normatif. En raison de la relativité du critère, la moyenne devient la norme et dégage, du

[1077] EWALD François, L'État Providence, p.406.

même coup, un ensemble d'individus dits « anormaux » selon l'écart-type de la distribution, c'est-à-dire ceux qui s'éloignent de la moyenne de manière significative. *A priori*, cette différenciation ne pose pas de problème de précipitation. D'une part, l'anormalité reste avant tout question de degré. On ne peut donc en dégager une appartenance précise, *a fortiori*, en imposer une. D'autre part, la différenciation est nécessaire pour effectuer la redistribution.

Toutefois, ce raisonnement néglige tant le type de comparaison effectué que la relation de la performance collective à une capacité d'indemnisation. Ces deux éléments constituent les facteurs de la précipitation. Comme nous l'avons vu au cours de la première partie, la réflexion de la justice en relation à l'égalité a pour arrière-plan l'infinie diversité du genre humain, dont d'ailleurs dérive le problème de la commensurabilité. Les courbes de probabilité de l'assurance mesureraient la diversité des caractéristiques sociales et naturelles. Toutefois, à la suite de Thomas Pogge, il est possible de distinguer deux conceptions de la diversité selon lesquelles effectuer les comparaisons, à savoir la diversité horizontale et la diversité verticale. Tandis qu'un jugement de diversité horizontale appréhende les différences interindividuelles comme une richesse en soi, un jugement de diversité verticale les ordonne dans le but de les hiérarchiser[1078]. Les deux perspectives sont relativement interchangeables; ainsi il est possible d'apprécier horizontalement la différence entre l'esprit d'analyse d'un mathématicien et la créativité d'un poète ou d'hiérarchiser leurs talents respectifs. De même, s'il va de soi que la tolérance libérale s'accommode mieux d'une appréciation horizontale de la différence, un *minimum* de différence verticale est nécessaire pour effectuer certaines comparaisons, sans quoi l'identification de défauts ou la promotion de qualités seraient dépourvues de sens.

Toutefois, le domaine des comparaisons verticales reste restreint, dans la mesure où sa pertinence dépend d'une appréciation globalement horizontale de la diversité humaine. C'est la raison pour laquelle les paramètres qui composent une vie ne sont pas tous normatifs, cette appréciation étant en grande partie laissée à la personne concernée. Réciproquement, l'idée

[1078] POGGE Thomas W., « Can the Capability Approach Be Justified? », Philosophical Topics, p.53.

d'un critère de diversité verticale défini collectivement heurte l'intuition exprimée par le principe d'importance égale, puisqu'il revient à tenter de hiérarchiser la diversité humaine[1079]. Or, la notion même de probabilité suppose cette modalité de comparaison : la diversité d'une population s'échelonne des percentiles supérieurs aux percentiles inférieurs. Ainsi, la commensurabilité accrue de la rationalité assurantielle s'acquiert au prix d'une hiérarchisation des caractéristiques de la population donnée. Le passage d'une compensation dont l'importance est indexée aux préférences de l'individu concerné à une compensation indexée à la performance du groupe, donc selon une norme relative à la population donnée, mène à la comparaison verticale de tous avec chacun. Certes, l'idée d'un groupe d'« anormaux » reste toujours aussi imprécise, chacun se distinguant de l'autre par la place occupée sur la courbe de probabilité; en revanche, le fait que cette distinction soit mesurée selon un rapport de supériorité et d'infériorité dégage l'espace nécessaire à l'élaboration de représentations, qui, bien que diffuses, n'en sont pas moins substantielles.

C'est la relation de l'assurance à la capacité d'indemnisation qui achèvera l'ascription d'une partie de la population au groupe des « anormaux ». Ainsi, la normalisation de la société ne se réduit pas à la mesure du profil de population; elle vise aussi, par l'association d'une cotisation à un risque donné, à dégager les moyens nécessaires au contrôle des aléas. C'est là tout l'attrait normatif de l'assurance : non seulement comparer pour décrire, mais surtout, comparer pour maîtriser ce qui relève de la contingence par le biais des indemnisations[1080]. À ce titre, la performance de la population pour un risque donné, tels le chômage ou la maladie, se mesure aussi selon la courbe des cotisations. En d'autres termes, dès lors que l'on répartit la charge d'un risque sur l'ensemble d'une population, ainsi que Dworkin le préconise dans la situation réelle, ledit risque relie deux courbes de probabilités, nommément, celle qui rend compte de l'évènement que l'on cherche à prédire et celle qui rend compte de la capacité de cotiser pour se prémunir contre ses effets. Selon une logique

[1079] POGGE Thomas W., « Can the Capability Approach Be Justified? », Philosophical Topics, p.54.

assurantielle « pure », les deux courbes coïncident : à risque donné, cotisation proportionnelle, même si certains seront de ce fait inassurables. Toutefois, dans le cadre d'une mutualisation universelle, dont l'objectif comporte aussi la compensation des inégalités de cotisation, les deux courbes se dissocient pour instaurer une différence structurelle entre ceux qui peuvent cotiser et ceux qui ne le peuvent pas, ces derniers constituant souvent le groupe le plus à risque.

Les conditions présidant à l'apparition d'une précipitation de certains membres du groupe sont alors réunies. En dépit de l'équité incontestable et de sa fiabilité technique, le principe de proportionnalité des cotisations au revenu, lorsque recoupé avec la courbe des probabilités fait émerger une définition du groupe des anormaux : est anormal celui dont l'éloignement de la moyenne s'accompagne de l'incapacité de cotiser[1081]. Or, ne serait-ce qu'en ce qui a trait à l'assurance-emploi, plus le groupe est éloigné de la moyenne en termes de revenu, moins il peut supporter lui-même la charge des risques auxquels il est exposé. L'individu, dans ce qu'il a de particulier, est alors confronté à une universalité qui prend la forme d'une altérité déréglée, puisqu'il s'agit d'une norme qu'il ne pourra jamais atteindre[1082].

Justice et précipitation : une question de bien-être?

Autant que possible, la critique doit se montrer à la hauteur de la conception visée. Avons-nous accordé toute l'attention requise à la réplique de Dworkin, selon laquelle l'argument de la stigmatisation, ou de la précipitation en ce qui nous concerne, sert de prétexte pour ne pas se préoccuper du sort des plus démunis? En effet, il serait possible d'en offrir une lecture plus profonde, c'est-à-dire qui n'en réduise pas le propos à la seule dénonciation d'une éventuelle hypocrisie politique, mais y saisisse l'évocation du problème

[1080] HABERMAS Jürgen, Droit et démocratie, p.433.
[1081] De ce point de vue, la critique d'Anderson vise juste, à cela près qu'il lui manque la différenciation structurelle entre cotisants et non-cotisants.
[1082] Nous nous inspirons ici du constat posé par Jean-Marc FERRY, « Narration, interprétation, argumentation, reconstruction. Les registres du discours et la normativité du monde social » in Histoire de la philosophie politique, t.5 « Les philosophies politiques contemporaines », p.260.

de l'étendue de la justice. En d'autres termes, la précipitation correspond-elle à un authentique problème de justice, c'est-à-dire de répartition de droits et de ressources, ou relève-t-elle du domaine du bien-être? Le cas échéant, ses effets seraient certes malheureux, mais à l'instar de la souffrance accrue du poète satirique face à la censure – par opposition à celui dont la production scripturale se réduit à l'endossement de chèques – ne concerneraient pas la justice.

Deux raisons pourraient être avancées à l'appui de cette thèse. En premier lieu, les stéréotypes véhiculés par le schème de redistribution, même méprisables, expriment les convictions morales de leurs adhérents. Il est alors difficile, sans enfreindre la liberté de conscience, d'inciter les membres de la communauté politique à les abandonner, dès lors que ces derniers ont contribué à l'entretien du filet social. Une personne peut être légitimement obligée de payer ses impôts, mais elle ne peut être contrainte de voir autrui au-delà des apparences, sans inverser la priorité du juste sur le bien. Autrement dit, le respect envers les bénéficiaires relève du mérite moral ou des convictions éthiques et non du civisme.

En second lieu, si les circonstances qui entourent les diverses formes d'assistance sociale sont bien souvent pénibles, il importe de ne pas confondre la satisfaction éprouvée par les individus envers la justice et les mesures dont ils sont l'objet. Le fait que le bénéficiaire perçoive l'aide qui lui est apportée comme le signe de l'épreuve qu'il traverse, pire, de sa déchéance, n'implique en rien qu'elle ne lui soit pas due ni qu'elle doive être complétée de mesures qui « renfloueraient » son estime de soi. À ce titre, la précipitation ne représenterait qu'une revendication plus ou moins élaborée en faveur du bien-être des justiciables : satisfaire cette demande équivaudrait à s'exposer aux mêmes difficultés que celles inhérentes au welfarisme.

Néanmoins, ces deux objections confondent le problème et sa manifestation. Ainsi, il est exact de dire que la précipitation entretient un rapport étroit avec les stéréotypes ou les représentations négatives. Si elle s'y réduisait, il s'agirait effectivement d'une question de satisfaction ou de conviction personnelle, exemple supplémentaire d'une liberté qui inclut

entre autre chose le droit de ne pas se soucier d'autrui. Tel n'est toutefois pas le cas, car les représentations stéréotypées expriment de manière grossière et diffuse les attentes de comportements qui composent le véritable noyau de la précipitation.

La nuance est comparable à celle qui existe entre la liberté et l'usage qui en est fait. Ainsi, est-il possible d'imaginer les usages possibles de la liberté d'expression : chanter, communiquer, s'habiller d'une manière ou de l'autre, écrire, etc. Et, sur ces premières représentations, il est également possible de concevoir des usages encore plus particuliers ou concrets et de les ordonner : écrire des poèmes inspirés plutôt qu'une chronique mondaine superficielle. Mais ces représentations, pour précises qu'elles puissent devenir, ne remplacent pas les attentes de comportements qui rendent la liberté possible ni ne se confondent avec elles : ne pas censurer ni être censuré, ou encore s'abstenir de calomnies ou d'insultes.

La précipitation est donc une dérive des attentes de comportements due à la différenciation opérée par la comparaison verticale et la dichotomie entre cotisants et non-cotisants. D'une attente de comportement universelle – traiter chacun en égal – incarnée sous ce rapport par un schème fiscal axé vers la redistribution, la justice comme sollicitude dérive vers une attente de comportement différenciée – tous ne satisfont pas les mêmes conditions de possibilité de pérennisation de la justice – qui attribue des appartenances involontaires.

Selon cette logique, la précipitation au sein du groupe des anormaux touche effectivement la construction du projet de vie des personnes concernées, puisqu'elle en remplace les paramètres normatifs. Toutefois, tant la médiation imposée par l'attente de comportement vis-à-vis du bénéficiaire par le reste du groupe que son caractère hétérogène – étant définie par la performance du groupe et non les aspirations individuelles – dépassent de loin l'appréciation personnelle. Concrètement, si la précipitation était question de bien-être ou de satisfaction, elle porterait sur l'utilisation des prestations reçues par le bénéficiaire. Or, le problème ne vient pas tant de l'utilisation effective qu'en fait le bénéficiaire mais bien de ce que celle-ci soit évaluée, non à l'aune des principes de dignité humaine et plus

particulièrement celui de responsabilité spéciale, mais en fonction de l'obligation faite au groupe à risque auquel il appartient : disparaître. Il s'agit bel et bien d'une question de justice.

En revanche, il serait possible d'objecter qu'en regard de l'apport de la redistribution par assurance, la précipitation ainsi identifiée représente bien peu : les « anormaux » apparaissent comme tels en raison de l'injustice de nos sociétés. La précipitation soulignerait plus l'urgence de la redistribution des richesses qu'une authentique question de mise en œuvre des principes. Néanmoins, cet argument ne tient qu'à condition de présupposer le caractère strictement instrumental de la cotisation : au même titre qu'un système judiciaire a besoin de locaux pour tenir ses audiences - désignés par l'expression « tribunal » - l'assurance a besoin de cotisations pour indemniser. Dans cette optique, l'incapacité de cotiser représente un facteur qui, certes, entre en compte dans la gestion de l'assurance, mais est dépourvu de connotation normative.

Tenir ce propos, c'est oublier que la mutualisation du risque par l'indexation des cotisations au revenu confère une valeur normative à l'acte de cotiser. En effet, plus le nombre de cotisants est élevé, plus il est possible de répartir le risque, donc de maîtriser pour tous, y compris pour ceux qui ne peuvent cotiser, le coût associé aux accidents. L'acte de cotiser semble juste en soi car il préserve le groupe dans son ensemble en inscrivant dans la durée la capacité de faire face aux accidents. Il est dès lors facile d'en déduire sinon l'obligation de cotiser, du moins celle de gravir la courbe, c'est-à-dire de sortir du groupe à risque. L'anormal devient celui de qui l'on est en droit d'attendre un comportement donné, non parce qu'il reçoit une indemnisation, celle-ci agissant plutôt comme un signal, mais à cause de son appartenance à un groupe qui met en jeu la pérennisation de la capacité d'action du système de justice. C'est la contrepartie pratique de la comparaison verticale : la hiérarchisation des situations individuelles n'est pas neutre quant aux comportements impliqués. Le problème ne se résume donc pas à une simple question de transition de statut entre indemnisé et cotisant, comme l'illustre le cliché du cavalier seul, ou d'échange entre

assuré et assureur – privé ou public. Il relève plutôt de la différence entre interprète de l'entreprise de justice collective, auteur et acteur, et celui qui n'y participe pas faute de moyens, et donc n'est plus qu'un acteur dans un système qui le dépasse et sur lequel il n'a pas de prises.

La minorité du bénéficiaire

Cette dernière idée mérite quelques explications puisqu'il est difficile de concevoir que l'acteur ne puisse être auteur de ses propres actions. Il s'agit d'un phénomène de dissociation entre l'action posée et celui qui lui confère un sens. Habituellement, pour qui reconnaît la pertinence de la responsabilité spéciale, les gestes posés par l'agent visent un objectif qui en détermine le sens. Pour reprendre la terminologie de Dworkin, l'actant individuel est l'instance de jugement la plus immédiate de ses gestes, fussent-ils projetés ou achevés. Cela n'implique pas qu'il soit impossible de juger de la valeur des gestes d'autrui, mais plutôt que le sujet entretient un rapport privilégié avec le sens accordé à ses gestes, ce qui rend possible de l'interroger sur ses motifs ou de lui imputer une action. De ce point de vue, l'individu est considéré comme autonome : il se donne sa propre maxime, mais surtout est le premier à juger de l'orientation de ses actions à son endroit, donc à leur conférer l'unité narrative dont émane le sens. Il est ainsi auteur et acteur.

Quant au bénéficiaire de la redistribution par assurance, il ne détient plus le monopole du sens de ses gestes, n'étant plus le principal interprète à leur assigner une fin : c'est sa position vis-à-vis de la performance collective et l'obligation qui y correspond qui s'imposent comme grille d'interprétation. La responsabilité qui lui incombe à l'endroit de la perpétuation de la capacité de justice le dépossède de l'autorité sur sa trajectoire de vie, offrant ainsi une image quelque peu altérée du principe de priorité : le bien-être de la communauté s'impose comme le paramètre le plus rigoureux du défi qu'il doit relever. Même pour celui qui reçoit son dû, la justice comporte une certaine violence. Il n'est donc plus qu'acteur; ses gestes,

quelle qu'en soit la teneur, sont subsumés à l'intérieur d'un *rôle* dont il n'est ni l'auteur, ni le metteur en scène.

Appréhendé en termes de trajectoire de vie, le bénéficiaire de la redistribution par assurance éprouve un retour à la condition de mineur, comparable à celle d'un enfant. Ainsi on peut établir un recoupement entre l'enfance et l'anormal – au sens où nous l'avons défini – dans la mesure où ils font tous deux l'objet d'une individualité par « procuration ». S'il est souhaitable, voire nécessaire, que l'identité narrative d'un enfant se compose en grande partie de ce qu'en disent ses parents[1083], il en est autrement pour l'anormal dont l'identité est racontée par un rôle défini à partir de la performance collective modulant du fait même son accès à l'être-reconnu de la sphère publique, alors que celle-ci procède de l'exigence de publicité[1084]. L'anormal devient principalement le produit de la société au détriment de son statut de producteur de la société. Fragilisée par les circonstances qui appellent une indemnisation, la population des non-cotisants se retrouve désaffiliée du débat public à cause des images qui médiatisent leur discours; ainsi est reconnu « bon bénéficiaire » celui qui affronte l'épreuve avec dignité, se prend en main et « s'en sort » et « mauvais profiteur » qui abuse du filet social et de ses concitoyens.

La première initiale s'apparente ainsi à un rite de passage, non seulement personnel, représentant de façon évidente un tournant pour qui la reçoit en raison des circonstances qui l'accompagnent, mais touchant aussi les modalités de relation en ce qu'elle en change le registre et place l'« anormal » sous le signe de la distinction objectivante, ce qui n'est pas sans rappeler la relation du Je au Cela décrite par Martin Buber[1085]. Dans un texte qui nous semble particulièrement à propos, *Je et Tu*, Buber définit deux mots-principes qui encadrent notre rapport au monde, le Je-Tu et le Je-Cela. Tandis que le Je-Tu introduit le monde de la relation

[1083] Nous reprenons la caractérisation de l'enfance proposée par É.DESCHAVANNE et P-H.TAVOILLOT in Philosophie des âges de la vie, Pourquoi grandir, Pourquoi vieillir?, p.340. Le parallèle avec la condition des bénéficiaires de l'assurance n'engage bien sûr que nous.
[1084] Au sens où l'entend Jean-Marc FERRY, c'est-à-dire, obéissant à un principe d'universalisation. Voir, « Narration, interprétation, argumentation, reconstruction. Les registres du discours et la normativité du monde social » in Histoire de la philosophie politique, t.5 « Les philosophies politiques contemporaines », p.259.
[1085] BUBER Martin, Je et Tu, traduit de l'allemand par G.Bianquis, avant-propos de Gabriel Marcel, préface de Gaston Bachelard, 1ère éd., Lonrai : Éditions Aubier, 1969. 172 p. Bibliothèque philosophique. Traduction de : Ich und Du. ISBN 2700730887. pp.24-25.

à autrui, saisi dans son unique intégralité que permet une action d'ouverture réciproque, le Je-Cela restitue l'expérience empirique de qualités et de quantités comparables et transférables de la chose sur laquelle le sujet porte son regard[1086]. Le registre du Je-Cela extrait des points précis de la totalité qu'est l'autre, pour les ramener ou les opposer à d'autres points précis[1087].

L'infinie commensurabilité de la rationalité assurantielle repose sur une décomposition de l'unité dans ses moindres parcelles, rendue nécessaire par recherche d'une classification verticale. En dernière analyse, c'est l'aptitude à se rendre compte de la présence d'autrui qui est aspirée dans le rapport objectivant d'un cela : l'interlocuteur de la communauté d'interprétation disparaît derrière le signe que représentent les prestations du filet social. *« Je peux le volatiliser et l'éterniser en le réduisant à un nombre, à un pur rapport numéral »*[1088]. Là se noue une part du tragique de la justice qui ne peut sans renonciation tourner le dos au drame personnel et à la détresse qui l'accompagne – perte d'emploi, maladie, droits spoliés, etc. – mais qui, par l'intérêt même porté à ce qui est dû, concourt à faire de la personne un évènement, une occurrence, l'occasion d'une relation de domination. La justice comme sollicitude est alors confrontée à un dilemme. Soit elle réduit l'importance de la différenciation, au risque de retraiter vers une égale liberté formelle, sachant que les structures de redistribution en assurance restent les institutions de partage des richesses les plus efficaces à grande échelle, soit elle maintient les mesures de différenciation et risque la précipitation. Ce dilemme pose alors la question du critère selon lequel équilibrer universalité et différence afin d'obtenir une égale liberté réelle.

[1086] BUBER Martin, Je et Tu, p.34.
[1087] BUBER Martin, Je et Tu, p.26.
[1088] BUBER Martin, Je et Tu, p.24.

CHAPITRE 6. DEUX LECTURES DE LA JUSTICE COMME SOLLICITUDE : NÉOCLASSICISME ET RÉPUBLICANISME

1. LA MEILLEURE FIN POSSIBLE : LE NÉOCLASSICISME DE LÉO STRAUSS

La mention de Leo Strauss dans le contexte de la philosophie politique contemporaine, et plus particulièrement dans le cadre de l'étude d'une théorie de la justice fondée en égale liberté, laisse l'impression d'une relative inactualité qui détonne avec la réflexion sur les figures de l'égale liberté ou des *distribuendum* de l'égalité matérielle. À notre connaissance, Strauss ne s'est jamais préoccupé de l'identification de biens ou de ressources indispensables, ni de pareto-optimalité ou de coûts d'opportunité. En effet, connu pour ses commentaires et sa présentation des textes de la philosophie classique, il se présente de prime abord comme un historien de la philosophie, étiquette confirmée par les titres de ses écrits : *Droit naturel et histoire*, « Notes sur le Lucrèce » ou « Comment Fârâbi a lu les *Lois* de Platon ».

Dans le même ordre d'idées, ses positions sur un art d'écrire oublié, par le biais duquel les grands textes philosophiques contiendraient un enseignement exotérique destiné au commun des mortels et un enseignement ésotérique s'adressant à qui sait le déceler, évoquent un étrange mélange de nostalgie et d'élitisme plus ou moins assumé[1089]. Qui plus est, l'idée qu'un auteur cherche délibérément à dissimuler son propos semble pour le moins étrangère à notre ère de communication où se côtoient médias de masse, toile Internet et autres réseaux de diffusion des connaissances.

[1089] HOLMES Stephen, The Anatomy of Antiliberalism, 1ère éd., Cambridge, Massachusetts : Harvard University Press, 1993. xvi, 330 p. ISBN 0674031806. p.65.

Une fois passé ce premier désarroi, le tableau ne s'améliore guère. Le regard dubitatif de Strauss à l'endroit des Lumières, élaboré à travers le thème de la querelle des Anciens et des Modernes, a laissé à la postérité l'image ambiguë d'un auteur conservateur, voire réactionnaire[1090]. Pour autant, si Strauss est bel et bien un penseur politique d'envergure, ce n'est pas en vertu des affiliations partisanes apposées à son œuvre, mais bien de sa capacité, par sa restitution des textes classiques, à reporter les convictions partagées – les présupposés? – sur un arrière-plan distant par la perspective exprimée, mais néanmoins accessible puisque nous en sommes les héritiers[1091]. Par le fait même, celui qui apparaît comme le pourfendeur de la Modernité est peut-être aussi le plus en mesure d'apporter une compréhension inédite au problème qui nous occupe.

Dans cette optique, le volet critique du néoclassicisme, qui gravite autour du diagnostic d'une crise de la Modernité résultant de ses fondements même, ne doit pas occulter prématurément l'apport d'une pensée qui pose comme problème premier ce qui est commun à toute philosophie, à savoir le questionnement des opinions en vue d'atteindre une connaissance vraie[1092]. L'antimodernisme de Strauss recouvre donc aussi une invitation à comprendre les textes des Anciens tels qu'ils ont été écris par leurs propres auteurs, et à s'ouvrir au contraste qui en résulte comme pouvant être porteur de vérité[1093]. Ces deux volets sont indissociables.

Bien entendu, il n'est pas possible de répondre intégralement à une invitation d'une telle envergure qui dépasse le cadre de cette thèse. Néanmoins, qu'il nous soit permis de suggérer quelques points de contacts entre néoclassicisme et justice comme sollicitude qui,

[1090] Cette perception va parfois même jusqu'à établir une filiation entre la résurgence du néo-conservatisme qui a marqué les deux mandats de Georges W.Bush et l'enseignement de Strauss, certains Secrétaires d'État ayant assisté à ses cours. À ce sujet, voir le post-scriptum de Olivier SEYDEN in La Cité et l'Homme, pp.51-60.

[1091] STRAUSS Leo, La Cité et l'Homme, traduction et présentation d'Olivier Sedeyn, nouvelle édition, Paris : Librairie Générale Française, 2005. 478 p. Le Livre de Poche. Biblio essais. Traduction de : The City and the Man. ISBN 2253111171. p.82. Voir aussi, dans le même volume, SEDEYN Olivier, « Présentation », p.44.

[1092] Ce thème traverse la pensée de Strauss : on le retrouve autant dans Droit naturel et Histoire, p.88, que dans Qu'est-ce que la philosophie politique, p.16, ou La cité et l'Homme, p.98.

[1093] Voir, par exemple, STRAUSS Leo, Le libéralisme antique et moderne, traduit de l'américain par Olivier Sedeyn, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 1990. 390 p. Politique d'aujourd'hui. Traduction de : Liberalism Ancient and Modern. ISBN 2130429602. p.62. Voir aussi, Qu'est-ce que la philosophie politique? traduit de l'anglais par Olivier Sedeyn, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 1992. 296 p. Léviathan. Traduction de : What is political philosophy? ISBN 213043973X. p.68.

nous semble-t-il, retracent cette invitation et soulignent par le fait même la pertinence de la perspective straussienne à l'endroit des apories du libéralisme compréhensif de Dworkin.

De la manière la plus immédiate, Strauss partage avec Dworkin la critique des formes de scepticisme qui émanent d'une scission stricte entre faits et valeurs, ces dernières ne pouvant faire l'objet d'un authentique discours fondé en connaissance. Si les positions qui s'affrontent ou leur dénomination respective varient quelque peu – le positivisme et l'historicisme chez Strauss et le positivisme juridique et le pragmatisme pour Dworkin –, l'objectif reste sensiblement le même, à savoir proposer une philosophie politique et juridique qui puisse prétendre à une certaine vérité et par le fait même qui réponde au relativisme axiologique[1094].

En revanche, de façon toute aussi évidente, les solutions retenues divergent diamétralement. Ainsi, alors que Dworkin confronte les différentes modalités du relativisme par une herméneutique combinée au jugement kantien, donc une démarche dont la Modernité est en proportion de l'affirmation de l'égalité de tous, Strauss envisage les conditions d'intelligibilité de la pensée normative à travers une redécouverte des textes des Anciens, les philosophes grecs. C'est toutefois dans cette opposition diamétrale que nous percevons l'occasion d'une réflexion féconde.

Tel que nous l'avons exposé dans le chapitre précédent, le problème de la précipitation remet en question la conviction selon laquelle la meilleure interprétation de la dignité humaine sur laquelle appuyer une conception de la justice consiste en une déclinaison de l'égale liberté. Même si des raisons militent en faveur de cette option, il s'avère que des problèmes liés à son actualisation suggèrent une faille dans l'emprise sur le réel nécessaire à la direction de l'action. Par cette faille s'insérerait une version du relativisme, à notre avis plus insidieuse, selon laquelle l'indétermination des convictions axiologiques ne provient pas

[1094] Nous reprenons ici le commentaire d'Alain RENAUT et Lukas SOSOE, selon lequel la démarche straussienne partage avec les philosophies modernes du droit l'ambition d'établir les conditions de pensabilité du droit et de la politique. Voir RENAUT Alain et SOSOE Lukas, Philosophie du droit, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 1991. 484 p. Recherches politiques. ISBN 2130439403. p.101.

de leur fondation mais de l'impossibilité d'en départager les effets. Par exemple, la chasse aux bébés phoques peut être ignoble ou non : le réel résiste au caractère idéalisant de ces deux convictions pour en diffuser les effets. Dans ce sens, le problème de la précipitation nous force à envisager l'éventualité que la clef de voûte du système contemporain de valeurs politiques, l'égale liberté, ne soit pas l'interprétation adéquate de la dignité humaine qui s'incarne dans la responsabilité spéciale et l'importance égale. Dès lors, quoi de plus naturel pour tester le lien entre ces deux valeurs qu'adopter une perspective qui se situe résolument en amont de l'adhésion à l'égalité qui fonde la Modernité?

Nous poursuivrons ainsi notre exploration de l'incomplétude de la justice comme sollicitude par le biais d'un des thèmes mis de l'avant par Strauss à l'égard de la Modernité. Il s'agit de la substitution au cœur des conceptions modernes de la justice d'une réflexion sur les moyens à la réflexion sur la nature, entendue comme l'étude de la fin ultime de l'être humain[1095]. Dit autrement, la Modernité a remplacé la téléologie par la mécanique. Privée d'étalon, cette dernière serait incapable de sortir de la caverne de l'opinion, ne serait-ce que pour poser les termes du problème du critère du juste.

Toutefois, ainsi que nous le verrons ultérieurement, cette position s'articule autour de l'identification de la perfection humaine comme objectif politique premier et de ce fait conteste la pertinence normative de l'égalité pour y substituer une conception positive de la liberté : l'être humain est d'autant plus libre qu'il s'accorde avec sa fin naturelle, sa perfection. De prime abord, l'affirmation de l'excellence comme principale valeur politique renvoie les échos désuets d'une civilisation qui, en vertu d'un critère élitiste, a enfanté de la démocratie et pratiqué l'esclavage sans y voir la moindre contradiction. Néanmoins, précisément parce que prenant la mesure du chemin parcouru, il peut être tout aussi fructueux d'effectuer un retour aux Anciens en vue de nous poser la question suivante : en dépit des déclarations universelles, avons-nous jamais quitté le régime de la liberté positive? Une

[1095] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.158.

liberté positive qui n'est certes plus indexée à l'excellence humaine, ou à une fin naturelle dont la Cité ferait la promotion, mais qui se mesure toujours à une capacité donnée, et non à l'absence d'entrave : dit autrement, une liberté positive dont les exigences ont été revues à la baisse[1096].

À travers ces deux thèmes, amputation de la pensée sur la justice et perpétuation de la liberté positive, on saisira la possibilité d'un mouvement du libéralisme dworkinien vers le néoclassicisme sinon par les réponses formulées, du moins par les interrogations soulevées. Ainsi, la distinction entre intérêts volitifs et intérêts critiques, accompagnée de l'association de la justice à l'un d'eux, convoque la question de la hiérarchie des aspirations. En revanche, la conception de la justice comme paramètre souple de la vie bonne laisse l'impression d'un téléologisme incomplètement assumé; comment peut-on considérer la justice comme liée à la vie bonne, si elle n'est pas rigoureusement ordonnée au bien? De même, la description de pratiques sociales à la lumière d'objectifs normatifs rappelle les démarches évoquées par Strauss, tant au sujet d'une science politique normative que d'une description de la Cité à l'aune de la question de la vie bonne[1097]. Bref, si l'opposition entre les Modernes et les Anciens est indéniable en ce qui a trait à la perfection de la nature humaine et à l'égale liberté, l'impression demeure d'une théorie moderne de la justice qui se tourne vers ses antécédents classiques.

2. LA CRISE DE LA MODERNITÉ

La pensée de Strauss se déploie sur fond d'une crise qui affecterait les Temps modernes, à savoir la conviction répandue selon laquelle il serait impossible de fonder en raison ou d'acquérir une « connaissance authentique et universellement valable » des choses essentielles, au premier chef desquelles, un étalon des valeurs[1098]. Ainsi, l'opinion la plus largement partagée à notre époque, son consensus par recoupement, correspondrait peu ou

[1096] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.163. Voir aussi, RENAUT Alain et SOSOE Lukas, Philosophie du droit, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 1991. 484 p. Recherches politiques. ISBN 2130439403. p.112.

prou au jugement selon lequel de la pensée normative il n'y a qu'opinions à attendre et non connaissance vraie[1099]. Il va de soi que pour celui qui considère la philosophie comme le passage de l'opinion à la connaissance, une telle conviction, si elle s'avère fondée, est désastreuse.

À l'origine de la diffusion de cette croyance, Strauss identifie deux courants de pensée qui sapent chacun à sa manière la possibilité d'une connaissance des valeurs, l'un au nom du caractère foncièrement relatif de toute valeur, l'autre de la séparation stricte des faits et des valeurs. Il s'agit de l'historicisme et du positivisme. Partageant sur ce point le diagnostic de Dworkin à l'endroit de l'anti-théorisme et des diverses formes de scepticisme axiologique, Strauss entreprend de saisir la cause de cette crise. Formulée de manière lapidaire, celle-ci s'expliquerait par l'abandon, par vagues successives, de la réflexion sur le droit naturel, c'est-à-dire sur la connaissance d'un étalon normatif valable partout et en tout temps qui guiderait les actions des individus et des régimes politiques. À cette réflexion serait substitué le présupposé selon lequel seule la description des faits sociaux permet l'identification de l'étalon propre à chaque culture ; les cultures étant diverses, en résulterait la pluralité des étalons axiologiques[1100]. La tolérance serait alors la seule valeur de mise, c'est-à-dire la seule qui puisse prétendre à une relative légitimité. Toutefois, derrière cette tolérance de façade se cache surtout l'adhésion à un dogmatisme aussi fort que l'absolutisme axiologique qu'il dénonce et non moins source d'intolérance, puisqu'il refuse d'avance toute connaissance axiologique – donc toute prise en compte d'autrui[1101].

À partir des deux principales figures du nihilisme axiologique contemporain, Strauss propose de remonter aux origines de l'idée de droit naturel, soit la philosophie des Anciens. La fonction de ce retour aux sources est double : d'une part, rendre compte de l'évolution de

---

[1097] Respectivement, STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.16 et La Cité et l'Homme, p.123.
[1098] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.34.
[1099] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.14.
[1100] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.15.
[1101] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.17. On remarquera le parallèle entre les positions de Strauss à l'endroit de la pseudo-tolérance du relativisme axiologique et les objections de Dworkin tant au sujet du caractère oecuménique du scepticisme externe que du libéralisme neutraliste. Voir supra, chap.1-3-a.

la pensée, afin de saisir par quelles circonstances le nihilisme contemporain a émergé, et, d'autre part, y fournir une réponse[1102]. Au cours de notre présentation de la pensée straussienne, nous nous permettrons une infime licence. En effet, tant au sein de *Droit naturel et histoire* que de *Qu'est-ce que la philosophie politique?*, Strauss initie son propos par la description de la situation actuelle, remonte à la philosophie des Anciens, et explique le passage de l'une à l'autre par la rupture qui résulte des trois vagues qui scandent la Modernité : la première composée de Machiavel, Hobbes et Locke, la seconde de Rousseau, Kant et Hegel et la troisième, qui ouvre sur les deux figures du nihilisme axiologique, de Nietzsche et Heidegger[1103]. Dans la mesure où notre objectif consiste à lire la justice comme sollicitude à travers le prisme néoclassique, nous présenterons d'abord les trois vagues de la Modernité, ce qui sera suivi des deux figures du nihilisme axiologique, nommément, l'historicisme et le positivisme et enfin la philosophie classique.

a. La querelle des Anciens et des Modernes : les trois vagues de la Modernité

Si l'on accepte le diagnostic posé par Strauss au sujet de la crise des valeurs politiques et morales, laquelle trouve si ce n'est sa confirmation du moins son illustration dans les totalitarismes du XXe siècle, la question qui vient à l'esprit ne peut être autre que celle de la genèse de cet état de choses. Pour l'essentiel, le nihilisme contemporain résulte de la rupture entre Anciens et Modernes au sujet de la compréhension de ce qu'il y a de proprement humain dans l'être humain. Aux yeux des Anciens, la question se posait indubitablement en termes téléologiques, identifier la fin proprement humaine, tandis que la Modernité dans son ensemble peut être vue comme la remise en question de ce postulat : pour les Modernes la nature humaine ne se définirait plus par la finalité mais par le comportement effectif. La

[1102] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.41.
[1103] Voir notamment, STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, pp.44-58.

question du meilleur régime ne trouverait pas sa réponse dans l'épanouissement ou l'atteinte d'une perfection, mais dans l'état initial de l'être humain[1104].

Machiavel a inauguré cette manière de penser par une critique des théories classiques, auxquelles il reproche leur attrait pour l'utopie. Alléguant que ce caractère utopique a causé plus de tort que de bien, il considère plus sage de prendre l'être humain tel qu'il est afin de résister à la tentation de lui faire subir n'importe quel traitement parce qu'il n'est pas tel qu'il aurait dû être. Visant trop haut, l'être humain pourrait bien réserver un traitement bestial à son prochain[1105]. De ce point de vue, la vision réaliste de l'être humain conduit à l'abaissement des critères de l'action collective, ce qui augmente d'autant les chances d'actualisation réussie du régime envisagé[1106]. En ce sens, la théorie de Machiavel représente une méthode de maîtrise du hasard.

Ne percevant plus l'être humain sous le rapport de sa fin propre, Machiavel conteste le caractère originaire et substantiel de la vertu, la considérant essentiellement artificielle et inculquée par l'éducation. La vertu est une construction transmise de génération en génération qui, en quelque sorte, laboure le champ de l'esprit mais n'y pousse pas. Or, si l'on remonte la chaîne des éducateurs, on se rendra bien rapidement compte que les ancêtres qu'ils citent en exemple sont parfois eux-mêmes dépourvus de vertu – particulièrement lorsqu'il s'agit des fondateurs de la Cité[1107]. Considérée désormais comme une construction, la vertu se révèle relative au bien de la Cité, lui-même défini par les buts communs à toutes les unités politiques : la souveraineté internationale, la stabilité et la prospérité. Tout comportement qui participe à l'atteinte de ces objectifs est vertueux. Dans cette optique, la vertu doit être encouragée par une ruse de la raison qui pousse les gens à agir moralement à partir de leur

[1104] STRAUSS Leo, La Cité et l'Homme, p.138.
[1105]STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.48.
[1106] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.45.
[1107] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.46.

égoïsme naturel. Pour ce faire, le désir de gloire, c'est-à-dire de voir son œuvre traverser les générations, est la passion sur laquelle miser[1108].

Comme telle, la vision proposée par Machiavel n'était pas inconnue des Anciens et constitue une réduction de l'horizon normatif à la seule question de l'efficacité. En revanche, ce qui est proprement inédit, c'est la manière dont il diffusera ses idées, dégageant ainsi un nouvel horizon. En effet, à la différence de ses prédécesseurs, Machiavel ne se contente pas d'exposer ce qu'il estime être la vérité pour la laisser coexister avec les opinions erronées de ses contemporains ou de sa postérité[1109]. Non seulement souhaite-t-il convaincre ses congénères de sa théorie, mais il cherche à en assurer la pérennité. Pour ce faire, le soutien ou, à défaut, la lecture par le plus grand nombre, devient plus essentiel que la compréhension adéquate des enjeux abordés[1110]. Cette ambition, la maîtrise du futur et de la diffusion posthume de son système, démarque Machiavel des Anciens plus sûrement que le contenu de son propos et fait de lui le fondateur du projet des Lumières – de la plus grande diffusion possible du savoir[1111].

Avec Machiavel se lève la première vague de la Modernité, dont les autres membres adouciront par touches successives le noyau provocateur du propos du maître : la Cité est fondée sur le crime. Hobbes succède à Machiavel et se réapproprie le renversement de la téléologie au profit de la nature mécanique, en assignant toutefois une légitimité au gouvernement civil. Celui-ci est juste car il permet à l'individu de sortir de l'état de guerre perpétuelle propre à l'état de nature[1112]. Aussi sommaire qu'elle puisse apparaître, notamment vis-à-vis des variantes du libéralisme solidariste, sa justice n'en est pas moins présente.

Hobbes fonde son droit naturel sur la passion la plus répandue au sein de l'humanité, nommément, la crainte de la mort violente, incarnée dans l'état civil par la crainte du gouvernement. Il ne s'agit donc plus de gloire, d'un quelconque héritage à léguer aux

[1108] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.47.
[1109] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.50.
[1110] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.49.
[1111] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.50.

générations ultérieures, mais de la simple conservation de soi. Si pour Machiavel l'individu peut encore aspirer à de grandes causes, aux yeux de Hobbes il n'aspire qu'à l'acquisition du pouvoir de satisfaire son confort[1113]. La gloire devient vaine et se transforme en hédonisme terre-à-terre. S'il faut avoir peur, mieux vaut avoir peur dans le confort d'un fauteuil, un pistolet à la main….

Locke parachève la trajectoire de la première vague en faisant de la propriété le bien premier de l'être humain; il accorde donc la primauté aux moyens de subsister et non plus aux instruments de la contrainte. Il propose le meilleur substitut à la morale qui permette d'engendrer un ordre social : le désir d'acquérir combiné au droit correspondant instaureront une société de commerce et de finance où s'épanouiront douces mœurs et humanisme et non fracas politiques de toute sorte[1114].

Rousseau, en réaction à l'économisme lockéen, inaugure la seconde vague de la Modernité marquée par un retour vers les Anciens, ou, du moins, en lieu et place de la figure émergente du bourgeois, vers le citoyen. Par un mouvement qui englobe peut-être un peu rapidement Rousseau, Kant et Hegel, Strauss voit dans cette seconde vague la porte par laquelle s'introduisent le romantisme et l'historicisme. En effet, en dépit de l'appel à l'Antiquité philosophique, la pensée de Rousseau a suscité la radicalisation de la Modernité[1115].

Ceci, pour trois raisons. D'abord, tout en critiquant Hobbes et Locke, Rousseau reprend pour prémisse du droit naturel le droit à l'autoconservation. Ensuite, et plus déterminant, il consacre l'expression de la volonté générale comme règle de justice immanente à la société elle-même : ce dont les individus réunis en assemblée constituante décident. L'idéal s'effectue dans le droit positif si la société est construite conformément au droit naturel. Or, ce faisant, il réduit à néant toute transcendance qui prétendrait guider

[1112] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.51.
[1113] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.52.
[1114] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.53.
[1115] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.54.

l'efficacité[1116]. Seule compte l'expression de la volonté générale. Enfin, et pour la raison susmentionnée, Rousseau substitue à la licence classique limitée par une référence supérieure, donc verticalement, la licence moderne limitée par la coexistence avec la licence d'autrui, donc horizontalement. Dit autrement, la liberté positive disparaît au profit de la liberté négative.

Dans ce contexte, la morale est expulsée du droit, dont la seule tâche consiste à harmoniser les licences subjectives. Il serait possible d'y voir un partage des fonctions, le droit se cantonnant dans la forme, tandis que la morale aurait l'apanage de la substance. Néanmoins, Rousseau fonde la morale dans l'autonomie : l'éthique devient à son tour formelle et emprunte ses maximes de l'exemple fourni par l'inscription de la liberté dans le temps, autrement dit, l'histoire[1117].

Le rapport avec la nature devient donc presqu'indicible. L'être humain entre en société pour se préserver de la précarité de l'état de nature. Ce faisant, il s'en sépare, car aliéné par les us et coutumes de la société. Il lui faut donc dépasser ce cadre social pour retourner vers la nature qui se résume à l'abandon à la douceur de vivre : la conscience d'exister pure, libre d'altérations sociales ou morales, celle qui accompagne les promenades des rêveurs solitaires[1118]. Ce retour est cependant interdit à la vaste majorité de la population qui, par crainte de la perte de l'existence, est poussée à se réfugier dans l'action effrénée qui provoque l'oubli de la conscience d'exister. L'État devient alors nécessaire.

Hegel tentera de résoudre cette antinomie entre ceux qui sont aptes au retour à la nature et les autres en postulant la nécessité d'un sens de l'histoire. En d'autres termes, le devenir effectif de l'ordre juste est inscrit dans le déroulement de l'histoire[1119]. Selon la terminologique dworkinienne, le roman à la chaîne est déjà rédigé, il ne reste qu'à en écouter

[1116] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.55.
[1117] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.55.
[1118] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.56.
[1119] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.57.

la lecture. En dépit du réjouissant optimisme des thèses de Hegel, celles-ci amènent au seuil de la troisième vague de la Modernité, le nihilisme contemporain.

Nietzsche en franchit le seuil lorsqu'il rejette la rationalité de l'histoire, et, par la suite, l'harmonie entre l'être humain authentique et l'État. La vie repose avant tout sur la création d'horizons normatifs dépourvus du secours d'une quelconque justification rationnelle. À ce titre, l'expérience humaine fondamentale n'est pas la douce conscience de l'existence, mais bien les affres de l'abîme[1120]. Les thèses de Nietzsche concernaient avant tout l'existence individuelle, mais son rejet de l'ensemble des positions politiques – conservatisme, socialisme, libéralisme, etc. – et du mode de vie moderne a provoqué un déséquilibre au sein de sa pensée, alors dépourvue d'une thématisation de la politique responsable. Ce vide a été comblé par l'élévation de la volonté de puissance au rang de critère de l'action politique, la dispensant ainsi de tout référent normatif[1121].

La troisième vague de la Modernité correspond à l'époque en cours marquée par l'oubli délibéré de la réflexion sur l'éternel au profit de la recherche effrénée de la maîtrise du hasard. Dès lors, les termes par lesquels ne serait-ce qu'énoncer le problème d'un critère de l'agir dépassant la contingence sont repoussés à l'extérieur du champ de la connaissance. Celle-ci devient le domaine exclusif des deux négations du discours normatif, à savoir,l'historicisme et le positivisme.

b. L'historicisme et la dissolution des valeurs

L'historicisme repose sur l'argument selon lequel la variation des croyances axiologiques, tant fondamentales que dérivées, démontre la futilité de l'identification d'un étalon valable partout et en tout temps et donc, la futilité de la connaissance du droit naturel[1122]. De ce point de vue, les différents systèmes normatifs relèveraient avant tout de l'ordre de la convention, et non de la manifestation d'un quelconque droit naturel. Telle

[1120] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.57.

quelle, cette position existe depuis les origines de la philosophie, puisqu'il s'est toujours trouvé des théories ou des conceptions de la valeur selon laquelle la nature, entendue comme ce qui est permanent et universel, n'a rien à voir avec les systèmes normatifs, ces derniers étant aussi artificiels que le vase créé par un potier. On parlera alors de conventionnalisme.

L'historicisme doit son caractère inédit à la contestation de la prééminence du naturel sur l'artificiel : en tant qu'espace au sein duquel se déploie la liberté, l'histoire et les conventions qui en nouent la trame sont supérieures à la nature[1123]. De surcroît, l'inversion du rapport entre nature et convention recoupe une autre distinction tout autant primordiale pour la réflexion sur le droit naturel. Ainsi, l'idée d'un critère universel du juste suppose l'accès à une connaissance, donc la pertinence de la distinction entre opinion et connaissance, notamment illustrée par le mythe platonicien de la caverne. Or, l'historicisme défend la thèse épistémologique selon laquelle nous ne pouvons avoir accès qu'aux connaissances historiquement situées, autrement dit, qu'aux opinions du temps et des lieux, et non pas à une connaissance intemporelle, à plus forte raison, éternelle[1124]. Dit autrement, le conventionnalisme classique considère le droit et les autres systèmes normatifs comme ayant une valeur inférieure à la nature parce que circonscrits dans le temps et l'espace, tandis que l'historicisme les considère supérieurs précisément parce qu'ils expriment l'esprit du temps, seule chose authentiquement connaissable.

À l'origine, l'historicisme opposait la richesse du particulier et l'enracinement dans la tradition à l'universalisme du droit naturel moderne auquel il reprochait son caractère déshumanisant[1125]. L'ici-bas historique est de ce point de vue plus hospitalier que la transcendance du jusnaturalisme moderne : le concret et le particulier respectent plus l'échelle humaine que l'universel abstrait de déclarations solennelles qui justifient le pire comme le meilleur. L'histoire, et non plus les sciences de la nature, portait alors tous les espoirs d'une

[1121] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.58.
[1122] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.21.
[1123] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.23.
[1124] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.24.

véritable connaissance de l'être humain et par la suite, de la question de sa conduite. Espoir voué à être déçu. Même un Hercule de l'histoire ayant accès à toutes les connaissances sur le passé ne saurait répondre à la simple question de l'adhésion ou du rejet d'une époque donnée[1126]. L'historicisme théorique mène au nihilisme axiologique.

À lui seul, ce premier historicisme n'aurait pas mené à la crise actuelle si, au vu de son échec à articuler un discours axiologique, il s'était cantonné dans son domaine d'origine ou au rôle de principe de précaution élevé contre les prétentions des dogmatismes de toute sorte. Toutefois, tel ne fut pas le cas : l'historicisme s'est radicalisé sous la forme non plus d'une théorie de la connaissance, mais d'une conception de l'expérience humaine[1127]. L'histoire, comme discours sur l'unique et le variable, n'est plus ce qui permettra de découvrir les principes d'une vie saine, mais ce qui mènera à évaluer les bornes de l'entendement humain, lequel est toujours indexé à une situation donnée. D'une situation concrète, on ne peut ni extraire une connaissance complète, ni même soulever des questions transhistoriques[1128].

Néanmoins, cette position se heurte à l'objection adressée aux diverses formes de relativisme : si toute pensée est historique, alors l'historicisme est lui-même le fruit d'une époque et ne peut prétendre à une plus grande vérité que les autres théories de l'être humain. De deux choses l'une : soit l'historicisme se raccroche à un principe transhistorique, soit il faut conférer un autre sens à sa démarche. La première option conduirait à une position archimédienne austère qui, désengagée des appréhensions partielles du réel, jouirait pleinement de sa lucidité[1129]. La réinsertion de l'historicisme dans le réel, afin d'éviter les contradictions d'un archimédisme historisant, prend alors la forme d'un engagement qui, conscient de la relativité de la compréhension à un horizon dont on ne peut se défaire, se prononce décidément en faveur de telle vision plutôt que telle autre[1130]. Seul un engagement

[1125] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.26. Incidemment, il serait intéressant de comparer l'historicisme ainsi présenté par Strauss avec le communautarisme contemporain, notamment celui défendu par Sandel.
[1126] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.28.
[1127] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.31.
[1128] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.31.
[1129] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.36.
[1130] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.36.

historique amène la personne à comprendre le caractère historique et engagé de la pensée. Une pensée qui se veut neutre passe à côté de son caractère essentiel.

L'historicisme existentiel correspond à la découverte de la détermination de la pensée par un destin qui lui est insaisissable. À cette prise de conscience, la reconnaissance d'un destin déterminant l'horizon de la compréhension, correspond l'atteinte d'un moment absolu qui marque l'arrêt de l'histoire de la pensée[1131]. Jusqu'alors perçue selon différentes perspectives déterminées par leur situation historique, par le destin, la pensée sait enfin à quoi s'en tenir à son propre sujet : rien de ce qu'elle peut envisager ne peut prétendre à la moindre intemporalité. Toutefois, cette intuition n'est pas le fruit de la raison, de l'accumulation des connaissances ou d'une intelligibilité qui se serait déployée en cercles concentriques, mais de ce même destin mystérieux dont on vient de prendre conscience.

De ce point de vue, le projet philosophique qui consiste à remplacer les opinions par la connaissance sur le tout, n'a aucune raison d'être; il est tout simplement absurde car fondé sur des croyances arbitraires[1132]. De même, la recherche d'un critère valide partout et en tout temps correspond à la recherche d'un tout éternel qui ne peut qu'être illusoire. Ce que désigne l'expression « tout », est toujours essentiellement incomplet puisque rendu intelligible par une pensée inévitablement relative à un contexte[1133]. Du point de vue historiciste, la notion même de droit naturel est une imposture car elle fait référence à la résolution de problèmes irréductiblement énigmatiques, parce que changeants : l'idée de questions éternelles est une illusion[1134]. Saisir une alternative essentielle entre un horizon naturel, immuable, et les ombres changeantes qui s'agitent sur le fond de la caverne n'a tout simplement pas de sens.

[1131] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.38.
[1132] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.39.
[1133] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.40.
[1134] Il s'agit donc bien d'un scepticisme externe. Strauss Leo, Droit naturel et histoire, p.44.

c. Des faits sans valeur, le positivisme de Max Weber

À cette première source de nihilisme axiologique s'en ajoute une autre, assimilable, selon la terminologique dworkinienne, à une combinaison de scepticisme interne et externe, et selon laquelle si l'alternative fondamentale du droit naturel entre connaissance de la vie bonne et opinions au sujet de la vie bonne est intelligible, il n'est pas possible d'apporter de réponses à la question ainsi posée[1135]. Comment l'être humain doit-il vivre? De plusieurs manières impossibles à départager. Telle est, selon Strauss, la réponse du sociologue scientifique, qui trouve en Max Weber l'incarnation la plus représentative.

Pour résumer, la thèse de Weber en fait de connaissance de l'être humain constitue l'archétype du positivisme, selon lequel il est possible et même souhaitable d'offrir une description de la réalité sociologique libre de tout jugement moral au profit du constat empirique des faits sociaux[1136]. À elle seule, cette première ébauche de la théorie de Weber ne tient pas : dans la mesure où la sociologie répond à un ensemble de questions, leur formulation dépend d'un cadre de référence qui comporte nécessairement des jugements de valeurs, ne serait-ce que la distinction entre sujet d'étude d'importance et sujet d'étude insignifiant. Dans la mesure où Weber affirme l'universalité de la science empirique, il doit reconnaître l'existence de valeurs intemporelles – par opposition à l'historicisme.

Le positivisme wébérien lie l'émergence de la science sociale à un « rapport aux valeurs » qu'il importe de distinguer des jugements de valeurs[1137]. Distinction primordiale puisque c'est dans la signification de l'idée de rapport aux valeurs que se trouvera la conception wébérienne de l'étude des choses humaines et sociales. Celle-ci se caractérise par une distinction radicale des faits et valeurs qui n'est pas sans rappeler l'archimédisme neutraliste critiqué par Dworkin : le rapport aux valeurs qui établit la science sociale ne prend

[1135] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.45.
[1136] On saisira les échos de cette entreprise, telle qu'elle est caractérisée par Strauss, avec le projet juridique de H.L.A.Hart.
[1137] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.48.

pas parti en faveur des valeurs impliquées dans l'objet d'étude[1138]. Cet archimédisme trouve son fondement dans une conception sceptique du discours axiologique : l'adhésion à telle conviction éthique plutôt qu'à telle autre est question de choix, non de justification raisonnable. C'est en vertu de ces deux traits que l'on peut qualifier la sociologie de Weber d'archimédisme neutraliste fondé sur un scepticisme interne. Thème désormais célèbre de la guerre des dieux, au sein de notre monde désenchanté par la science, toutes les valeurs se valent et n'ont de relations que conflictuelles, avec pour résultat le relativisme puis le nihilisme axiologique[1139].

Cette conclusion, problématique pour toute philosophie pratique, repose sur les deux sources de la sociologie de Weber. Positivement, le discours scientifique doit être modelé selon la vision néo-kantienne de la séparation d'une raison théorique assortie d'une raison pratique déontologique et, négativement, l'école historique enseigne qu'il n'existe pas de régime social ou culturel parfaitement juste. Weber en déduit la différence entre deux registres de valeurs, nommément, les obligations morales qui concernent la conscience et les obligations culturelles auxquelles l'individu est libre d'adhérer ou non[1140]. De cette conception discontinue de la valeur, il s'ensuit que l'éthique n'apporte rien à la compréhension des questions sociales, puisqu'elle ne touche que la conscience et que chaque registre normatif peut être remis en question au nom de l'autre.

Toutefois, cette scission a pour conséquence l'affirmation de la subjectivité des convictions éthiques puisque si les valeurs éthiques ne disent rien sur les questions sociales, notamment la justice sociale, alors les différents choix effectués en société ne peuvent que se valoir[1141]. Il s'ensuit qu'au-delà de l'autodétermination des convictions axiologiques, rien ne nous renseigne sur la valeur des différents systèmes. Seule subsiste la distinction entre noblesse, marque d'une personne engagée dans son propre système, et bassesse,

[1138] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.49.
[1139] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.28.
[1140] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.51.
[1141] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.52.

caractéristique de l'indifférence morale. Mais même la distinction noblesse-bassesse est insuffisante, puisqu'il est impossible de distinguer entre une personne qui engage tout son être dans une cause philanthropique qui lui tient à cœur et un individu dont toutes les ressources intellectuelles sont consacrées au plaisir le plus égoïste et immédiat. Bref, toute adhésion à une conviction normative est question de foi, non de raison[1142].

Néanmoins, loin de poser un véritable problème, il semble que le nihilisme axiologique soit le prix à payer pour construire une sociologie authentiquement scientifique[1143]. La question qui se pose alors est de déterminer dans quelle mesure la description d'une pratique sociale peut se passer de jugement de valeur? Dans une argumentation dont on saisira ce qu'elle a de commun avec la critique de ce que Dworkin qualifie de modèle naturel[1144] de la compréhension, Strauss souligne les lacunes d'une sociologie purement descriptive qui, entre autres choses, ne pourrait attribuer d'intention aux acteurs concernés, et qui par suite, ne saurait qualifier tel ou tel geste de réussite, d'échec ou d'accident. De surcroît, la suppression de la dimension normative d'un sujet d'étude relève elle-même d'un choix normatif[1145].

C'est en réponse à cette objection que l'idée de rapport aux valeurs prend la tournure particulière que Weber lui confère. Il y a bel et bien appréciation des valeurs de la part du scientifique, mais celle-ci est cohérente avec le relativisme évoqué plus haut, c'est-à-dire qu'elle appuie la science sociale sur des valeurs essentielles dont le pluralisme lui procure son objet d'étude. Une fois ceci reconnu, la description causale peut prétendre à une certaine neutralité, c'est-à-dire demeurer indifférente à l'adhésion du scientifique aux valeurs concernées[1146]. Ainsi, dans une position que l'on peut rapprocher de celle de Berlin, Weber défend l'inéluctable conflit des valeurs essentielles, comme condition première de

[1142] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.55.
[1143] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.56.
[1144] Soulignons que le sens dans lequel Dworkin emploie le terme « naturel » est bien entendu fort différent du sens revêtu dans la pensée de Strauss puisqu'il est synonyme de la notion de concept sociologique. Voir supra, chap.1-2-a.
[1145] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.60.
[1146] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.68.

l'expérience humaine[1147]. Néanmoins, rappelons-le, cette position est loin d'encourager la modération, cette dernière étant placée sur le même pied que le fanatisme le plus radical[1148]. La guerre des dieux dans les cieux de l'idéal contient en son sein les germes de la guerre de tous contre tous ici-bas.

À ce stade de la présentation du néoclassicisme, il convient de nuancer le jugement porté par Strauss sur l'évolution de la philosophie politique. En effet, s'il importe de ne minimiser ni la place occupée par l'historicisme et ses variantes ni celle prise par le positivisme neutraliste dans le paysage politique contemporain, la filiation directe, pour ne pas dire monolithique, de Machiavel à Nietzsche semble par certains aspects quelque peu réductrice. Certes, l'humanisme de Machiavel induit une rupture vis-à-vis de la téléologie classique dont l'originalité se répercute jusqu'à nos jours, mais l'affirmation de l'homogénéité entre d'une part, la première et la seconde vague de la Modernité, et d'autre part, au sein même de la seconde vague, requiert peut-être plus de prudence[1149].

En effet, si l'on peut saisir en quoi Rousseau annonce le romantisme, la filiation entre Kant et Hegel est moins évidente[1150]. Ainsi, la présentation de la philosophie kantienne comme l'antichambre de l'historicisme hégélien semble étrangère aux thèses de celui qui définit l'histoire comme l'inscription de la liberté dans la nature[1151]. À ce titre, un travail philologique visant à peser les différentes interprétations de la Modernité philosophique serait vraisemblablement pertinent. En ce qui concerne notre propos, les objections soulevées à l'encontre de la lecture straussienne de la pensée moderne ont pour conséquence plus immédiate, en premier lieu, de mettre en relief une pensée politique ayant certes pour objet les Anciens mais appartenant en propre à Strauss et, par la suite, d'accentuer la question de la valeur du néoclassicisme comme prisme à travers lequel appréhender la justice comme sollicitude. Dit autrement, si l'explication de la genèse de l'historicisme suscite quelques

[1147] On remarquera toutefois que tandis que Weber conclut du pluralisme normatif à la séparation des faits et des valeurs, Berlin s'appuie précisément sur ce pluralisme pour justifier une lecture normative de l'histoire.
[1148] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.71.
[1149] Nous reprenons ici la thèse défendue par Alain Renaut et Lukas Sosoe sur le sujet. Voir, Philosophie du droit, p.107.

réserves, c'est d'autant plus à la pensée des Anciens qu'il revient de fournir un cadre d'analyse de la précipitation. Ce vers quoi nous allons à présent nous tourner.

3. UNE TÉLÉOLOGIE DE L'EXCELLENCE : LE DROIT NATUREL

L'appréhension du problème du droit naturel à la manière des Anciens n'exige pas selon Strauss une compréhension scientifique de la réalité, mais passe plutôt par l'exposition aux situations de la vie quotidienne qui exigent une prise de décision. Toutefois, à la manière de la différence entre concept et conception, cette appréhension directe ne concerne que les termes du problème : en tant que réponse à une question, le droit naturel n'est pas manifeste et suppose une recherche[1152]. Dans le même ordre d'idées, le problème même du droit naturel n'émerge qu'après l'apparition de la notion de nature, laquelle coïncide avec l'apparition de la philosophie. Il importe donc de garder présents à l'esprit ces trois registres de pensée : découverte de la nature, problème du droit naturel et droit naturel.

a. L'apparition de la question du droit naturel

Le concept de nature n'est pas un concept premier dans l'histoire des idées; il se dégage d'une appréhension antérieure des choses comme étant chacune dotée d'une manière d'être. En ce qui a trait au comportement de l'être humain, cette manière d'être se divise en autant de coutumes qu'il existe de regroupements distincts[1153]. Identifiée aux choses premières, la coutume tient d'étalon fondé en autorité des différents comportements : lorsque se pose la question des gestes adéquats, c'est par référence à la loi ancestrale que l'on déterminera la conduite à tenir. En ce sens, l'antériorité est garante de supériorité et définit donc le bien.

Néanmoins, cette première conception du bien s'appuie sur une exigence de familiarité : il ne s'agit pas du bien en tant que tel, mais du bien de la communauté

[1150] RENAUT Alain et SOSOE Lukas, Philosophie du droit, p.121.
[1151] RENAUT Alain et SOSOE Lukas, Philosophie du droit, p.122. Voir aussi, les introductions par Renaut des livres de Kant.
[1152] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.83.

considérée. En fait, c'est autant un bien parce qu'il est sien que l'inverse. Tant et aussi longtemps que l'autorité ancestrale s'exerce, il n'y a pas de place pour une réflexion philosophique; celle-ci n'apparaît qu'à partir d'une contestation de la coutume[1154]. De ce point de vue, la coutume est comparable à l'observation des règles telle que Dworkin la définit avant l'apparition de l'attitude d'interprétation.

La première fissure de l'autorité ancestrale est due aux contradictions des codes au sujet de l'origine du monde : si les codes proviennent d'une époque supérieure parce qu'antérieure, la question de la création revêt un caractère essentiel, et surtout, elle établit la distinction entre la convention et la nature[1155]. En effet, si les codes divergent quant à l'origine des choses premières ou de la genèse de la réalité, il s'ensuit que la recherche sur le sujet doit être indépendante de toute tradition : il faut distinguer le bien par convention du bien par nature. La découverte de la nature correspond à cet ébranlement des traditions[1156].

Deux distinctions mènent la recherche ainsi conçue. D'une part, la distinction entre connaissance *de visu* et connaissance par ouï-dire et, d'autre part, la distinction entre ce qui est artificiel et ce qui est naturel. Avant l'apparition du concept de nature, la connaissance par ouï-dire avait préséance en ce qui concerne la connaissance des choses premières, en dépit de la supériorité de la connaissance *de visu*[1157]. La contestation de l'autorité traditionnelle renverse le rapport : à partir de ce moment, les critères d'évaluation d'une croyance doivent être à la portée de l'entendement humain. Il s'ensuit que l'on distinguera entre une connaissance purement personnelle ou particulière, comme un rêve, d'une connaissance partageable par autrui. Qui plus est, la découverte de la nature d'une chose s'opposera dès lors à la connaissance par ouï-dire, fût-elle le fait d'un individu ou d'un groupe.

Ensuite, la distinction entre l'artificiel et le naturel, plus exactement, entre ce qui est fait de main d'homme et ce qui ne l'est pas, guide aussi la recherche sur la nature. Les choses

---

[1153] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.85.
[1154] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.86. Voir aussi, La Cité et l'Homme, p.176.
[1155] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.88.
[1156] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.32.

artificielles sont, du point de vue de la connaissance, inférieures aux choses naturelles puisqu'elles ne renvoient qu'à leur auteur, en l'occurrence, l'être humain. De cela, on inférera qu'il n'est pas possible d'affirmer sans démonstration préalable le caractère intentionnel du cosmos, démonstration qui doit s'appuyer sur ce que chacun peut constater[1158]. À ce titre, l'idée de nature correspond à la découverte d'*« une virtualité humaine (...) qui est trans-historique, trans-sociale, trans-morale et trans-religieuse »*[1159].

La nature est éternelle puisqu'elle se confond avec les choses premières sans quoi l'on devrait conclure à son statut artificiel, ce qui est difficile à admettre puisque ce serait dire que le chaos ou le néant peut générer l'être. Il s'ensuit que ce qui est variable, ou contingent, suppose nécessairement l'existence d'une cause première éternelle[1160]. De ce point de vue, ce qui est périssable n'existe que par contraste avec ce qui est éternel, c'est-à-dire ce dont l'être est plus complet. De même, toute indétermination suppose une nécessité plus fondamentale à l'aune de laquelle elle se mesure.

Néanmoins, de la conscience de la différence entre la nature et la convention, il ne s'ensuit pas automatiquement la découverte instantanée de la première[1161]. En fait, l'inverse est vrai : la nature se dévoile par opposition à ce qui la dissimule, donc par le passage obligé à travers la convention. La philosophie « transperce » donc le voile de la tradition pour remonter à la nature qui la modèle. En vertu de ses qualités, la nature est donc l'étalon de la convention[1162]. En ce sens, les conséquences politiques d'une philosophie ont toujours pour origine une contestation de l'autorité conventionnelle.

La découverte de l'idée de nature pose ainsi la question de la philosophie politique, à savoir existe-t-il un droit naturel? Autrement dit, existe-t-il un droit qui ne soit pas artificiellement créé, qui ne soit pas conventionnel[1163]? En effet, si la reconnaissance de la

[1157] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.89.
[1158] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.90.
[1159] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.90.
[1160] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.90.
[1161] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.91.
[1162] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.92.
[1163] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.93.

nature représente la condition nécessaire de l'interrogation sur une justice naturelle, elle n'est pas suffisante : la nature pourrait être amorale. La question du droit naturel se décline donc en plusieurs questions. En premier lieu, entre nature en général et moralité, ensuite entre nature humaine et moralité, enfin entre nature de la moralité et justice. Ainsi, s'il est possible d'accepter que la nature soit amorale, on peut sans contradiction reconnaître en la nature humaine le critère d'évaluation des vies individuelles. Par la suite, se pose la question de savoir si le juste se rapporte à cette morale naturelle, c'est-à-dire s'il est naturellement bon. À cette occasion, on remarquera qu'indépendamment de la réponse apportée, le juste est ordonné au bien, soit parce qu'il en découle, soit parce qu'il est artificiel, donc d'un ordre inférieur évalué par le bien.

Selon cette perspective le conventionnalisme et les tenants du droit naturel classique s'affrontent bien qu'ils reconnaissent tous deux l'existence d'une nature et de la nature humaine. Leurs différends ne concernent que le caractère naturel de la justice et du droit qui l'exprime. En cela, le conventionnalisme se distingue des théories modernes pour qui la nature ne revêt aucune fonction normative. Dans le même ordre d'idées, un penseur conventionnaliste classique considérera la justice comme inférieure à la nature, puisqu'artificielle – à la différence du tenant du contractualisme qui y voit l'expression de la raison, donc supérieure au matériau brut qu'est la nature[1164].

Tandis que les positions en faveur de l'existence du droit naturel s'appuient sur l'intuition selon laquelle le juste ne se réduit pas au légal, conséquence de la thèse conventionnaliste, cette dernière exhibe comme élément de preuve la diversité des *corpus* légaux, mais aussi la contradiction à l'intérieur de chaque système[1165]. En effet, un système juridique donné prétend à un certain bien dans la mesure où l'ordre qu'il instaure vise la conservation du bien commun. Par contre, reflétant l'opinion commune, le ouï-dire collectif,

[1164] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.113.
[1165] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.99.

il représente aussi un cumul d'opinions qui peut autant exprimer la sagesse que la stupidité partagée.

En d'autres termes, le conventionnalisme classique nie l'existence d'un bien commun connaissable; dans les faits, ce qui passe pour tel est l'intérêt du groupe qui a déterminé le régime de la Cité – monarchie, oligarchie, etc. Même la démocratie ne représente jamais que l'intérêt de la majorité, en l'occurrence, les pauvres ou, de nos jours, la classe moyenne[1166]. Dans ce contexte, le mieux à espérer de l'unité politique est l'équilibre des appétits individuels par les bons soins de la contrainte, et non une quelconque conformité à la nature humaine[1167]. L'épicurisme, dont Lucrèce nous a transmis l'articulation la plus complète, est la forme la plus représentative du conventionnalisme classique. Il repose sur la prémisse voulant que ce qui est bon par nature correspond à ce qui est recherché dès la naissance, avant toute influence de la convention, soit toute forme de calcul ou d'obligation[1168]. L'unique bien authentique est donc le plaisir tandis que le souci pour autrui est dérivé.

L'action humaine se décline alors selon trois modalités, à savoir le plaisir, l'utile et le noble. Le plaisir est plus ou moins complet, selon son association à la douleur – physique ou psychique. Il s'ensuit que les plaisirs peuvent être ordonnés selon une hiérarchie dominée par le plaisir le plus complet. Ce plaisir, auquel seule la philosophie donne accès, représente le but recherché par nature[1169]. L'utile est ce qui mène au plaisir : sa valeur dépend du plaisir recherché. En revanche, le noble ne procure d'agrément que dans la mesure où il est loué; il s'agit d'un bien purement conventionnel, lié à l'hommage public.

De ce point de vue, les différentes vertus sont utiles car, en dépit du plaisir qu'elles procurent, elles comportent un élément de contrainte qui les empêche de constituer un plaisir intrinsèque[1170]. La justice est encore plus distante du plaisir naturel, puisqu'il s'agit d'une vertu dérivée d'une convention et obtenue par la contrainte. L'argument présenté par Lucrèce

[1166] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.101.
[1167] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.104.
[1168] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.106.

pour soutenir cette conclusion porte sur la genèse de la société. À l'origine, l'être humain entre en société pour goûter au plaisir lié à la sécurité, ce dont il est dépourvu lorsqu'isolé. À terme, la sécurité a suscité l'épanouissement de la bonté et de la fidélité.

Cet état initial s'est cependant rapidement dégradé lorsque les individus ont pris conscience du caractère périssable de leur monde à l'occasion des catastrophes naturelles[1171]. L'angoisse qui en a résulté les a poussés à la fois à la sauvagerie et dans les bras de la religion, refuges face à l'éventualité que le soleil cesse de se lever[1172]. La crainte rendant les individus agressifs, la contrainte, et avec elle, la justice se sont révélées nécessaires à la conservation de la société qui est alors devenue la Cité. Dit autrement, le bonheur social se déploie dans la société qui précède la Cité. Or, paradoxalement, ce n'est qu'au sein de la Cité pourvue du développement des arts et de la culture, qu'apparaît le philosophe. Le bonheur ultime, la philosophie, ne peut donc coexister avec le bonheur social. Selon Lucrèce, ce hiatus entre les deux bonheurs rend impossible le droit naturel puisque celui-ci, en vertu de la détermination du juste par le bien naturel, suppose leur coexistence[1173]. C'est donc vis-à-vis ce type de raisonnement, dont l'épicurisme offre l'exemple le plus achevé, que la doctrine du droit naturel classique s'est développée en répondant par l'affirmative à la question de l'existence du droit naturel.

b. Le droit naturel classique

Il est possible de voir en Socrate le fondateur du droit naturel classique. Son intérêt marqué pour les affaires de la Cité et les discussions au sujet des choses bonnes et mauvaises rapportés par Platon laissent l'impression d'une relative primauté de la philosophie politique

[1169] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.106. On remarquera alors que l'épicurisme comporte une dimension téléologique et objective du plaisir complet qui le distingue de l'équilibre des plaisirs de l'utilitarisme, lequel est subjectif.
[1170] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.107.
[1171] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.108. Pour un commentaire plus approfondi du raisonnement de Lucrèce, voir « Notes sur le Lucrèce » in Le libéralisme antique et moderne, traduit de l'américain par Olivier Sedeyn, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 1990. 390 p. Politique d'aujourd'hui. Traduction de : Liberalism Ancient and Modern. ISBN 2130429602. p.129.
[1172] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.108. Voir aussi, « Notes sur le Lucrèce » in Le libéralisme antique et moderne, p.130.
[1173] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.108.

sur la cosmogonie, l'étude de la totalité[1174]. Néanmoins, une interprétation qui ferait de l'entreprise socratique une spécialisation ou une sous-partie de la philosophie serait erronée. En effet, le tournant socratique vers les affaires proprement humaines représente d'abord surtout un changement de démarche et non d'objet.

Au lieu de chercher à embrasser la totalité d'un seul tenant, à l'instar de ses prédécesseurs qui en recherchaient les racines, Socrate l'appréhende comme l'articulation des êtres particuliers qui s'y meuvent : c'est en comprenant les parties que l'on comprendra le tout[1175]. Chaque partie doit être considérée comme le résultat dont l'accomplissement éclaire le processus qui l'a mené à l'être[1176]. Réciproquement, ce qui distingue une chose, notamment en rendant compte de son hétérogénéité, c'est la fin particulière qui la classe auprès des autres choses dont la fin est similaire. En découle la démarche unanimement téléologique de la pensée des Anciens : la nature d'une chose ne provient pas de sa cause mais de sa classe.

Le sens de l'expression « chose première » est ainsi changé. À une « chose première » antérieure à toute autre et s'opposant aux choses dérivées, Socrate substitue une compréhension des choses premières comme premières pour l'être humain, c'est-à-dire manifestes[1177]. Socrate procède à une réhabilitation de l'opinion en tant que résidu de la connaissance, résidu à partir duquel il est possible de s'élever vers la connaissance du tout articulé[1178]. Il s'agit de la source d'indices la plus sûre vers la connaissance vraie car toute opinion particulière présuppose une opinion quant à la totalité dont elle se démarque et donc tend à un dépassement vers une vision englobante, et, par la suite, une vision englobante vraie[1179]. Il est alors possible de comprendre pourquoi Strauss considère la spécialisation des sciences sociales comme une compréhension parcellaire menant au réductionnisme[1180].

[1174] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.115.
[1175] STRAUSS Leo, La Cité et l'Homme, p.96. Voir aussi, Droit naturel et histoire, p.117.
[1176] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.117.
[1177] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.118.
[1178] STRAUSS Leo, La Cité et l'Homme, p.98.
[1179] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.17. Voir aussi, Droit naturel et histoire, p.119.
[1180] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.33.

Du point de vue socratique, l'argument conventionnaliste qui recherche le contact direct avec la nature dans l'anté-conventionnel, et plus particulièrement l'anté-linguistique, néglige ce que l'opinion peut indiquer en accordant une priorité erronée à la véracité des « faits » qui semblent confirmer l'identité du bien et du plaisir. Socrate conteste cette association en soulignant la détermination du plaisir par les besoins : tout plaisir dérive en premier lieu de la satisfaction d'un besoin. Or, les besoins ne sont pas les fruits du hasard; ils sont ordonnés à la constitution de la chose concernée[1181]. Par exemple, la natation est un loisir pour l'être humain tandis que pour un requin, il s'agit d'un besoin vital lié à sa respiration. Dans l'ordre des choses, le plaisir est donc doublement dérivé : d'abord des besoins, ensuite de l'ordre propre à la classe de chose concernée.

Le bien véritable correspond donc en priorité à la constitution naturelle ou inclinaison des choses. Comme l'être humain se distingue des autres êtres vivants par l'intelligence, son bien consiste à vivre intelligemment, à la cultiver[1182]. Aucune partie de l'âme ne doit être laissée à l'abandon ou développée au détriment des autres : sa perfection correspond à la plénitude de ses inclinaisons. Doué de langage, l'être humain est l'animal social par excellence[1183]. Il ne peut bien vivre qu'en société, et c'est sur cela que repose le droit naturel. Par ailleurs, comme la justice est la vertu sociale par excellence, à ce titre, sa perfection coïncide avec celle de l'être humain.

En ce sens, tout individu voit son action mesurée à l'aune de sa propre perfection, de la justice. Certes, sa rationalité lui confère une latitude sans pareille, mais cette liberté s'accompagne en tout temps de la conscience de devoir justifier ses gestes lorsqu'ils ne parlent pas d'eux-mêmes. « La liberté de l'homme va de pair avec une terreur sacrée, avec une sorte de pressentiment que tout n'est pas permis »[1184]. Il s'agit là du fondement de la

[1181] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.120.
[1182] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.121.
[1183] STRAUSS Leo, La Cité et l'Homme, p.91.
[1184] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.123

liberté positive des Anciens : la liberté authentique n'est pas le produit de l'indétermination mais de la perfection.

La société idéale du point de vue de la perfection humaine est celle qui est suffisamment importante pour qu'il y ait commerce des idées, ce qui suppose le développement de l'intelligence des individus, et assez restreinte pour que chaque membre fasse confiance à ses concitoyens. Pour ce faire, il est nécessaire que l'espace social soit à échelle humaine, de manière à ce que chacun puisse l'embrasser d'un seul coup d'œil[1185]. La connaissance directe d'autrui est nécessaire à l'instauration de la confiance sans laquelle la liberté authentique ne peut se développer. Cette société restreinte trouve sa meilleure incarnation dans la Cité qui se distingue alors de l'empire et de l'anarchie. En fait, la taille de la Cité est proportionnelle à l'étendue du souci pour autrui qui ne s'éprouvera jamais que pour *tel* autre et non pour *tout* autre[1186].

Il ne s'ensuit pas que toute Cité mène forcément à une vie conforme à la nature humaine. Les efforts dans la recherche de l'excellence n'étant égaux ni d'individu à individu ni, *a fortiori*, d'une Cité à l'autre, certaines Cités se démarqueront sur le chemin de la vertu, tandis que d'autres peineront à se débarrasser des bas instincts de leur population. À ce titre, l'argument qui conclut au caractère conventionnel du droit parce qu'il repose sur une contrainte qui n'est pas naturelle est fallacieux. En effet, envers ceux que l'on ne peut gouverner par la persuasion, il est juste d'utiliser la coercition. En tant que telle, la contrainte est neutre; son caractère naturel dépend de la fin visée. De même, la justice est nécessairement une forme de pouvoir justifié par la fin visée et c'est ce qui permet de distinguer la Cité de la bande criminelle[1187].

Envisageant la perfection humaine sous un rapport téléologique, les Anciens ne pouvaient que constater les différences de vertu et de perfectibilité entre chaque individu.

[1185] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.124.
[1186] On remarquera le parallèle entre cette position et la critique de Dworkin à l'endroit du principe de bienfaisance, voir supra chap.2-2-c.
[1187] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.126.

C'est pourquoi ils ne considéraient pas l'égalité comme une vertu politique cardinale. La question première de la philosophie politique est donc celle du meilleur régime, c'est-à-dire celui qui garantisse le plus sûrement l'excellence humaine. Il convient de remarquer que l'idée de régime ne désigne pas uniquement l'État, ou les institutions politiques, mais la façon de vivre déterminée par le gouvernement[1188]. Ainsi, un régime se définit par les qualités qu'il tient pour supérieures, c'est-à-dire qui constituent l'étalon par lequel évaluer les autres qualités. Par exemple, la ploutocratie désigne une société qui place la richesse en haut de l'échelle des valeurs et non un État dont les revenus seraient particulièrement élevés.

La compréhension de l'objet de la notion de meilleur régime est brouillée par l'idée moderne d'idéal. Tandis que le régime idéal est celui le plus ardemment souhaité, pouvant donc relever d'une utopie, le meilleur régime repose à la fois sur sa désirabilité et sur ses possibilités de réalisation. En effet, parce que conforme à la nature, il est possible[1189]. À titre d'exemple, la société sans classes de Marx est un idéal. D'un certain point de vue, l'idéal tient de l'horizon vers lequel on peut avancer sans jamais l'atteindre.

Néanmoins, la réalisation du meilleur régime est autant le fait du hasard que des gestes posés; sa possibilité n'implique pas sa nécessité[1190]. Les Anciens distinguaient ainsi entre le régime légitime et parfait, et des régimes légitimes mais imparfaits en raison des circonstances. Le meilleur régime ajoute la noblesse à la justice, donc cumule le possible et le nécessaire, tandis que la plupart des régimes sont simplement justes, répondant adéquatement aux circonstances sans garantir pour autant la plénitude de l'être humain, ce qui est authentiquement le propre du régime noble[1191]. Ces nuances expriment un principe de modération : même ce qui est souhaitable ne doit pas être recherché ou obtenu à tout prix[1192].

Dans cette perspective, les Anciens distinguaient le meilleur régime théorique du meilleur régime pratique. Théoriquement, puisque l'excellence dépend de la sagesse, le

[1188] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.129. Voir aussi, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.38.
[1189] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.130. Voir aussi, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.39.
[1190] STRAUSS Leo, La Cité et l'Homme, p.135. Voir aussi Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.39.
[1191] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.131.

meilleur régime est une aristocratie absolue, celle des sages. Ce gouvernement est à juste titre absolu car l'inverse impliquerait que les plus sages aient à répondre de leurs actes aux moins sages, pire, aux insensés[1193]. Or, il serait foncièrement injuste que les moins vertueux gouvernent les plus vertueux[1194]. Néanmoins, pour gouverner, même les plus sages doivent tenir compte des gouvernés qui, les reconnaissant comme tels, consentiraient à leur gouvernement. Dans la mesure où un argument insensé a plus de chance de recueillir un fort consensus que l'inverse, le gouvernement des sages est tout à fait improbable.

Le meilleur régime pratique est par conséquent celui qui concilie sagesse et adhésion. Sa forme classique, le régime mixte, qui combine à la fois un principe monarchique, un principe aristocratique et un principe démocratique, promouvant respectivement l'ordre, la sagesse et la liberté. Concrètement, les institutions politiques de ce régime ressembleraient, en termes modernes, à celles d'une monarchie constitutionnelle bicamérale dont la chambre haute, le Sénat composé de gentilshommes, serait l'élément clef. En effet, le gentilhomme est l'homologue politique du sage et dispense les bienfaits d'un code de loi élaboré par ce dernier[1195]. Ainsi, la sagesse reste le principe actif du régime mais, incarnée par un code de loi et non plus par une personne, elle recueille d'autant plus facilement l'adhésion du *dèmos* qu'elle lui accorde une représentation.

Néanmoins, le *hiatus* entre meilleur régime théorique et meilleur régime pratique souligne un problème supplémentaire. Le meilleur régime possible doit promouvoir la meilleure vie possible, en l'occurrence, la vie menée par le sage. Or, le sage n'est pas apparent au sein du régime mixte. Celui qui s'en approche, c'est-à-dire qui est le plus conscient de l'importance de la sagesse, est le gentilhomme : sa vie n'est pas exclusivement tournée vers la sagesse mais vers le bien de sa Cité. En ce sens, le régime mixte pointe vers la

[1192] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.33.
[1193] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.132.
[1194] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.127.
[1195] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.133.

sagesse, mais n'y guide pas. Il s'ensuit que le fondement du droit naturel excède la politique[1196].

Ce problème de la distance entre droit naturel et vie politique, que l'on doit peut-être considérer comme la véritable question de la philosophie politique, a reçu deux solutions des Anciens, à savoir la réponse socrato-platonicienne et la réponse aristotélicienne[1197].

La doctrine socrato-platonicienne reprend le problème à partir de la tension susmentionnée entre les deux sens de la justice comme bien et comme distribution de ce qui est dû selon la loi, ou, en termes modernes, entre justice et droit positif. Puisque la loi peut être erronée ou tout simplement stupide, la justice, pour demeurer bonne, doit rendre à chacun son dû non selon la loi, mais selon la nature[1198]. Ce principe rencontre deux difficultés qui en altèrent l'application. D'abord, s'il est déjà difficile de déterminer la nature humaine et ce qui lui est dû en général, que dire de cette opération lorsqu'elle doit être appliquée à un individu particulier, selon un contexte non moins particulier? Qui plus est, dans l'éventualité où existeraient des sages capables de remplir cette fonction, une telle justice ordonnée à la nature supposerait que l'on n'accorde aux individus que ce qui leur est bon : ainsi, on ne confierait pas d'armes à une personne souffrant de rages meurtrières incontrôlables et; à l'inverse, on donnerait un piano à la personne douée d'un talent musical plutôt qu'à un manchot. Or, outre le fait que l'exercice d'une telle justice suppose le gouvernement absolu, soit le meilleur régime théorique, il s'oppose à l'affirmation apriorique d'un droit à la propriété privée[1199]. En effet, une personne ne devant posséder que ce qui lui est bon, il est juste de lui retirer ce qui lui nuit.

Le principe de justice du régime conforme à la nature est donc le suivant : à chances égales, à chacun selon sa capacité et à chacun selon son mérite[1200]. De ce fait, l'honneur accompagné de sa contrepartie, l'autorité, est la seule récompense adéquate pour service

[1196] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.135.
[1197] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.136.
[1198] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.137.
[1199] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.137.

rendu. La hiérarchie sociale légitime correspond à la hiérarchie des mérites. Le problème de la philosophie politique apparaît donc lorsque l'on prend conscience de l'altération du principe de justice naturelle par l'appartenance.

Ainsi, à l'intérieur de la communauté politique, le principe de mérite est atténué par la naissance, lorsqu'il s'agit du droit de sang, ou par l'accès à la citoyenneté. L'accès à la fonction présidentielle aux États-Unis constitue un exemple contemporain de cette altération. Il s'ensuit que le principe de justice naturelle ne peut s'appliquer qu'au sein d'un État mondial. Dans le cadre des relations extérieures, la logique du conflit militaire exige de se comporter à l'endroit de l'ennemi précisément comme le principe de justice le proscrit. De nouveau, l'État mondial semble être la seule issue au dilemme[1201].

Toutefois, ledit État est impossible, car il n'existe pas d'être humain suffisamment sage pour gouverner l'ensemble de la population avec justice, conformément à la nature. De fait, l'État mondial fait référence à l'état dans lequel vivent les sages c'est-à-dire la situation cosmopolite de celui qui vit conformément à la nature, par-delà toute communauté politique. Situation qui relève du vain espoir puisque la vie humaine conforme à la nature implique la vie en société : en dépit de sa quête de la vérité éternelle, le philosophe doit retourner dans la caverne, parmi ses semblables[1202]. Cette démarche prend l'allure d'une atténuation des exigences de la sagesse et de la justice naturelle, dont les prescriptions risqueraient de provoquer l'éclatement de la Cité. Bref, la recherche de la sagesse doit composer avec le consentement : le bien politique « supprime beaucoup de maux sans choquer beaucoup de préjugés »[1203].

Pour Aristote, le conflit entre justice et société politique n'est pas aussi aigu; il n'est pas nécessaire d'adapter la première à la seconde[1204]. En effet, Aristote reproche à Platon d'avoir indexé tous les styles de vie à la vie philosophique qu'il assimile au droit naturel : la

---

[1200] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.138.
[1201] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.139.
[1202] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.140. Voir aussi, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.36.
[1203] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.141. Voir aussi, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.35.

seule vie absolument juste est celle du philosophe. Néanmoins, si l'être humain est un animal politique par nature, le droit naturel ne peut transcender la Cité. À ce titre, s'il est vrai que le meilleur régime et l'épanouissement de la philosophie ne coïncident pas, il n'est pas faux de considérer les configurations intermédiaires comme porteuses d'un certain mérite, ne serait-ce que parce qu'elles établissent des relations de citoyen à citoyen qui incarnent l'objet le plus accompli du droit naturel[1205].

Aristote réduit la tension perçue par Platon en affirmant la variation du droit naturel, ce qui est quelque peu contre-intuitif, puisque le droit naturel devrait spécifier les règles bonnes partout et en tout temps. Aristote conteste cette conception en indiquant que le droit naturel consiste d'abord en une collection de décisions concrètes qui lient un acte à une situation particulière[1206]. En d'autres termes, pour tout litige il y a possibilité d'une décision juste, appuyée sur l'examen des circonstances[1207]. D'où l'idée selon laquelle le droit naturel est variable.

Il serait alors possible d'objecter que ce *corpus* de décisions particulières, cette jurisprudence, reste guidé par des principes de justice plus généraux, tels les principes de justice commutative et distributive. Toutefois, cette objection permet à Aristote d'introduire une nuance qui permet de résoudre la seconde tension mise de l'avant par Platon au sujet du comportement requis des citoyens en temps de guerre. Avant l'énonciation de quelque principe que ce soit, la justice correspond au bien commun, dont l'expression la plus simple est l'existence de la communauté politique[1208].

La situation extrême, soit une menace à la survie même de la communauté, fait apparaître l'existence de deux registres de justice, l'un s'appliquant à la situation normale, auquel appartiennent la justice commutative et la justice distributive, et l'autre concernant les

[1204] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.144.
[1205] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.145.
[1206] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.146.
[1207] On remarquera le parallèle entre cette position et la théorie de la réponse adéquate de Dworkin. Voir supra, 3-2-c.
[1208] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.147.

mesures de salut public[1209]. Or, ce second registre ne peut être défini *a priori*, puisque les mesures appropriées dépendront des actions de l'adversaire. À ce titre, l'apparition d'une situation extrême autorise la suspension des règles normales de justice, précisément au nom du droit naturel. Il est possible de voir dans le raisonnement d'Aristote l'expression de l'idée selon laquelle toute règle est passible d'exception[1210].

Tout l'art de la politique consiste à évaluer le moment approprié pour passer du registre normal au registre d'exception. Dans la mesure où il n'existe pas de règle qui en spécifie les conditions, le droit naturel est variable puisqu'il recouvre les deux registres. Il convient de remarquer qu'à la différence de Machiavel, Aristote ne place pas l'essence de la politique dans la situation extrême ou dans les mesures qui en découlent, mais bien dans la référence constante à la situation normale en regard de laquelle la question qui demeure est de déterminer jusqu'à quel point l'on peut légitimement en dévier[1211].

Bref, si la hiérarchie des règles est universellement valable, les règles de conduite qui y obéissent ne le sont pas. Ces dernières dépendent à la fois de l'évaluation des objectifs en présence, mais aussi de l'urgence qui leur est associée[1212]. Par exemple, soit une société d'illettrés confrontés à une famine : il est effectivement plus noble de leur apprendre à lire afin qu'ils aient accès à la culture mais, en revanche, il est nettement plus urgent de leur procurer de la nourriture, sans quoi l'apprentissage de la lecture sera vain, faute d'élèves à qui enseigner. Cela dit, il ne s'agit pas de substituer l'urgence à la noblesse; en dernière analyse, la noblesse constitue l'unique critère d'évaluation.

4. LA JUSTICE COMME SOLLICITUDE SOUS LA LUNETTE NÉOCLASSIQUE

En dépit de l'affirmation de la querelle des Modernes et des Anciens marquant la rupture de l'histoire de la philosophie politique, ce qui nous frappe dans les rapports entre le néoclassicisme de Strauss et la justice comme sollicitude de Dworkin n'est pas tant les points

[1209] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.148.
[1210] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.148.

d'opposition que les points de jonction, voire les médiations possibles entre les deux systèmes. Déjà mentionnés, les points communs critiques : les deux systèmes s'opposent aux mêmes négations de l'idée de droit, soit le positivisme et l'historicisme. Toutefois, cette coïncidence représenterait peu d'intérêt à moins de pratiquer à outrance un réductionnisme méthodologique selon lequel les conceptions normatives sont assimilables dès lors qu'elles s'opposent au même objet.

La présence de points communs « constructifs » nous semble autrement plus prometteuse, ne serait-ce qu'en ce qui concerne l'appréhension de la précipitation de la justice comme sollicitude. Deux de ceux-là sont à souligner : les traits apparentés de la configuration institutionnelle préconisée par Dworkin avec le meilleur régime pratique et la combinaison de la nature compréhensive du libéralisme dworkinien avec le caractère potentiellement téléologique de l'interprétation créative.

a. Le juge, principe aristocratique de la démocratie constitutionnelle?

L'association du droit-intégrité avec le droit naturel n'est pas particulièrement inédite, ayant déjà été soulevée par certains critiques de Dworkin[1213]. Tant l'appel aux principes non écrits du droit que le postulat de droits moraux préexistant à l'État, qui a pour unique fonction de les reconnaître, confirment l'hypothèse d'un jusnaturalisme à l'œuvre dans la thèse du droit intégrité. Cette hypothèse nous apparaît erronée, d'autant que l'accent est mis d'une part sur une conception moderne du droit naturel – donc le droit naturel du premier humanisme – et, d'autre part, sur l'affirmation de droits moraux[1214]. À nos yeux, le lien de Dworkin avec le droit naturel est beaucoup plus fécond lorsque ce dernier est envisagé sous sa variante classique, téléologique, et que l'accent est placé sur l'interprétation créative. Néanmoins, il convient de garder à l'esprit que nous n'affirmons pas l'équivalence du droit intégrité et du

[1211] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.149.
[1212] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.149.
[1213] Voir notamment la conclusion de ALEXANDER Larry, « Stricking back at the Empire : a brief survey of problems in Dworkin's theory of law », Law and Philosophy, D.Reidel Publishing Company. 1987, vol.6, pp.419-438.

droit naturel tel que présenté par Strauss. Il serait plus exact de dire que le premier interpelle le second, sans toutefois y correspondre.

Fort de cette précision, nous pouvons nous tourner vers la configuration institutionnelle de la démocratie partenariat. Le parallèle possible entre celle-ci et le régime mixte des Anciens tient à la cohabitation d'une pluralité de principes, en l'occurrence la sagesse et le consentement. Bien que le consentement auquel fait référence le meilleur régime pratique des Anciens ne concerne que les citoyens, donc une fraction de la population beaucoup plus réduite que l'électorat qui compose les démocraties constitutionnelles contemporaines, la présence d'une différence de registre normatif est significative. Dans le cadre de la démocratie partenariat, Dworkin fonde la distinction entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire en insistant sur la différence entre les registres de discours qui justifient les décisions rendues par les deux instances : respectivement, l'argument de politique pour le premier fondé sur un objectif collectif et l'argument de principe pour le second, ce dernier constituant la justification individuée d'une décision qui vise à reconnaître ou définir le droit d'une personne particulière[1215]. À ce titre, les registres de discours incarneraient les principes auxquels obéiraient les institutions étatiques.

Deux éléments suggèrent cette interprétation concernant le parallèle entre régime mixte et démocratie partenariat. D'abord, l'intégrité dont le droit devrait faire preuve vis-à-vis de la constitution, par ailleurs désignée par l'expression « loi fondamentale », est assimilable à l'idée d'un code de loi rédigé par les sages dont les gentilshommes de la Cité prodigueraient les bienfaits. Cette idée d'une permanence de principes qui, à travers le temps, échapperaient à la contingence des litiges particuliers dont les juges ont à traiter, évoque bien l'autorité associée au Sénat. Qui plus est, les qualités d'indépendance et de probité couramment associées à la magistrature retracent l'image du patricien dont l'expérience et l'indépendance

[1214] En ce qui a trait à l'irréductibilité de Dworkin au positivisme juridique et au jusnaturalisme moderne, voir MICHAUT Françoise, « Vers une conception postmoderne du droit. La notion de droit chez Ronald Dworkin », in Dworkin : un débat, pp.205-224.
[1215] Voir supra, chap.3-2-c.

matérielle lui permettent d'appréhender les situations sous un angle différent de celui des personnes dont l'intérêt est en jeu. Réciproquement, en tant que prise en compte des différents intérêts présents à l'intérieur de la société, les arguments de politique procèdent d'une exigence de représentation, le suffrage, par laquelle le *dèmos* exprime ses préférences.

Le second élément consiste en l'affirmation d'un actant collectif au sein duquel les produits de la procédure décisionnelle sont évalués à l'aune de principes substantiels – les clauses abrogatoires des constitutions – qui évoquent la dynamique entre consentement et sagesse. Si l'on estime que lesdits principes sont fondés et, à l'instar de Dworkin, qu'ils s'harmonisent avec l'expression de la volonté démocratique, il devient alors possible de considérer les structures de représentation comme les conditions favorisant le consentement à ce qui est considéré comme le bien commun, à savoir les libertés constitutionnelles.

Toutefois, là s'arrête le parallèle entre régime mixte classique et démocratie partenariat. D'abord parce qu'au sein du meilleur régime pratique, ce sont les sénateurs qui occupent la position clef entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Dit autrement, le meilleur régime pratique vise l'aristocratie sénatoriale, ce qui pose la question des rapports de préséance des pouvoirs judiciaire et législatif. Or, quoi que l'on pense du contrôle de constitutionnalité, force est de constater que les prérogatives qui y sont rattachées restent sujettes à une modification constitutionnelle, laquelle relève du pouvoir législatif. Même régulé, le principe dominant des démocraties constitutionnelles reste celui de la volonté populaire et non pas d'une aristocratie judiciaire.

Le parallèle est aussi interrompu si l'on se place du point de vue néoclassique puisque, bien que la présence de deux registres de justification distincts donne lieu à une forme de régime mixte, il s'agit d'une variante quelque peu altérée. En effet, si l'argumentation de principe pointe vers un registre normatif indépendant des circonstances, ou du moins à la lumière duquel celles-ci sont interprétées, ledit registre normatif est tout de même foncièrement articulé autour de l'expression de la subjectivité, c'est-à-dire la latitude dont

l'être humain dispose grâce à sa rationalité mais qui reste en-deçà de sa nature, entendue comme finalité. De même, comme l'argumentation de politique relève des objectifs collectifs qui ne concernent que les intérêts en concurrence dans la société, correspondant, au mieux, à l'égoïsme collectif lorsqu'un équilibre représentatif est atteint et, au pire, à la prédominance d'un intérêt sur les autres, elle donne uniquement lieu à l'instauration de conventions. La combinaison avec l'argumentation de principe a pour seul résultat l'évaluation des dites conventions et par défaut leur justification par l'affirmation de la licence individuelle. Or, dans une optique téléologique, cette dernière relève plus du fait que de la valeur. Pour que la démocratie partenariat esquisse plus qu'un simple reflet brouillé du meilleur régime pratique, il aurait fallu que ce soit l'argumentation de principe qui définisse un but collectif, fondé en devoir-être, vis-à-vis duquel seraient évalués les différents arguments de politique, ceux-ci exprimant les intérêts partiels de chacun, fût-ce à titre individuel ou de groupe.

Cette première confrontation, portant sur les formes institutionnelles de la justice comme sollicitude et du néoclassicisme, rend possible de saisir le sens du reproche qu'adresse Strauss aux conceptions contemporaines de la justice quant à l'abaissement des critères et des exigences attenantes. Certes, le libéralisme dworkinien ne postule pas la séparation des faits et des valeurs, ni n'affirme la fusion du réel et de l'idéal mais, bien que posant la question du meilleur régime et des valeurs auxquelles il doit obéir, il laisse cette question ouverte par un repli prématuré vers une normativité qui tient plus du moyen que de la finalité. En ce sens, appliquée aux thèses de Dworkin, la thématique de l'abaissement des exigences prend la forme de l'incomplétude d'un système qui refuse de tirer toutes les conséquences de ses intuitions et de sa méthode. C'est donc l'interprétation créative qui est au centre de la discussion entre les deux théories.

Afin de saisir la manière dont cet enjeu se présente, il est pertinent de procéder à un rappel du mouvement à l'intérieur de l'interprétation créative en relation avec les pratiques sociales en général et, plus particulièrement, avec la pratique politique par laquelle il y a

communauté[1216]. À cet égard, , l'interprétation créative pose la question de l'assignation d'un objectif normatif qui donne un sens à l'exercice du pouvoir. Au cours de la première partie, nous avons relevé en quoi cet objectif normatif, tel qu'appréhendé à travers la perspective du jugement réfléchissant kantien, constitue une idée régulatrice[1217]. Néanmoins, il est aussi possible de défendre une lecture de l'interprétation créative comme partageant sa méthode avec la démarche socratique, soit saisir un état de chose à la lumière d'une fin. La citation successive de la caractérisation de chaque démarche est à ce sujet particulièrement révélatrice. D'abord la définition que Dworkin offre de l'interprétation créative : *« En gros, dans l'interprétation constructive, il s'agit de superposer un but à un objet ou une pratique pour en faire le meilleur exemple possible de la forme ou du genre dont on le donne pour représentant »*[1218]. Ensuite, la présentation par Strauss de la démarche de Socrate : *« La chose elle-même, la chose achevée, ne peut être comprise comme un produit du processus qui est à son origine; au contraire, c'est ce processus qui ne peut être compris qu'à la lumière de la chose achevée qui est sa fin »*[1219].

De ce point de vue, ce ne serait donc pas tant le fait de devoir subsumer un cas particulier sous une règle inconnue qui caractériserait l'interprétation créative, mais bien son opposition au discours causal que Strauss identifie à la logique mécaniciste, tandis que Dworkin le désigne par l'expression « concept sociologique ». À titre de rappel, le concept sociologique d'une chose, et par extension le discours qui l'encadre, désigne chez Dworkin la mise au jour de la structure causale qui explique son existence[1220]. En vertu de la surdétermination de la description d'une pratique sociale par son interprétation créative, il est possible de comprendre cette dernière comme un discours téléologique; la comparaison de la finalité attribuée au droit par le conventionnalisme, le pragmatisme et le droit-intégrité en

[1216] En effet, si tant est que l'actant collectif dans lequel Dworkin reconnaît l'État ne se résume pas à une action collective statistique, alors la pratique politique est foncièrement question de communauté, c'est-à-dire d'une activité que tous ont en commun selon un ensemble donné de modalités.
[1217] Voir supra, chap.1-3-d.
[1218] DWORKIN Ronald, ED, p.57.
[1219] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.117.
[1220] DWORKIN Ronald, JR, p.3.

fournirait l'illustration : c'est en fonction de la justification des objectifs visés que les conceptions du droit sont départagées.

Le recoupement des deux approches peut être présenté comme suit. Selon les Anciens, le droit naturel consiste à rendre à chacun ce qui lui appartient conformément à la nature, entendue comme une fin intrinsèque : ce qui est bon en soi pour l'être humain. La justice consiste donc à donner à chacun ce qui lui est intrinsèquement bon. Chez Dworkin, la pratique politique, et particulièrement le droit, se comprend en référence à un objectif normatif moralement justifiable, en l'occurrence la justice. Celle-ci s'enchâsse à son tour dans l'ensemble des convictions entretenues au sujet de la vie bonne, dont elle est un des paramètres[1221]. Il est donc permis d'en déduire que la justice comme sollicitude vise à donner à chacun ce qui lui est bon conformément à la responsabilité spéciale et à l'importance égale.

À ce titre, le passage des manifestations positives de la pratique politique, qu'il s'agisse des institutions ou des règles de droit explicites, aux principes qui leur donnent un sens est comparable au mouvement allant de l'opinion à la connaissance. Il convient de remarquer que la construction de la géode, par raffinements successifs des différentes convictions axiologiques et dialogue de l'une à l'autre en vue d'opérer une synthèse, évoque le même mouvement.

Appréhendé selon la perspective néoclassique, l'objectif normatif devient donc le *telos* de la pratique sociale. Ainsi, la justice comme sollicitude dans son ensemble, pourvue de ses volets politique, juridique et distributif, répond à la question du meilleur régime, c'est-à-dire celle de la fin qui confère un sens à la pratique politique. La question de la meilleure interprétation à donner aux pratiques politiques épouse celle du meilleur régime. La déclinaison des types de communautés aptes à susciter l'apparition d'obligations associatives représente une progression allant du régime le plus dégradé, la communauté *de facto*, au meilleur régime, celui de la communauté de principes. Il va de soi que les principes que celle-

[1221] Voir *supra*, chap.2-2-c, pp.108-132.

ci met en œuvre – la participation, l'intérêt, l'indépendance et l'intégrité – sont de facture conventionnelle; ce qui importe ici, c'est leur justification en vue des principes de dignité humaine, donc d'un *telos* moral. La communauté de principes et, à travers elle la communauté intégrée, s'impose comme objectif normatif de la pratique politique parce qu'elle est elle-même orientée vers des principes moraux, l'attention égale et la responsabilité spéciale, qui en retour départagent les différents régimes disponibles.

Néanmoins, toujours à travers la lecture néoclassique, le départ prometteur de la théorie de Dworkin s'interrompt à une étape cruciale lorsque ce dernier fait de la justice un paramètre souple de la vie bonne et délègue l'identification du contenu de cette vie aux préférences de chacun. Il s'ensuit une double relativisation de la justice au bien. Dans la mesure où une vie peut être réussie en dépit de l'injustice, il s'ensuit, par réciproque, que la justice n'a pas forcément besoin d'être indexée à une conception du bien – *a fortiori* un bien naturel. Elle se rapproche ainsi de la convention : est juste ce qui rend à chacun son dû conformément à ce qui a été fait dans le passé et à un bien dont il n'est pas réellement essentiel de définir le contenu. Le mérite est entièrement évacué de l'équation pour être remplacé par une conception de la responsabilité réduite au truisme selon lequel une personne doit assumer les conséquences de ses choix. L'évaluation de leur contenu est réduite à néant. Justice est faite dès lors qu'une personne accepte la ruine entraînée par sa passion pour le jeu, sans même que soit posée la question de savoir si elle aurait dû pouvoir mener la vie d'un joueur professionnel.

La distinction apparemment féconde entre intérêts volitionnels et intérêts critiques, ceux-ci dépassant le simple plaisir, est alors vidée de ses promesses par sa formalisation. Il ne s'agit plus de tabler sur les passions les plus fortes de l'être humain pour instaurer la paix sociale, mais de se référer à une construction trop vaporeuse pour être significative. La responsabilité sous-jacente aux deux principes de dignité humaine qui pourrait se traduire par l'interdiction de faire un gâchis de sa vie ou de la vie d'autrui, est bien trop relative aux

préférences de chacun pour engendrer une authentique hiérarchisation des fins. La responsabilité se dissout dans une autonomie définie en premier plan par la capacité de ne recevoir aucune règle d'autrui plutôt que par l'exigence de s'en *donner* une. La liberté négative devient l'instrument privilégié d'un interdit d'évaluation : sur l'espace qui est le sien, personne ne peut porter de regard. Dans ce contexte d'autarcie morale, la justice, privée du guide qu'est la vie bonne, se réduit au principe de coexistence auquel Dworkin souhaitait donner une densité accrue. En fait, si la combinaison de l'interprétation créative du modèle de défi contribue à énoncer la question de la connaissance d'une justice conforme à la vie bonne, elle n'y répond pas et réintègre le domaine de la gestion d'opinions.

En ce sens, l'apparition de la précipitation s'explique, tant négativement que positivement. L'absence d'une nature, ou d'un bien naturel auquel ordonner la justice, la prive de la boussole qui lui permettrait de rendre légitimement son dû à chacun. La précipitation traduit les errements d'une justice qui avance en regardant vers l'arrière, espérant toujours trouver au sein de la pratique établie le principe qui la guidera. Ce serait un peu comme chercher à conduire de nuit une automobile à l'aide du seul rétroviseur parce que les phares sont en panne. Dans ces circonstances, le cycle interprétatif se réduit aux étapes préinterprétative et postinterprétative car, en dernière analyse, la meilleure interprétation possible est synonyme de « coexistence de convictions différentes que l'on ne peut départager », donc du règne de l'opinion – ce qui confère un sens plus littéral à l'expression « réalisme d'apparence » utilisée par Dworkin pour définir sa position.

Néanmoins, le formalisme de la justice comme sollicitude ne souffre pas uniquement de lacunes; il engendre aussi sa part de problèmes. La continuité postulée entre éthique et politique au sein du libéralisme intégré cause d'ailleurs, assez ironiquement, la prolifération de la rationalité technique que l'interprétation avait, entre autre chose, pour fonction d'éviter. Puisque les principes de dignité humaine restent ouverts, c'est-à-dire dépourvus d'une interprétation substantielle dont il serait possible de déduire un critère de mérite, la place de

chacun au sein de la société devient surtout une question d'efficacité dans la répartition; d'où l'intérêt du marché et de l'assurance qui, tous deux, d'un état de fait donné déduisent l'ordre. Qu'expriment les coûts d'opportunité sinon l'espoir d'un ordre autorégulé sans aucune référence normative?

Pourtant, le critère méritocratique reste probablement l'une des intuitions les plus fortes entretenue au sujet de la justice. Quel sens y a-t-il à en atténuer la portée par l'affirmation aveugle d'une égalité réduite à toute fin pratique à un dénominateur commun? Pourquoi définir l'humanité en fonction de la capacité effectivement commune à tous et non en regard du meilleur vers lequel il est possible de tendre? Après tout, le mérite reste une composante déterminante des conceptions de la justice; à effort identique, rares sont celles qui affirmeront l'obligation de donner plus à l'un qu'à l'autre. De même, la pertinence de la distinction entre choix et circonstances s'appuie certes sur une exigence de comparaison, mais aussi sur l'identification des mérites. Dans ce cas, il semble arbitraire d'exclure de l'évaluation des choix leur composante la plus essentielle, soit leur contenu. En ce sens, il y a un mystère quasi-religieux dans l'appréciation moderne de la dignité humaine : celle-ci s'ouvre sur une liberté négative au sujet de laquelle rien ne doit être dit, si ce n'est qu'elle concerne une pluralité d'individus.

En ce qui concerne la stigmatisation des bénéficiaires, le problème ne réside donc pas tant dans la différenciation mais bien dans le fait que celle-ci soit effectuée en l'absence d'un authentique point de repère normatif. Certes, le mécanisme d'assurance redistribue les richesses, mais il opère en aveugle, définissant les besoins et compensations à partir des moyens disponibles et non l'inverse. L'affirmation de l'égalité universelle par la justice comme sollicitude se révèle incapable d'énoncer les distinctions qui seraient nécessaires à la mise en œuvre de la caractérisation la plus simple de la justice, à savoir traiter de la même manière les cas semblables et de façon différente les cas dissemblables. La justice comme sollicitude doit donc introduire un principe de différenciation. Mais afin de ne pas contrevenir

à sa prémisse égalitaire, ce principe s'appuie sur ce dont les personnes ne sont pas responsables, ce qui néglige du fait même les fins visées. Peu importe si une personne consacre sa vie professionnelle à secourir son prochain ou à spéculer sur la vente d'armes, son taux d'imposition ne variera qu'en fonction de son revenu. À l'inverse, l'assurance offrira la même indemnisation à l'incompétent qui est remercié de ses services qu'à celui qui quitte son emploi pour soutenir un tiers en détresse. En fait, c'est parfois le contraire qui se produit : tandis que l'incompétent se sera battu bec et ongles pour conserver sa place et tirer le maximum de son congédiement, l'aidant naturel courra le risque de ne rien recevoir puisque sa décision relève d'un choix. La justice comme sollicitude devient la *justice indifférence*. Les représentations stéréotypées des bénéficiaires comblent alors le vide normatif laissé par un régime qui refuse l'évaluation des fins pour lui préférer l'égoïsme collectif.

Les apories du néoclassicisme

Le néoclassicisme présente une critique sans concession des conceptions modernes de la justice. Même un libéralisme compréhensif tel que celui défendu par Dworkin se révèle n'être qu'un repli vers l'être, après son mouvement initial vers le devoir-être. Si l'interprétation créative comporte bien une dimension téléologique, celle-ci est cantonnée au domaine de l'élaboration personnelle de la géode normative et, par ricochet, fait de la communauté d'interprétation un lieu de compromis entre les différentes conceptions de la dignité humaine. Certes, ces dernières doivent satisfaire la responsabilité spéciale et l'égale importance, mais ces deux critères sont incapables de départager qui, du prêteur sur gages ou du fondateur d'une société philanthropique, a le plus mérité de sa communauté.

Ceci pris en compte, la justice néoclassique propose-t-elle plus ou, plus exactement, présente-t-elle une alternative viable? Il est permis d'en douter. En effet, les critiques du néoclassicisme à l'endroit de la justice comme sollicitude visent à la fois l'indétermination du sujet et l'égalité des sujets entre eux. À cela, la justice néoclassique oppose une conception positive de la liberté, entendue comme la perfection de la nature humaine. Or, ainsi que le

souligne Strauss, tous ne sont pas égaux ni en efforts, ni en dispositions initiales. Dit autrement, si la contingence des aptitudes naturelles est reconnue, cela ne justifie pas pour autant leur compensation, au contraire : la justice consiste en priorité à attribuer à chacun la charge pour laquelle il serait le plus compétent, non selon ses aspirations, mais selon l'ordre finalisé de la nature[1222]. De ce point de vue, l'égalité n'existe qu'entre semblables, sages avec d'autres sages, insensés avec les insensés – et surtout ne peut être posée *a priori*, encore moins constituer la vertu cardinale de la morale politique. De surcroît, ceux dont les dispositions pour la sagesse sont réduites doivent être guidés par les autres[1223].

Thématisée à travers l'opposition entre limitation verticale de la liberté des Anciens et sa contrepartie moderne, la limitation horizontale, cette contestation de l'égalité au nom de la nature se heurte à trois types d'objections. En premier lieu, à supposer que l'on ait résolu les problèmes attachés à l'imbrication nécessaire de l'élitisme et du paternalisme, donc de la dissociation entre la valeur d'une vie et l'adhésion de son sujet, par quelle démarche réinstaurerait-on un droit qui ne soit pas fondé en réciprocité[1224]? Cette première objection en annonce une autre, non moins problématique. La condition nécessaire à l'apparition de la liberté des Anciens est la taille de la communauté politique, laquelle doit être limitée à la Cité, donc à un groupe passablement restreint[1225]. Or, de façon évidente, nos sociétés de masse tirent plus du côté de l'empire que de la Cité à la mesure des « possibilités de connaissance immédiate »[1226]. Si la remarque de Strauss attire l'attention sur le problème de l'altération de la liberté par les phénomènes d'échelle – sommes-nous encore libres dans la foule? – la théorie des Anciens ne propose que peu de solutions. Il serait difficilement envisageable d'adopter pour but collectif la création au sein des États contemporains d'une fédération de regroupements humains dont la taille serait inférieure à celle des arrondissements les plus

[1222] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p. 138. Voir aussi RENAUT Alain et SOSOE Lukas, Philosophie du droit, p.109.
[1223] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.127.
[1224] RENAUT Alain et SOSOE Lukas, Philosophie du droit, p.124.
[1225] On se rappellera que la Cité est un groupe suffisamment petit pour ses membres se connaissent.
[1226] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p.124.

peuplés de Paris. À ce titre, la fondation en égalité des institutions politiques correspond-elle mieux aux sociétés de masse?

En second lieu, le reproche de formalisme adressé aux principes d'individualisme éthique peut être retourné contre la conception classique de la nature humaine. L'être humain se distinguant par l'usage de la raison et du langage, sa nature consiste à vivre intelligemment. En revanche, même posée comme fin et en éliminant les lieux communs entretenus à son endroit, l'idée d'intelligence est susceptible d'interprétations diverses. Par exemple, en quoi le modèle de recherche radicale de la connaissance proposé par Strauss correspond-il plus à l'intelligence que celui d'une culture des menus plaisirs d'un Montaigne ou d'un équilibre des différentes aptitudes, intellectuelles, manuelles et affectives[1227]? Il ne s'agit pas de défendre une position sceptique à l'endroit de l'intelligence, mais de souligner qu'elle est sujet de recherche. Il s'ensuit que vivre intelligemment a pour question première la recherche de ce qu'est l'intelligence. Sans que cela n'invalide la pertinence de la vie intelligente comme interprétation de la vie vertueuse, la remarque précédente soulève la question de la relation politique des sages aux non-sages – ou des vertueux au moins vertueux. Si l'on peut sans nul doute retirer quelque bénéfice de la fréquentation privée d'une personne plus sage que soi, il y a néanmoins lieu de s'interroger sur la dynamique qu'engendrerait la généralisation de cette relation à l'ensemble de la Cité – *a fortiori* à son régime politique. L'aristocratie en place, fût-elle celle des sages du meilleur régime théorique ou celle des gentilshommes de sa version pratique, dispenserait-elle effectivement les bienfaits du droit naturel aux moins sages ou les utiliserait-elle dans l'unique but d'acquérir les ressources nécessaires à la conduite de sa quête? Posé autrement, en l'absence d'une connaissance vraie de l'intelligence, il n'existe pas de critère régissant le traitement des moins sages puisque celui-ci coïnciderait avec ce qu'est une vie intelligente.

[1227] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.17.

Mais surtout, et en troisième lieu, le dernier point attire l'attention sur une remarque sibylline de Strauss au sujet de la philosophie politique des Anciens. Le droit naturel tire son contenu de l'identification de la nature humaine, c'est-à-dire de la fin qui lui est intrinsèquement bonne, de sa vertu. De cette vertu, on déduira le principe qui répond à la question du meilleur type de régime, par le fait même du type de personne qui doit gouverner[1228]. Cette question est la controverse politique fondamentale. Le philosophe classique fait œuvre de philosophie politique lorsqu'il élabore le prototype du régime au sein duquel les plus vertueux accéderont au pouvoir, par opposition aux corrompus, aux incompétents et, de façon générale, aux personnes mauvaises[1229].

Toutefois, pour ce faire, le philosophe doit s'interroger sur l'essence même de la vertu. Conformément à sa méthode, il confrontera les différentes opinions courantes sur le sujet, chacune constituant un indice partiel de la vérité, en vue de les dépasser[1230]. Il proposera lui-même une conception de la vertu qui se démarquera par son originalité et qui, en tant que tentative de dépasser les opinions partagées, a peu de chance de recueillir un vaste consensus. Les controverses soulevées et les objections aux distinctions nécessaires à la résolution du problème sont telles que le philosophe est amené à prendre conscience que seule une vie consacrée à la recherche constante de la connaissance, donc entièrement consacrée à la philosophie, est en mesure de fournir une réponse. En effet, l'immersion dans la vie politique, bien que fournissant matière à réflexion, est immanquablement marquée par les contraintes de l'« ici et maintenant ». Elle doit donc porter attention aux particularités de l'instant qui font obstacle à la connaissance de la vertu « partout et toujours » privilégiée par le philosophe[1231]. Ce dernier s'éloigne donc de la vie politique non seulement par les conceptions qu'il met de l'avant, mais aussi par la découverte que le but de la vie politique, déterminer à qui doit

[1228] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.85.
[1229] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.87.
[1230] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.91.
[1231] STRAUSS Leo, La Cité et l'Homme, p.93.

revenir le pouvoir, réside à l'extérieur d'une vie d'engagement politique[1232]. En dernière analyse, le néoclassicisme ne peut fournir la conception de la finalité humaine politiquement opératoire qui compléterait la justice comme sollicitude.

b. Une autre lecture possible?

Dès lors, la question s'impose d'elle-même : quelle peut être la contribution du néoclassicisme s'il oscille entre, au mieux, une explication de la précipitation, au pire, une critique supplémentaire de la justice comme sollicitude dépourvue d'alternatives souhaitables? Et surtout, pourquoi Strauss lui-même, après avoir monté une telle défense en faveur des Anciens, indiquerait-il qu'ultimement, la question de la justice échappe aux institutions chargées de l'actualiser? Serait-ce une question d'angle? Peut-être avons-nous insuffisamment pris en compte la première exhortation de Strauss, à savoir tenter de comprendre un auteur comme il s'est compris lui-même, en considérant d'emblée le néoclassicisme comme une doctrine rivale de la justice comme sollicitude, laquelle développerait des positions substantielles susceptibles de fournir immédiatement une solution concrète à la précipitation?[1233].

Tout ce qui suit tient, bien entendu, de l'hypothèse de lecture, mais quelques considérations intéressantes peuvent en ressortir. Le thème le plus apparent des thèses de Strauss demeure la querelle des Anciens et des Modernes : il est donc admissible de l'adopter pour point de départ. Le sens à lui accorder n'est cependant pas immédiat. S'agit-il d'une rupture strictement chronologique dans l'histoire des idées? Si tel est le cas, elle s'expose soit au réductionnisme résultant d'une lecture monolithique des Modernes et des Anciens, soit au truisme, l'histoire de la philosophie comportant un nombre important de ruptures, tant dans le temps que dans l'espace – entre rationalisme et empirisme, entre dialectique platonicienne et scolastique, entre tradition analytique et continentale, etc. Qu'y a-t-il donc de particulier qui

[1232] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.91. Voir aussi, Droit naturel et histoire, p.139, et La Cité et l'Homme, p.110.

justifie que l'on tienne cette rupture pour importante sans faire preuve d'arbitraire ou de simplification?

Il est possible de proposer comme interprétation que la querelle des Modernes et des Anciens signale deux manières de philosopher, associées à deux moments distincts[1234]. Il importe de ne pas saisir ces moments comme synonymes d'une époque, étant donné le caractère intemporel que Strauss attribue à la philosophie classique. Cette affirmation de l'intemporalité de la pensée classique est importante car elle implique que les questions posées alors restent, à ce jour, pertinentes[1235]. En ce sens, le thème du retour aux Anciens ne consiste peut-être pas tant à plaquer à la situation contemporaine, les valeurs qui étaient les leurs à titre de conclusion potentielle au sujet de la justice, mais à se poser les mêmes questions.

Strauss fait reposer la crise contemporaine des valeurs sur une question de méthode, laquelle aurait fait disparaître le discours normatif de la réflexion politique. Quelle différence y a-t-il entre la philosophie politique moderne, la science politique décriée et la philosophie politique classique? Plus exactement, serait-ce en priorité une question de valeurs substantielles dont il s'agirait de départager lesquelles, des convictions axiologiques Modernes et Anciens, sont supérieures l'une à l'autre, ou plutôt une différence dans la conception même de l'idée de philosophie politique?

Dans un premier temps, Strauss présente la philosophie politique comme l'association de deux termes désignant respectivement la démarche, donc la philosophie qui est englobante et radicale, et la matière, soit la politique[1236]. Spécialité de la philosophie, en tant que recherche plus générale de la connaissance, la philosophie politique est à la philosophie ce que le droit naturel est à la nature. Elle se distingue alors de la pensée politique qui désigne tout type de discours normatif politique, qu'il s'agisse d'une idéologie ou d'une opinion sur

[1233] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.18. Voir aussi, La Cité et l'Homme, p.65.
[1234] STRAUSS Leo, La Cité et l'Homme, p.64.
[1235] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, pp.96-97.
[1236] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.16.

une quelconque question d'intérêt public. Vis-à-vis de la science politique qui procède de la méthode des sciences empiriques, la philosophie politique classique se démarque par son lien direct avec la vie politique active qui s'actualise dans les « questions soulevées dans les assemblées, les conseils, les ministères et les magistratures »[1237].

Toutefois, tel que vu antérieurement, en dépit de son accès direct à la vie politique, l'interrogation sur la question politique fondamentale mène le philosophe à l'extérieur de la vie politique de sa Cité. Suite à ce mouvement, la philosophie politique revêt un sens nouveau annoncé par le problème susmentionné de l'écart entre droit naturel et vie politique[1238]. Partant de la découverte de la limite de la vie politique, soit qu'elle ne peut répondre d'elle-même à la question politique fondamentale, le thème central de la philosophie politique devient la vie philosophique, c'est-à-dire l'exercice de la philosophie[1239]. Ce que l'on pourrait désigner comme la réflexion sur les conditions de possibilité de la vie philosophique marque plus sûrement la distance entre philosophie politique classique et philosophie politique moderne que ne le font les convictions axiologiques qui les animent.

Le dernier point peut être illustré par analogie avec la relation entre le libéralisme dworkinien et le communautarisme. Ainsi, que ce soit par l'affirmation de la primauté du bien sur le juste, de l'antériorité de la communauté sur l'individu et de la critique de l'autonomie souveraine du sujet, le communautarisme partage ses traits centraux avec le néoclassicisme. En revanche, ce qui préserve le caractère foncièrement moderne du communautarisme, c'est l'absence de lien menant de la réflexion sur les valeurs à celle sur la vie philosophique, entendue comme le dépassement sans concession de l'opinion vers la connaissance.

Le philosophe, tout entier à sa recherche de la vérité, ne peut néanmoins se couper complètement de l'opinion sur laquelle il se perche pour atteindre son point de vue : il reste attaché à la sphère politique, en tant que lieu où circulent les opinions[1240]. Il doit donc

[1237] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.81.
[1238] STRAUSS Leo, Droit naturel et histoire, p. 135.
[1239] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.91.
[1240] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.92.

répondre de sa pratique devant la communauté politique non pas selon les termes de sa propre recherche, mais à partir des croyances partagées. Ce faisant, le philosophe prononce un double discours : à la plupart, il propose une justification de la philosophie selon ce qu'elle peut apporter au bien-être de la Cité, alors qu'il adresse une invitation à mener une vie philosophique visant la compréhension de la totalité à ceux qui sont capables de prêter attention à son propos[1241]. Là réside la signification la plus profonde de la philosophie politique, non pas comme une spécialité de la philosophie dont l'objet serait la politique, mais *« le traitement politique (...) de la philosophie, ou l'introduction politique à la philosophie la tentative de conduire les citoyens bien doués, ou plutôt leurs fils bien doués, de la vie politique à la vie philosophique »*[1242].

Il convient de ne pas sous-estimer l'élitisme présent dans cette réorientation de la philosophie politique qui affirme d'abord explicitement la supériorité de la vie philosophique sur la vie politique et, par extension, sur l'ensemble des activités et professions pratiquées à l'intérieur d'une Cité. Qui plus est, outre les inégalités naturelles qui restreignent l'appréciation de l'enseignement philosophique, la finalité de la vie philosophique établit une relation d'altérité entre le philosophe et les non-philosophes, soit ceux qui n'y consacrent pas tout leur temps. Dans le cadre de cette relation, le premier ne rend de comptes aux seconds qu'en vue, pour le dire prosaïquement, d'acheter la paix à renfort de nobles mensonges et non en vertu d'une quelconque obligation fondée en réciprocité[1243].

Ceci noté, les termes de cette relation d'altérité fournissent précisément les guides grâce auxquels poser la question adéquate à l'endroit de la précipitation. Ainsi, le philosophe doit justifier sa vie auprès de la Cité dont il tire ses racines. Pour adopter le discours approprié, il se doit de connaître les choses politiques de sa Cité, nommément, la distance qui la sépare du meilleur régime théorique et, par la suite, le type de régime auquel il

[1241] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.94.
[1242] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.94.
[1243] STRAUSS Leo, Le libéralisme antique et moderne, p.32. Cette absence de réciprocité ne se limite pas à la relation privée : l'enseignement du philosophe repose ainsi sur un principe de sélection et non d'obligation d'accès. Or, si l'on estime que la philosophie constitue l'éducation par

s'adresse[1244]. De même, la justification de la vie philosophique vis-à-vis d'une vie avec laquelle elle n'a rien en partage suppose l'identification des lieux communs susceptibles d'entraîner la compréhension ou, à tout le moins, de ne pas provoquer l'ire de l'auditoire[1245]. Si, tel que les sophistes l'illustrent, une telle démarche peut trouver son origine dans la manipulation, lorsque placée dans le contexte d'une recherche radicale de la vérité, elle donne lieu à d'autres connaissances. Dit autrement, le philosophe cherche le terrain commun présent entre ses interlocuteurs et par le fait même en développe une connaissance. À quel type de régime et de *topoi* serait confronté un philosophe contemporain souhaitant justifier son activité? Plus exactement, dans la mesure où toute communauté peut être considérée comme une réponse potentielle à la vie bonne, quelle serait son appréciation de la nôtre[1246]?

Avant de poursuivre, il importe de spécifier les rapports entre régime et État. Ainsi que le mentionne Strauss, le régime désigne une réalité plus englobante que celle de l'État moderne, lequel se définit par opposition à la société civile. De prime abord, la typologie des régimes selon une finalité substantielle, une conception compréhensive du bien, ne semble plus s'appliquer à notre compréhension de l'État comme instrument du bien de la société civile – en termes de neutralité, de justice ou d'agrégation d'intérêts. À l'examen, même la neutralité la plus complète de l'État n'implique pas l'absence d'une inclinaison particulière de la communauté politique, ni que cette inclinaison ne puisse être exprimée par une échelle des valeurs. En fait, la présence d'institutions étatiques neutres signifie seulement qu'elles ne prennent pas activement part à l'élaboration de la fin dont elles sont l'instrument – ce qui ne signifie pas non plus qu'elles ne l'entretiennent pas. Dans le même ordre d'idées, rappelons que la perspective néoclassique procède d'une conception positive de la liberté, c'est-à-dire conçue comme l'adéquation du sujet à un modèle extérieur, dans le cas précis, la nature. Dans

---

excellence, il s'ensuit qu'un système scolaire dont la philosophie est la visée ne peut être assujetti à l'obligation qui définit les grands systèmes scolaires publics.

[1244] STRAUSS Leo, Qu'est-ce que la philosophie politique?, p.92.

[1245] Il va de soi que l'urgence que connaissaient les Classiques et les philosophes médiévaux n'imprègne plus le quotidien des penseurs contemporains : on ne regarde plus avec suspicion celui qui fait profession de philosophie, ni ne le condamne à mort en punition de ses investigations. Pour autant, cela n'implique pas que la philosophie n'ait à faire ses preuves; on pensera par exemple à sa remise en question régulière au sein du

cette optique, elle serait plus à même de mettre en relief les éléments normatifs qui procèdent d'une telle logique, voire en font la promotion.

L'élément le plus manifeste d'un régime est sa loi soit, en ce qui concerne nos sociétés, ses dispositions constitutionnelles[1247]. Celles-ci posent l'égalité de tous en liberté, plus particulièrement dans la recherche du bonheur[1248]. Dans cette optique, l'inclinaison du régime moderne, sa finalité, devrait être la valorisation de l'irréductible originalité de chacun : l'authenticité [1249]. La personne type d'un tel régime d'égale liberté s'incarnerait dans la figure de l'artiste, celui qui imprègne ses activités de sa personnalité à un tel point qu'il en fait un art[1250]. Il convient de remarquer qu'un tel régime ne peut être aristocratique au sens de la philosophie classique, puisque c'est à l'expression de l'être humain, donc à l'artificiel, qu'est accordée la plus haute dignité. De surcroît, puisqu'aucun des membres du régime des artistes ne se soumet à une règle à laquelle il n'aurait consenti au préalable, il est naturel que ce régime tende vers la démocratie. De ce point de vue, ce qui est digne de la sphère publique, ce que l'on peut y défendre, relève des préoccupations partagées par le plus grand nombre, puisqu'il s'agit du groupe prépondérant – par opposition au petit nombre, aux meilleurs, au chef, etc.[1251].

Toutefois, la liberté ainsi entendue est menacée à deux titres : en amont, par la nécessité, en aval, par l'aliénation. La liberté dont chacun dispose recouvre dans les faits un rapport entre contingence et nécessité, ou entre choix et circonstances. Un individu est donc d'autant plus libre qu'il échappe à la nécessité, plus particulièrement au fait de ne pas avoir à se préoccuper de sa subsistance. À l'inverse, plus la nécessité augmente, plus la liberté est restreinte. Certes, l'être judicieux qu'est le philosophe soulignerait fort à propos que si la liberté est fonction de la nécessité, une personne qui se contente pour vivre d'un tonneau, d'un

---

cursus collégial, de son financement dans l'enseignement supérieur ou plus généralement à l'inévitable question « Ah, la philosophie? À quoi ça sert? ».

[1246] STRAUSS Leo, La Cité et l'Homme, p.123.

[1247] STRAUSS Leo, La Cité et l'Homme, p.97.

[1248] STRAUSS Leo, La Cité et l'Homme, p.117.

[1249] Soulignée notamment par Berlin, voir « John Stuart Mill and the Ends of Life » in Liberty, pp.221-223.

[1250] Objectif qui n'est pas essentiellement différent de la conception de la vie réussie préconisée par le modèle de défi.

manteau et d'une besace sera infiniment plus libre qu'une autre qui estime nécessaire d'organiser un banquet quotidien afin de discuter de choses élevées avec ses amis. Cette remarque heurterait vraisemblablement l'assemblée d'artistes à qui le philosophe s'adresse, puisqu'elle propose une règle de vie qui confère un contenu à toute liberté, ce qui s'oppose à l'autonomie qui la fonde. Dans cette perspective, l'authentique liberté réside dans le loisir et non dans le contentement. Non forcément le plaisir ludique, mais le temps nécessaire à l'examen approfondi de la règle selon laquelle l'on vivra.

Or, rares sont les personnes qui disposent de ce loisir au sein d'une société : presque tous doivent gagner leur vie, donc consacrer une partie importante de leur temps à l'acquisition d'habiletés et à l'exercice d'une profession ou d'un métier. Pour qui doit gagner sa vie, cette division du temps accorde la place prépondérante au travail : la liberté dérive plus des contraintes liées à la subsistance que du loisir dont disposent les personnes concernées. La préoccupation dominante au sein de la sphère publique porte donc sur les moyens de subsistance, plus précisément, sur l'acquisition de ressources nécessaires pour s'affranchir du travail, en vue de jouir d'une liberté authentique. Mais surtout, il s'en dégage une valorisation de l'acquisition des ressources : même si cette dernière reste instrumentale, elle devient le préalable à une véritable autonomie. De ce fait, la richesse en vient à occuper la seconde place dans la hiérarchie des valeurs. Hiérarchie relayée par l'État qui, n'imposant aucune fin et donc ne devant pas se préoccuper de la contingence, n'agit que sur le nécessaire. S'ajoute ainsi à la liberté une composante positive : l'enrichissement. Il importe de remarquer qu'il ne s'agit pas encore d'une liberté positive : la liberté négative reste l'objectif premier.

Le second écueil de l'égale liberté de la démocratie artistique en concerne l'exercice. En effet, même si la liberté procède d'un principe de respect, l'absence de guide supplémentaire qui départagerait son usage avisé de son gaspillage – en-dehors du critère

[1251] STRAUSS Leo, La Cité et l'Homme, p.147.

d'universalisation – engendre sa part d'angoisse. Il ne s'agit pas tant d'une émotion que de la conscience de la proportion entre la pluralité des fins et la justification des choix effectués.

Plus grande est la liberté, plus grande est la conscience de l'imputabilité des gestes et, conséquemment, plus il importe qu'ils soient porteurs de sens : même l'affirmation de l'absurdité de l'existence procède d'une quête de sens. Or, dans une société libre, aucune mesure transcendante ne confirme ni n'infirme le sens attribué aux gestes. Cette expérience initiale est exacerbée par la rareté du loisir au sein de chaque vie : si le temps est réduit, mieux vaut l'utiliser. Dit autrement, la valorisation de la liberté négative s'accompagne d'un désir sans objet, cette dernière étant par définition indéterminée.

C'est ainsi que l'égale liberté débouche sur une quête de l'exemplaire alimentée par le mimétisme. En l'absence d'une conception substantielle de la vie bonne, l'imitation se substitue à l'indétermination des fins[1252]. Le comportement d'autrui, en priorité celui des proches, désigne ce qui est souhaitable ou désirable[1253]. Toutefois, l'individu imitateur doit se contenter d'indices, ne serait-ce que parce qu'il ne peut s'immerger complètement dans l'esprit de son modèle. Les caractéristiques les plus manifestes constituent les indices les plus fiables. Sous ce rapport, les choses matérielles acquièrent le statut de symboles d'une liberté sous-jacente, bien qu'il ne faille pas y voir la preuve catégorique d'un matérialisme primaire : le Louvre ou tout autre musée symbolise la culture ou la liberté consacrée au savoir. Ce qui importe, c'est que ces symboles matériels coïncident avec les symboles de la richesse.

Le moyen de la liberté devient un exemple en soi et ce, d'autant plus qu'il est rare. Par exemple, si l'automobile illustre la portée de la liberté de déplacement de l'individu, la représentation n'en devient que plus forte lorsqu'il s'agit d'une Rolls-Royce ou d'une Porsche; de même en est-il de la maison, reflet immédiat de la propriété de soi. La concurrence qui en résulte entretient le désir mimétique qui devient aussi fort que le désir de

[1252] Nous nous inspirons ici des thèses de René Girard sur le désir mimétique. Voir GIRARD René, La violence et le sacré, 2e éd., Paris : Hachette Littératures, 1998. 486 p. Pluriel. ISBN 2012788971. p.217.
[1253] GIRARD René, La violence et le sacré, p.219.

l'objet même, dont on ne sait plus clairement s'il concourt à rendre libre ou s'il confirme l'usage avisé de la liberté. De surcroît, la préoccupation quasi-unanime pour la richesse entretient la reproduction des comportements tout en fournissant un exemple d'autant plus probant qu'il est partagé. La richesse, saisie à travers ses symboles, s'interpose entre l'autonomie en droits et le sujet.

La combinaison de ces deux facteurs a pour résultat l'image d'un régime fondé par convention en liberté négative mais qui promeut une liberté positive indexée aux moyens matériels, bref, une ploutocratie. Quoi que l'on puisse en penser, les représentations les plus courantes d'une vie réussie laissent une large place à la réussite professionnelle, elle-même mesurée par le revenu. De même, le mode de gratification privilégié pour service rendu n'est ni l'honneur ni l'autorité, mais d'abord les espèces sonnantes et trébuchantes. En dépit de l'écart qui le sépare de Strauss, il nous semble pertinent de citer le commentaire de Marx sur le sujet :

> *Je n'ai pas d'esprit, mais l'argent est l'esprit réel de toute chose; comment son possesseur pourrait-il ne pas avoir d'esprit? De plus, il peut s'acheter les gens spirituels et celui qui possède la puissance sur les gens d'esprit n'est-il pas plus spirituel que l'homme d'esprit? Moi qui par l'argent peux avoir tout ce que désire un cœur humain, ne suis-je pas en possession de tous les pouvoirs humains?*

La confusion ici décrite entre le pouvoir d'achat et son objet, introduit une conception de la liberté positive selon laquelle est authentiquement libre celui qui dispose des moyens de ses ambitions. De ce fait, la pauvreté ou plus exactement l'incapacité de s'enrichir, en constitue l'inverse, d'où l'importance accordée à la problématisation des systèmes de redistribution de la richesse. Quelle que soit la position adoptée sur le sujet, ce qui est sanctionné, c'est l'importance de la richesse matérielle qui devient le principal critère de reconnaissance sociale. Mais peut-être plus intimement lié à notre propos, la précipitation des bénéficiaires résulterait d'un processus de conjuration-légitimation. Sur les institutions instaurées au nom d'un principe de justice ou d'intérêts historiques donnés, se grefferait une

ritualisation par laquelle la conception de la liberté positive qui s'est substituée à l'égale liberté est rendue légitime par le sort considéré comme le moins enviable ou le moins imité. La richesse correspond bel et bien à l'authentique liberté, sans quoi, pourquoi chercherait-on à se prémunir de la pauvreté? Le bénéficiaire doit être vu comme un stéréotype pour justifier un régime qui ne s'évalue plus à l'aune d'une nature humaine. Sa condition réelle et sa trajectoire personnelle n'importent plus, il est là pour démontrer que le « système marche »; de ce point de vue, sa dévalorisation participe au processus d'imitation.

Cette expérience de pensée ne prétend pas fournir l'explication rendant superflue toute réflexion supplémentaire sur la stigmatisation. Tout au plus constitue-t-elle un cadre conceptuel à partir duquel construire des hypothèses appelées à être vérifiées empiriquement. Néanmoins, elle attire l'attention sur un problème plus directement normatif puisqu'elle signale à nouveau, s'il en eût été besoin, en quoi l'égale liberté peut être difficilement considérée comme acquise lorsqu'elle vise l'autonomie du sujet. À ce titre, il serait envisageable de soutenir qu'en dépit de la proclamation de la liberté négative, nos sociétés n'auraient jamais réellement quitté le régime de la liberté positive. Certes, celle-ci ne s'exprimerait plus en termes de fin naturellement bonne, ordonnée à un cosmos téléologique : elle aurait plutôt laissé la place à l'élévation de moyens, en l'occurrence la richesse, au rang de bien intrinsèque. En revanche, elle resterait présente sous une forme dégradée et interférerait avec les conditions d'effectuation de l'égale liberté négative.

Une considération nous semble alors devoir être retenue. Cette interaction pourrait prendre la forme d'une rivalité : la survalorisation de certains objectifs pourrait empiéter d'abord en fait, puis en légitimation, sur l'exercice de la liberté négative. Mais aussi, étant donné la variabilité de l'autonomie d'un individu à l'autre, ou du même individu au cours de sa vie, il importe de se demander si la mise en œuvre de l'égale liberté ne suppose pas l'instauration d'un rapport de complémentarité entre liberté positive et liberté négative telle

que la seconde constitue l'objectif normatif de la première, prolongeant ainsi la réflexion initiée à la fin de la première partie de notre thèse[1254].

La différence entre valeur existentielle et valeur instrumentale de la liberté illustre cette idée. La liberté est le plus souvent appréciée à titre de moyen, en vue d'accomplir une fin. Les différentes figures de l'égale liberté dworkinienne, politique, juridique, matérielle tenteraient donc de rendre l'image la plus complète possible, quoiqu'inévitablement parcellaire, de cette valeur instrumentale. Toutefois, la liberté dispose aussi d'une valeur existentielle, soit la dignité reconnue à un être capable de choisir ses propres fins, quelles qu'elles puissent être par ailleurs. En tant que contrepartie politique du caractère indépassable de l'expérience éthique du réalisme axiologique dworkinient, c'est sous ce rapport qu'elle entretient la relation la plus étroite avec l'autonomie et les principes de dignité humaine. En ce sens, la valeur existentielle de la liberté précède sa valeur instrumentale qui en constitue l'expression particulière.

C'est cette valeur existentielle de la liberté qu'il s'agirait de poser comme interprétation de la liberté positive afin de prévenir l'apparition et le développement d'une liberté positive inique qui s'insinuerait entre l'égale importance et la responsabilité spéciale, d'une part, et l'exercice de la justice, d'autre part. Toutefois, il convient de se demander comment effectuer cette opération sans immédiatement tronquer la liberté existentielle par l'imposition d'une conception particulière du bien. Qui plus est, l'exigence d'adéquation à un idéal qui définit la liberté positive s'oppose directement au traitement de chacun en égal, au moins en ce qui a trait à la conception classique de la liberté. Comment donner corps à l'idée d'un mouvement de l'individu vers une égale liberté disponible, mais non forcément acquise dans la durée, sans irrémédiablement compromettre l'exercice qui en constitue la raison d'être? Y a-t-il un sens à parler d'un éveil à la liberté dès lors qu'elle est déjà reconnue en chacun? Au vu des enjeux susmentionnés, faut-il envisager en quelque sorte de combattre le

[1254] Voir *supra*, chap.4-5-b.

feu par le feu et opposer à une liberté positive indue, qui instaure un rapport de domination, une autre liberté positive qui rétablirait l'égalité en dignité dont chacun devrait disposer? Telle est, nous le verrons dans le prochain chapitre, la position développée par le républicanisme.

Qui plus est, la position du philosophe dont la recherche sans compromis le place au-delà de la Cité rappelle que la justice ne peut pas tout et donc invite à réfléchir sur ses limites. Au sein du cadre humaniste de la modernité, l'enquête philosophique sur le bien convoque la question de l'être humain. Question éminément problématique au sujet de laquelle il serait permis de dire qu'outre sa caractérisation négative, celle de l'indétermination constitutive de l'humanité, il n'existe pas de réponse ferme. Or, lorsqu'interprété en termes d'égale liberté, la justice se rapporte précisément à cette entité mystérieuse et à son indétermination. En ce sens, la justice reconnaît et fait signe vers ce dont elle ne peut complètement rendre compte. En fait, il ne serait pas faux de dire que l'humanité représente la limite de la justice. Par contraste, les figures de l'égale liberté ne constituent jamais qu'un compte rendu partiel du traitement adéquat d'un être moralement indéterminé engendrant alors le besoin de les compléter par l'attribution de rôles. Chaque figure supplémentaire de l'égale liberté représente une attribution de rôle potentielle, vis-à-vis de laquelle il importe de se positionner car il s'agit là de l'amorce d'une conception de la vie bonne, certes générale, mais néanmoins suffisante pour que l'individu y soit réduit, et ce, d'autant plus que lesdits principes superposent les rôles : travailleur, citoyen votant, personne privée, etc. Réduction, potentielles qui appellent pour chaque figure supplémentaire de l'égale liberté une réappropriation par l'individu afin d'éviter l'imposition hétérogène d'un rôle. Dans le cadre de l'application de l'égale liberté, le citoyen ne peut être uniquement demandeur – de l'identification de ses droits, de la couverture assurantielle équitable, etc. –, il est aussi l'artisan du sens que revêt cette application. Dès lors, il convient de s'interroger sur la forme que revêt cette entreprise de réinvestissement de la justice par l'être humain.

5. UNE QUESTION DE DOMINATION : LA LIBERTÉ RÉPUBLICAINE

Notre réflexion sur le traitement de chacun en égal semble alors devoir prendre en compte eux paramètres du traitement de chacun en égal. D'une part, l'existence possible d'une liberté « positive » mais néanmoins dévoyée en cela qu'elle promeut une conception du bien, en l'occurrence l'enrichissement, tout en assimilant ce qui reste un moyen artificiel à une fin quasi-intrinsèque, avec pour conséquence l'instauration d'une structure de domination. D'autre part, la réflexion évoquée par Strauss au sujet de la relation du philosophe à la Cité a mis en lumière le caractère potentiellement réducteur de principes de justice exprimés à partir de ce dont ils ne peuvent pleinement rendre compte, à savoir un être humain qui se définit par son indétermination. La précipitation des bénéficiaires procéderait de leur relation à une communauté politique qui trouve sa justification par l'intermédiaire de représentations exemplaires.

Nous avons ainsi suggéré la possibilité qu'une conception de la justice fondée en égale liberté doive intégrer une composante positive, mesurable par exemple en capacité, qui ferait obstacle aux formes de domination qui ont cours à l'intérieur de la communauté politique et empêchent le traitement de chacun en égal. Toutefois, cette éventualité se heurte immédiatement à l'une des intuitions constitutive de la modernité qu'est le respect du pluralisme axiologique : est-il possible d'élaborer une conception de la liberté qui, tout en étant positive, ne fasse pas la promotion d'un bien particulier dont l'association avec le pouvoir d'État engendrerait une coercition morale ? De surcroît, ne s'agirait-il pas précisément du type d'obligation de rôle qui entretiennent la précipitation?

Bien que la question soit grave, tant par ses enjeux concrets que par sa complexité, il importe de ne pas immédiatement refermer la porte à l'exploration du sujet, quitte à en conclure que les aspects les plus positifs de la justice comme sollicitude doivent être abandonnés ou modifiés, notamment en ce qui concerne l'affranchissement de circonstances naturelles jugées indues. Qui plus est, rappelons que les objectifs normatifs des pratiques

sociales recouvertes par la justice comme sollicitude procèdent d'une conception du bien, soit le modèle de défi. Il est donc possible d'envisager, ne serait-ce que provisoirement, l'articulation de la justice et d'une conception du bien suffisamment exhaustive pour ne pas restreindre le pluralisme axiologique. C'est dans cette optique que nous nous pencherons sur l'apport du néo-républicanisme à la problématique soulevée, à titre de démarche potentielle d'appropriation des principes de justice et de prévention de la précipitation. En premier lieu, nous examinerons la conception républicaine de la justice pour l'appliquer au problème de la précipitation. En second lieu, nous évaluerons si et dans quelle mesure la liberté républicaine peut compléter la justice comme sollicitude.

a. Trois concepts de liberté

Le néo-républicanisme tire ses racines d'une entreprise proprement historiographique de reconstitution de l'histoire de la liberté à travers la modernité. Cette entreprise peut être résumée comme la contestation du caractère exhaustif de la célèbre distinction berlinienne entre liberté négative associée à la liberté des Modernes et la liberté positive des Classiques[1255]. Qui plus est, ainsi que nous l'avons vu dans la première partie, cette distinction prend la forme d'un antagonisme, chaque type de liberté s'exerçant au détriment de l'autre. Ainsi, la liberté négative, définie comme l'étendue d'une sphère d'action libre d'interférence, ne peut s'accorder avec la liberté positive, comprise comme origine du pouvoir d'action, en raison des conceptions métaphysiques et axiologiques qui les sous-tendent et du lien postulé entre justice et vie bonne : si la liberté comme non-ingérence se justifie par le pluralisme des convictions morales, la liberté comme maîtrise de soi dépend d'une affirmation moniste du bien pour laquelle les convictions s'ordonnent toutes à un bien intrinsèque[1256]. Dans cette optique, l'adhésion à la liberté des Modernes correspond à l'antériorité de la justice

[1255] PETTIT Philip, *Republicanism, A Theory of Freedom and Government,* 2e éd., New York : Oxford University Press, 1999, c1997. 328 p. Oxford Political Theory. ISBN 0198296428. p.18. Voir aussi, SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.131.
[1256] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.94.

sur le bien, alors que l'adhésion à la liberté des Classiques affirme l'inverse. Il s'ensuit que le pluralisme moral à l'origine de la liberté négative propose une conception neutre de la justice, qui s'abstient d'évaluer les fins poursuivies par l'individu dans les limites de ses droits, tandis que le monisme axiologique insisterait sur les devoirs de l'individu qui, pour être authentiquement libre, devrait s'accorder au bien.

Entre ces deux concepts de la liberté, il ne saurait être donc question ni de compromis ni d'alternative. Or, c'est là que le bât blesse car il est possible d'envisager une compréhension de la liberté qui, sans sacrifier le pluralisme axiologique de la Modernité, s'appuierait sur une conception de la dignité humaine dont il serait possible de dériver les devoirs autorisant la satisfaction des aspirations personnelles[1257]. Tel est le noyau du républicanisme qui conteste l'adéquation exclusive du libéralisme à la liberté des Modernes.

Puisant dans une tradition de pensée dont les racines remontent à Cicéron pour inclure dans ses rangs Machiavel, Harrington, Montesquieu, Rousseau et les auteurs des *Federalist Papers* Madison, Hamilton et Jay, le républicanisme contemporain, que nous désignerons ci-après par l'expression néo-républicanisme, est le fruit d'une redécouverte de ce qui est présenté comme la principale conception rivale de la liberté du libéralisme incarné par Locke, Bentham, Mill et, plus récemment, Rawls[1258]. Parmi les penseurs qui ont participé à cette réévaluation du paradigme de la réflexion sur la liberté, mentionnons Quentin Skinner, John G.A. Pocock, Philip Pettit et Jean-Fabien Spitz. Les positions de ces deux derniers seront examinées. Étant donné son contexte théorique, le néo-républicanisme comporte deux volets : le volet critique qui relève les limites de la liberté comme absence d'ingérence des libéraux et le volet constructif qui consiste à développer sa propre articulation des idées de démocratie, de liberté et d'égalité au sein d'une théorie de la justice.

[1257] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.125.
[1258] PETTIT Philip, *Republicanism, A Theory of Freedom and Government,* pp.43-45.

Le schème conceptuel de la liberté négative

Au delà de la définition formelle, la liberté comme absence d'ingérence concentre plusieurs registres de réflexion, à savoir une anthropologie, une ontologie de la réalité sociale et la fonction accordée à l'action collective[1259]. C'est sur ce substrat que se greffe la programmatique libérale d'une démocratie représentative dont l'exercice du pouvoir est limitée par le respect des droits fondamentaux et par l'instauration d'une scission stricte entre État et société civile. Le libéralisme apparaît ainsi procéder d'une ontologie atomiste de la société qui privilégie une vision instrumentale et dépourvue de valeur du politique, si ce n'est la protection des droits naturels dont l'être humain est le porteur. Ces trois points, atomisme, instrumentalisation du politique et droits naturels, méritent d'être approfondis pour saisir la teneur de l'alternative néo-républicaine.

L'élaboration des droits naturels désignée par le néo-républicanisme comme la synthèse libérale comme la synthèse libérale, dont Locke est le principal représentant, tire son origine des mutations de la pensée qui ont marqué l'émergence de la Modernité. C'est en fait l'abandon d'un schème de représentation du cosmos comme totalité organique hiérarchisée qui a mené à la sécularisation de concepts dérivés de la théologie[1260]. L'émergence du volontarisme théologique s'est répercutée au domaine politique, notamment quant à l'origine du pouvoir politique qui est alors vu comme le fruit d'un rapport entre ordre et consentement. Les choses n'ont pas de valeur intrinsèque dont il serait possible de tirer des lois ; au contraire, toute loi résulte d'un commandement et ne peut donc qu'être positive[1261].

En l'absence d'un ordre naturel, la hiérarchie des fins devient futile : l'étalon de la valeur est la seule entité moralement connaissable, c'est-à-dire l'être humain lui-même. D'objective, la réflexion axiologique devient subjective[1262]. Concrètement, cela signifie que

[1259] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.20 et p.442.
[1260] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.25.
[1261] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.29.
[1262] Il importe de ne pas confondre l'utilisation faite du terme « subjectif », lequel signifie ici que la valeur de vérité émane du sujet, avec le subjectivisme éthique qui nie l'existence d'une valeur de vérité transmissible entre individus.

l'environnement d'un individu n'a de sens qu'en fonction de ce que ce dernier en retire ou de la marque qu'il lui appose : c'est l'apparition du thème de la maîtrise de la nature. L'artificiel qui, chez les Anciens, était ontologiquement inférieur, prend désormais la première place dans la hiérarchie des êtres, du fait de sa transformation.

Le triomphe du nominalisme à l'issue de la querelle des universaux permet l'affirmation de la primauté du particulier sur le général ou sur le global qui n'en représente que la somme[1263]. Il devient alors possible de défendre une conception atomiste de la société et de l'unité politique qui ne sera jamais plus que l'addition de ses unités insécables, les individus. Atomisés, les individus ne trouvent pas dans la vie en société la condition de leur humanité, puisque cela reviendrait à conférer à l'ensemble une propriété que n'ont pas les parties. En revanche, la diversité des personnes, et corrélativement de leurs aspirations, explique la genèse et la nature de la société civile : celle-ci résulte d'un contrat qui régit la coexistence des désirs.

Dans le même ordre d'idées, la notion de droit qui désignait jusque là des rapports et des proportions devient un attribut du sujet lui permettant d'exprimer ses préférences et ses aspirations et de retracer son critère de définition, soit la propriété de soi et de son environnement. Dans ce contexte, le politique n'est ni une essence ni, *a fortiori*, le critère de définition de l'humanité[1264]. Conséquence dérivée des différentes activités individuelles, il s'incarne dans un outil, l'État, dont le seul rôle est la garantie de droits qui lui sont antérieurs et des termes du contrat social. Réciproquement, son intervention par le biais de la loi doit être réduite au strict minimum puisque toute interférence représente une atteinte aux droits naturels, fût-elle justifiée par une exigence de coordination des libertés.

La figure du bourgeois supplante celle du citoyen. Elle remplace l'appartenance à la communauté politique, avec ce que cela suppose en fait de vertus civiques, par les qualités

[1263] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.26.
[1264] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.32.

industrieuses liées à l'acquisition, à l'échange et à la production de marchandises et autres richesses. N'étant plus ordonnée à une vertu vers laquelle il s'agirait de guider l'individu, la justice de l'État ne correspond plus qu'à l'impartialité et à la stabilité qui facilite les échanges et la libre jouissance des richesses gagnées[1265].

Cette composition de la relation de l'État et de l'individu confère au libéralisme son trait le plus caractéristique, soit l'assimilation du politique au juridique au détriment de la morale. En effet, en raison de sa conception instrumentale, l'État tire sa légitimité non de pas de son origine mais bien de son aptitude à garantir les droits – quelles que soient les modalités de son action[1266]. L'efficacité devient alors l'objectif normatif assignable du gouvernement dans un rôle de tiers impartial, arbitrant les revendications de chaque porteur de droit. Dans cette optique, non seulement la participation de la population n'est pas nécessaire, mais elle nuit à la protection des droits et substitue l'accessoire à l'essentiel, soit la prise de contrôle de l'environnement par l'activité industrieuse[1267]. En revanche, une saine séparation des gouvernants et des gouvernés facilitera l'échange de la déférence et des libertés privées constitutif de la démocratie représentative. Le type de libéralisme qui se réclame de l'absence d'interférence semble donc surtout soucieux de garantir la marge de manœuvre des activités privées pour préserver le pouvoir des élites[1268].

La liberté s'incarnant dans l'activité productive et dans la satisfaction des aspirations, la gestion des droits par la loi médiatise les rapports humains par les choses matérielles et leur administration. Fondé en propriété de soi, le libéralisme conçoit l'être humain dans son rapport au matériel. Cette tendance est d'ailleurs renforcée par le schème conceptuel du droit qui pense les relations humaines à travers la catégorie de l'échange des choses matérielles,

[1265] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.22.
[1266] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.38.
[1267] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.37. En fait, selon cette perspective, la participation à la vie politique revêt le caractère d'un choix personnel, celui d'une profession.
[1268] PETTIT Philip, *Republicanism, A Theory of Freedom and Government,* p.45. Voir aussi, SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.22.

celle-ci se situant au croisement des territoires de l'indépendance individuelle. Ainsi, les individus

> *vivent aussi dans un univers de choses matérielles et sociales, (...) sont environnés de toutes parts par d'épaisses couches d'objets produits et échangés, par une réalité matérielle et sociale réifiée à laquelle ils se rapportent par de multiples comportements sur lesquels le droit s'efforce de réfléchir*[1269].

La médiation par le droit équivaut ainsi à la médiation par les objets matériels et leurs modalités d'échange, ce qui explique la propension du libéralisme à penser les problèmes politiques en termes de distribution et de répartition – propension à laquelle la présente thèse n'échappe pas puisqu'elle pose la question de l'égale liberté comme un problème de mesure. L'équivalence, censée garantir un traitement égal dont l'universalité compose avec la différence, masque en fait une conception de la liberté qui valorise la transaction marchande[1270]. Bref, l'État de droit, ainsi que son nom l'indique, trouve dans la sphère juridique son vecteur d'action et sa structure de pensée privilégiée. Structure de pensée essentiellement attachée à la résolution

Les apories de la liberté comme absence d'ingérence

En dépit de la postérité dont elle a joui, la synthèse libérale de la liberté et du politique ne s'expose pas moins à un certain nombre de tensions qui en minent les axiomes. Celles-ci peuvent être désignées comme l'absence de langage commun entre le droit et les polémiques éthiques de notre temps, la fondation instable des droits naturels et l'ambivalence du libéralisme.

La première tension, soit le caractère intraduisible des débats éthiques dans la langue juridique, résulte du déplacement de l'ensemble des convictions axiologiques au sein de la

[1269] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.41.

sphère privée tandis que la sphère publique s'en trouve dépourvue pour n'être que le lieu de règles de droit. Il en résulte une réduction de l'expérience morale qui se trouve amputée de sa dimension interpersonnelle pour ne plus correspondre qu'à son volet éthique, c'est-à-dire la réflexion sur les aspirations personnelles. Toute revendication à l'égard d'autrui, *a fortiori* tout jugement à l'endroit de l'État qui prétend accéder à l'être reconnu, doit pouvoir être traduit sous la forme d'une règle qui spécifie les limites de l'action d'autrui ou de l'État, sans référence au contenu de ce qui est ainsi limité[1271]. La similarité de cette tension avec la critique dworkinienne des conceptions discontinues de la morale politique est trop frappante pour ne pas être immédiatement mentionnée, suggérant d'ores et déjà une relation peut-être plus complexe qu'il ne le semble de prime abord entre le libéralisme de la justice comme sollicitude et le républicanisme.

Quoiqu'il en soit, force est de reconnaître, qu'en raison de leur teneur morale, les controverses qui occupent l'avant-scène du débat public, tels l'avortement, la thérapie génétique ou l'éducation, ne se laissent pas traduire dans le langage juridique. Notamment, en ce qui concerne l'avortement, il semble passablement réducteur de décrire la nature du débat par une simple référence à l'opposition des droits du fœtus et de la mère[1272]. Dans le même ordre d'idées, si l'éducation était uniquement question de droit à l'éducation, donc d'accès, il y aurait longtemps que la question ne susciterait plus de réaction. En ce sens, le langage des droits naturels ne semble pas adéquat pour rendre compte des dilemmes moraux qui secouent la communauté politique.

La seconde tension concerne la justification de droits naturels, antérieurs à toute législation et à l'émergence de l'obligation. Malgré sa nature séculaire, la notion de droit naturel se fonde en effet sur un principe théologique voulant que le droit positif se mesure à l'aune de la loi divine. Dans ce contexte, le droit à la propriété de soi tel que thématisé par

[1270] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.43. Élément qui, par ailleurs, va dans le sens de l'hypothèse d'une liberté positive agencée autour de l'enrichissement mentionnée dans le chapitre précédent.
[1271] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.53.

Locke répond à un devoir d'origine divine : le sujet doit se préserver afin d'accomplir les desseins de Dieu[1273]. C'est par l'intermédiaire de ce fondement théologique que le jusnaturalisme intègre le critère de justice selon lequel établir les devoirs d'un individu envers l'autre. Il s'agit de la propriété des ressources transférables qui doivent être distribuées de telle manière que personne n'en abuse ni ne les gaspille. En ce sens, l'appropriation ne constitue pas encore une fin en soi : elle n'est que le moyen privilégié d'assurer la subsistance de chacun[1274].

Néanmoins, est-il possible de soutenir une telle fondation en l'absence d'un commandement divin ? Accentuant le fondement en volonté des principes normatifs, Grotius a placé l'amour-propre au cœur de la morale pour l'étendre aux autres droits fondamentaux. Il lui était ainsi possible de postuler un fondement au droit à la préservation qui n'est pas théologique mais bien naturel – parce que partagé universellement – , pour en déduire une règle de réciprocité selon laquelle, par calcul, l'individu en vient à comprendre que s'il ne veut pas être menacé, il est de son intérêt de ne pas attaquer autrui[1275]. Si de cette perspective se dégage bien l'obligation envers autrui, celle-ci ne dispose cependant pas du statut transcendant du commandement divin puisqu'elle dépend du calcul intéressé du sujet. Il s'ensuit que le critère du juste se rapproche de l'opinion individuelle et dépend de l'appréciation que fait l'individu de sa propre situation : une personne qui estime avoir peu à perdre et peu à gagner n'aura vraisemblablement pas grandes obligations envers autrui.

La sécularisation complète des droits naturels provient toutefois de Hobbes qui place au premier plan l'intérêt bien compris et la peur de la mort. Toute forme d'obligation se trouve évacuée de ce droit fondé sur l'une des passions les plus fondamentales de l'être humain. Les devoirs n'apparaissent qu'au second temps et relèvent de l'impératif hypothétique : si l'individu souhaite prolonger son existence, il se doit de transférer sa liberté

[1272] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.54.
[1273] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.57.
[1274] Par opposition à la violence, par exemple.

naturelle au Léviathan et de lui obéir[1276]. Toutefois, cette démonstration confère à l'obligation légale une valeur strictement conditionnelle : si l'individu estime pouvoir se préserver plus efficacement en attaquant autrui ou en enfreignant la loi, il n'existe pas de principe à partir duquel lui reprocher ses actes. La réciprocité disparaît du paradigme des droits naturels, rendant ainsi nécessaire le recours à un arbitre qui contiendra les appétits de chacun par l'intermédiaire de la loi.

Ce dernier point est primordial car il est à l'origine de l'opposition caractéristique du libéralisme entre droits naturels et loi : celle-ci ayant pour fonction d'assurer la coexistence des prérogatives naturelles, elle ne peut que restreindre la liberté et non en être la source. Pour qui souhaite la maximisation de la liberté de chacun, il s'ensuit alors que l'intervention de l'État doit être réduite au strict minimum.

Or, la position hobbésienne sera reprise par Bentham qui fait de l'utilité le critère de définition des droits fondamentaux avec les apories qui s'y rattachent. En effet, la justification des droits naturels par la maximisation de l'utilité les expose à l'objection selon laquelle la satisfaction de l'utilité ne suppose pas nécessairement le respect des droits de chacun[1277]

Enfin, à titre de troisième tension, le libéralisme semble exposé à une ambivalence qui en érode l'attrait. Ainsi, toute émancipation provenant des droits fondés en absence d'ingérence semble devoir se payer au prix fort, nommément, l'atrophie du tissu social au profit de l'égoïsme et de l'indifférence généralisée[1278]. D'abord, si l'individu s'est affranchi des chaînes du cosmos finalisé et de la hiérarchie des ordres qui s'y appuyait, son horizon normatif enchanté s'est simultanément mué en une quête de sens dans un monde qui n'en porte plus. Ensuite, alors que l'instrumentalisation de la raison a garanti la subsistance puis l'opulence des sociétés occidentales, elle a aussi peu à peu occulté la réflexion sur les fins au

[1275] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.60.
[1276] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.61.
[1277] Ainsi que nous l'avons vu au cours de l'analyse du pragmatisme juridique, voir supra, chap.3-3-c. pp.215-227.
[1278] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.66.

point que la question même n'aille plus de soi. Enfin, tant le développement technologique que l'amélioration des techniques de régulation, par exemple l'assurance, laissent le goût amer d'un affranchissement acquis aux dépens de l'autonomie : il semble que plus les individus disposent de moyens, moins ils sont en mesure de contrôler leur existence, puisque cela supposerait l'acquisition de moyens supplémentaires[1279].

Confronté aux tensions du modèle libéral, celui accepte le paradigme de la rivalité exclusive de la liberté négative des Modernes contre la liberté positive des Anciens peut choisir d'assumer le relativisme et l'appauvrissement du débat public pour tenter d'en compenser tant bien que mal les effets les plus graves, ou encore il peut opter pour une forme de nostalgie en regard de l'époque désormais révolue de la métaphysique téléologique qui s'exprimerait politiquement par des prises de positions anti-Modernes. C'est cette fatalité conceptuelle que le néo-républicanisme conteste ; non seulement les variantes positive et négative de la liberté n'épuisent pas les options disponibles, mais il est possible de défendre une conception de la liberté qui ne sacrifie pas le pluralisme des sociétés moderne sur l'autel de la revitalisation de la communauté politique par l'imposition d'une conception moniste du bien. Il s'agit de la liberté comme non-domination ou, pour reprendre l'expression employée par Jean-Fabien Spitz, de la liberté politique[1280].

6. LIBERTÉ, ÉGALITÉ, PARTICIPATION

Le républicanisme est confronté au problème suivant : comment postuler l'existence d'une liberté négative qui spécifie des devoirs en proportion des droits, sans pour autant basculer du côté de la liberté positive et sacrifier par le fait même le pluralisme axiologique caractéristique de la Modernité ? La conception de la liberté proposée comme réponse articule trois niveaux de réflexion, nommément, une caractérisation de l'empiètement sur la liberté par

[1279] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.67.
[1280] Pour la liberté comme non-domination, voir PETTIT Philip, *Republicanism, A Theory of Freedom and Government,* p.50. Pour la liberté politique que SPITZ oppose à la liberté civile, voir *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.155.

le biais de la notion de domination, la conception de la liberté qui y correspond et la justification de la liberté en tant que bien intrinsèque. Ce dernier niveau intègre la participation civique à une conception de la vie bonne, du propre de l'être humain, qui constitue selon nous le noyau du républicanisme[1281].

a. Les atteintes à la liberté : interférence ou domination ?

Si la tradition libérale peut être associée à l'opposition à l'interférence volontaire d'autrui sur le champ d'action d'une personne, la tradition républicaine présente la liberté comme le remède à la domination. De manière générale, la domination peut être comprise comme la servitude à laquelle est réduite la personne qui est exposée au pouvoir arbitraire d'un agent capable d'empiéter sur la réalisation de ses projets[1282]. Pour saisir adéquatement ce qui distingue cette conception de la liberté et de l'autonomie sous-jacente, quelques précisions au sujet de la notion de servitude sont nécessaires.

Désignée aussi par l'expression domination, la servitude se différencie de la stricte interférence par sa dimension potentielle : tandis qu'un acte de la part de l'agent interférant est requis pour qu'il y ait interférence, il n'en est pas ainsi de la domination qui peut se produire sans qu'il n'y ait jamais réellement de mouvement d'une personne à l'encontre des gestes d'une autre. Seule compte la possibilité d'interférer de manière arbitraire, c'est-à-dire la possibilité pour le sujet d'agir sans rendre de comptes à la personne affectée[1283]. Ainsi en serait-il par exemple d'un seigneur généreux qui laisserait ses serfs aller et venir quand bon leur semble; il n'en resterait pas moins qu'à tout moment, il disposerait non seulement de la prérogative de les empêcher de se déplacer mais surtout de ne pas avoir à se justifier de cette

[1281] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.223.
[1282] PETTIT Philip, *Republicanism, A Theory of Freedom and Government,* p.52. Voir aussi, SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.180.
[1283] PETTIT Philip, *Republicanism, A Theory of Freedom and Government,* p.63. Voir aussi, SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.181.

décision. Il importe de noter que la domination peut autant résulter d'une action précise que d'une omission[1284].

Réciproquement, l'interférence peut ne pas résulter d'une relation de domination. Par exemple, lorsqu'un policier empêche le propriétaire d'une voiture performante de battre le record de vitesse, il y a bel et bien interférence, mais celle-ci se situe dans le cadre de la loi qui est appliquée par un agent assermenté. Répondant de ses gestes devant la loi qui fixe les conditions d'exercice de l'arrestation, le policier ne dispose pas d'un pouvoir arbitraire. Par contraste, le même policier en dehors de son temps de service ne disposera pas du même pouvoir d'interférence. Dans le même ordre d'idées, le pouvoir d'interprétation du juge intègre, limité par les balises de la doctrine établie et par les principes guidant le droit, ne provoque pas la servitude des plaignants[1285]. La domination demeure foncièrement relationnelle, soit entre un sujet dominant et un sujet dominé, cimentée par la conscience partagée de leur rapport asymétrique[1286]. Réciproquement, la liberté qui résulte de l'absence de servitude ne peut exister qu'en présence d'autrui[1287].

Enfin, l'exercice de la domination peut aussi bien être le fait d'un individu que d'un groupe. Elle sera qualifiée de *dominium* lorsqu'instauréee entre différents membres de la société civile et *d'imperium* si elle provient des institutions politiques[1288]. Ces deux modalités de la domination peuvent se combiner; ainsi, la lutte contre le *dominium* ou domination privée, peut dériver vers l'*imperium*. À l'inverse, l'*imperium* constitue l'occasion du *dominium*, ne serait-ce que celui détenu par les gouvernants ou lorsque le droit est utilisé pour conforter la position des puissants.

Cette première différence entre la domination et l'interférence rend visible la différence entre conception républicaine et conception libérale de la liberté. Dans la mesure

[1284] PETTIT Philip, *Republicanism, A Theory of Freedom and Government,* p.53.
[1285] PETTIT Philip, *Republicanism, A Theory of Freedom and Government,* p.63.
[1286] PETTIT Philip, *Republicanism, A Theory of Freedom and Government,* p.61.
[1287] PETTIT Philip, *Republicanism, A Theory of Freedom and Government,* p.66. Voir aussi, SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.185.

où la liberté comme absence d'ingérence défendue par la tradition libérale émane du sujet lui-même, toute contrainte, fût-elle légale ou non, représente un empiètement et une limitation de cette liberté. À l'opposé, la liberté républicaine s'accommode de certaines formes d'interférence, pourvu que celles-ci soient légitimes. De prime abord, le libéralisme semble donc accorder une plus grande importance à la liberté que ne le fait le républicanisme.

Néanmoins, cette conclusion peut se révéler un peu hâtive dans la mesure où l'apparente sensibilité accrue de la liberté négative serait plutôt une indifférence à la source de l'interférence : seul compte le fait de l'ingérence. De ce point de vue, la liberté négative ne peut rendre compte de la légitimité des interactions entre les individus. Le schème libéral ne percevrait donc aucune différence entre deux investisseurs qui s'associent pour fonder une industrie et un individu qui travaille au noir en-dessous du salaire minimum parce qu'il dépend du bon vouloir de son employeur. En effet, les gestes des individus concernés ne sont pas contraints : personne n'a été forcé ou empêché d'entreprendre les actions posées.

Par contraste, en raison du caractère relationnel de la domination, le néo-républicanisme est plus à même de rendre compte des inégalités de liberté, c'est-à-dire d'appréhender l'aptitude de chacun d'une part à contester les termes de sa relation avec autrui et, d'autre part, à s'assurer que personne ne puisse interférer avec les projets légitimes. À ce titre, l'actualisation de la liberté néo-républicaine est plus exigeante que la liberté négative : elle suppose le respect d'un nombre plus élevé de conditions que la seule limitation du pouvoir d'État au strict minimum qui se contente d'une règle de coexistence.

La liberté comme absence de domination : condition d'existence et institutions

La liberté qui remédierait à la servitude représente donc une garantie qui dépasse la simple abstention de la part d'autrui pour inclure l'obligation de respecter les gestes

[1288] PETTIT Philip, *Republicanism, A Theory of Freedom and Government,* p.112.

considérés comme légitimes par la communauté politique. Cette conception de la liberté repose sur trois points. D'abord, dans la mesure où il s'agit d'une liberté conçue en relation avec autrui, la liberté du sujet dépend directement de la présence d'un *alter ego*. Ensuite, chacun doit profiter d'un statut imperméable à l'incertitude et à la vulnérabilité. Enfin, la réflexion sur la liberté inclut les conditions d'apparition de la plus grande sphère possible mais ne s'y limite pas. Puisqu'elle porte sur l'origine des relations, elle doit aussi comporter un critère de différenciation des intérêts selon leur compatibilité avec l'émergence et la perpétuation d'une communauté politique qui appartienne réellement à tous[1289].

La première condition, la nécessaire présence d'autrui pour qu'il y ait liberté, résulte du caractère relationnel de la domination. Ainsi, s'il ne peut y avoir de domination qu'en présence d'une personne en mesure de soumettre autrui à sa volonté, alors son contraire, la liberté, n'est significatif qu'en présence d'autrui. Dit autrement, s'il n'est pas possible de contester l'absence d'interférence de la part d'un ermite vivant dans la réclusion la plus complète, cette « liberté » correspond plus au constat factuel d'une capacité d'action qui n'indique que peu de choses quant à sa valeur[1290]. La valeur de la liberté se mesure en effet au nombre de volontés susceptibles de s'y opposer ou de l'altérer mais qui néanmoins la reconnaissent. En ce sens, la liberté n'apparaît qu'en présence des regards que se portent réciproquement deux individus, caractéristique fondamentale qui suggère d'ores et déjà une dynamique d'union et non la simple coïncidence de plusieurs individus au sein du même espace géographique.

Dans ce contexte, la réciprocité de la relation dont émerge la liberté ne peut être garantie que par le biais des institutions publiques qui, comme barrières à la liberté de chacun pour que tous puissent cohabiter, incarnent l'espace au sein duquel se déploie la liberté par l'intermédiaire de leurs dispositions constitutionnelles et juridiques. Contrairement aux

[1289] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.179.
[1290] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.188.

conceptions négatives de la liberté, la loi ne s'y oppose pas. Cet apparent paradoxe révèle en fait le caractère qualitatif de la liberté que nous venons de mentionner. Le droit est le vecteur privilégié permettant d'assurer que certains projets s'accompagnent d'une obligation de respect ou d'abstention d'interférence. Cette assurance d'autonomie en présence d'autrui est ce qui confère une valeur à la liberté. Les droits sont protégés par la loi qui les définit publiquement et accorde à tous un statut juridique qui les protège de l'arbitraire[1291].

Cette compréhension de la liberté par la réciprocité de rapports sanctionnés par le droit fait signe vers le sens à accorder à la seconde condition, nommément, l'absence de précarité et de vulnérabilité. Ainsi, non seulement la liberté qualitative est-elle de nature relationnelle, mais son association à l'égalité des conditions est constitutive, pour reprendre la terminologie dworkinienne. En effet, si la liberté se mesure par la comparaison interindividuelle, alors deux individus sont égaux si et seulement s'ils disposent sensiblement de la même capacité d'action. Cette dernière se définit par l'absence de contraintes superflues, la non-domination se caractérisant par le degré le plus bas de contrainte compatible avec la perpétuation de la communauté politique, et leur répartition égale : les contraintes subies par une personne donnée doivent l'être aussi par les autres[1292]. Les conditions socioéconomiques inégales font partie de ces contraintes, ne serait-ce que parce qu'elles constituent l'un des moyens dont dispose l'individu pour atteindre les objectifs qu'il s'est fixés.

Mais, de manière plus déterminante, la vulnérabilité aux circonstances, fussent-elles naturelles ou mercantiles, expose les plus démunis à l'arbitraire de ceux qui disposent d'une plus grande protection. En effet, la distribution de la capacité d'action et de domination constitue un système à somme nulle : ce que l'un perd, l'autre le gagne. Si un individu n'a que peu à craindre du sort, son invulnérabilité aux actions des autres en sera accrue d'autant.

[1291] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.190.
[1292] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.195.

Réciproquement, une personne dont les circonstances matérielles sont précaires n'est pas en mesure de se prémunir des éventuelles exactions de ses concitoyens[1293].

La continuité entre les figures juridiques, sociales et matérielles instaurée par la liberté néo-républicaine est importante à trois titres. En premier lieu, la balance à somme nulle ainsi mise en relief révèle un aspect de l'inégalité qui nous apparaît primordial : il n'est pas nécessaire qu'un individu ou un groupe recherche activement à en rendre un autre dépendant : il suffit que celui-ci soit, par comparaison, dans une situation plus vulnérable[1294]. *« Toutes les fois que le pouvoir d'autrui croît sans que le mien s'accroisse en proportion, le déséquilibre qui se crée augmente mon degré de vulnérabilité »*[1295]. En second lieu, il est essentiel de remarquer le caractère interne de la relation, d'une part, de la liberté au droit et, d'autre part, de la liberté à l'égalité, car cette double relation intrinsèque signifie que le droit doit être fondé en égalité. En dernier lieu, la présence d'inégalités donne la mesure de l'assurance que procurent les droits reconnus par l'État. Si les revendications d'une partie de la population sont ignorées au point de générer une inégalité de condition en dépit d'un statut juridique semblable, il s'ensuit que tous les autres membres de la communauté politique sont eux aussi menacés puisque les droits ne garantissent plus le statut[1296]. À ce titre, ils se retrouvent également dans un contexte de domination.

Selon cette perspective, la conscience de la garantie est au moins aussi importante que les droits qui l'expriment. Ainsi, une personne qui doute de la dignité que lui procurent ses droits, telle qu'elle n'a rien à craindre d'autrui ou de l'État, sera dissuadée de mener ses projets avec toute l'assurance conférée par l'authentique liberté. Le fait que ce doute puisse être engendré par le sort d'autrui indique le caractère intersubjectif de la liberté néo-républicaine. Il s'ensuit que la réalité de la liberté dépend de la conscience partagée de l'égalité de ses détenteurs, c'est-à-dire de la reconnaissance publique de leur identité de statut.

[1293] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.196.
[1294] PETTIT Philip, *Republicanism, A Theory of Freedom and Government,* p.53.
[1295] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.196.

Dit autrement, pour qu'une communauté politique soit authentiquement libre, chaque individu doit non seulement être persuadé du caractère adéquat de la protection dont il jouit, mais aussi de la connaissance de cette protection par les autres membres qui admettent son caractère obligatoire[1297]. La relation de domination se dissout alors dans la notoriété publique de la liberté de tous. Les individus qui ne sont pas tous conscients de leur importance égale ne sont pas également libres. Cette dernière composante distingue la liberté néo-républicaine de ses variantes positive et négative. Ainsi, par rapport à la liberté négative, il sera possible de souligner la sensibilité accrue de la liberté politique aux différentes formes d'inégalités, lesquelles sont toutes intrinsèquement liées à la domination. En regard de la liberté positive, la nature subjective de l'assurance résultant du statut juridique, le fait qu'il s'agisse en premier lieu d'un sentiment de sécurité, souligne sa séparation d'une pensée de la liberté ordonnée à une hiérarchie des fins dont le critère est monolithique.

Le néo-républicanisme intègre par ailleurs un élément de la liberté positive en associant le statut publiquement reconnu et l'exercice qui le rend possible à sa conception de la liberté. Du fait de son caractère relationnel, l'obligation de reconnaissance ne peut être tenue pour acquise puisqu'elle suppose la participation des citoyens à l'action collective à titre de condition de préservation et de définition de la sphère d'activité[1298]. Il importe donc que chaque membre de la communauté politique prenne conscience du lien nécessaire entre la réalisation de ses aspirations personnelles et la participation à l'action collective, sans quoi s'instaurerait immédiatement un rapport de domination entre l'instance chargée de spécifier la sphère d'activité de chacun et les individus qui en dépendent. L'exercice des libertés publiques – droit de vote, candidature aux élections et liberté d'association – coïncide avec le déploiement de la liberté privée à titre de moyen non substituable : lorsqu'il s'agit de s'assurer

[1296] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.197.
[1297] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.200.
[1298] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.144.

d'une sphère d'autonomie, aucune autre pratique sociale ne peut remplacer la participation civique[1299].

À elles seules, ces trois composantes de la liberté comme absence de domination, nommément, l'égalité de sphère d'action, une garantie égale pour tous et la reconnaissance publique du statut qui en découle, sont toutefois incomplètes car elles supposent l'existence d'un critère de légitimité de la sphère d'action. Il s'agit en fait de la contrepartie de l'obligation de reconnaissance du statut égal d'autrui. Il est possible d'illustrer cette relation comme suit : une structure institutionnelle qui réussit à empêcher l'intrusion de chaque individu au sein de la sphère d'action de tout autre, quel que soit le moyen utilisé. Tant et aussi longtemps que chaque membre de la communauté politique ne s'estimera pas *obligé* et non uniquement *empêché* d'interférer avec autrui, il n'y aura pas de liberté. Or, l'obligation se distingue de la contrainte ou de la coercition par l'invocation d'un critère de légitimité qui la justifie. Quel est donc ce critère ?

De prime abord, l'utilité partagée semble constituer le critère de légitimation adéquat : tout individu est tenu de reconnaître la sphère d'action des autres parce qu'il désire disposer du même avantage. Néanmoins, cette réponse ne suffit pas car un individu pourrait se satisfaire d'une sphère d'action moins étendue que celles de ses concitoyens pour ne pas s'estimer obligé de les respecter[1300]. De surcroît, si l'on évoque la réflexion de Dworkin au sujet des obligations associatives, cette forme de réciprocité suppose une adhésion volontaire ou à tout le moins tacite à l'unité politique qui ne correspond pas à la réalité de la vie sociale : personne ne choisit la communauté politique dans laquelle naître. Par conséquent, il n'est pas possible de demander à un individu de respecter la sphère d'action d'autrui au nom d'un bénéfice qu'il n'a pas demandé, en l'occurrence, sa propre sphère de liberté[1301].

[1299] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.243.
[1300] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.216.
[1301] Voir *supra*, chap.3-3-d. pp.237-248.

Il importe donc d'appuyer l'obligation de respect de la sphère d'action sur un principe de réciprocité : la reconnaissance de la liberté d'autrui est obligatoire dans la mesure où des institutions justes garantissent également une liberté équivalente à la personne concernée. L'obligation fondée en réciprocité établit alors un lien d'individu à individu et d'individu à l'État qui évalue directement la nature des actions envisagées par chacun. Par opposition à la liberté négative dont le principe reste neutre quant aux fins visées, pourvu que leur coexistence soit possible, la liberté néo-républicaine établit une hiérarchie entre les fins légitimes, c'est-à-dire celles qui entretiennent ou ne combattent pas la reconnaissance réciproque des libertés, et les fins illégitimes qui nuisent à cet objectif[1302].

Néanmoins, la justification doit aller plus loin. En effet, si la réciprocité justifie l'obligation de respecter les sphères d'activité, elle repose elle-même sur une obligation antérieure : la participation publique grâce à laquelle est défini ce qui constitue une action légitime. Or, en tant que condition d'actualisation de la liberté privée, cette obligation représente pour l'individu non seulement une fin, mais aussi une fin particulière puisqu'elle détermine le critère d'évaluation des autres fins. La question qui se pose est donc la suivante : dans la mesure où le néo-républicanisme se réclame du pluralisme axiologique des Modernes, comment justifier cette fonction architectonique qui revêt les traits d'une obligation morale[1303] ? Pour y répondre, le néo-républicanisme doit proposer un modèle de la vie bonne, comparable au modèle de défi de Dworkin.

b. Nature humaine et participation politique

Néanmoins, la justification doit aller plus loin. En effet, si la réciprocité justifie l'obligation de respecter les sphères d'activité, elle repose elle-même sur une obligation antérieure : la participation publique grâce à laquelle est définit ce qui constitue une action légitime. Or, en tant que condition d'actualisation de la liberté privée, cette obligation

[1302] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.217.

représente pour l'individu non seulement une fin, mais une fin particulière puisqu'elle détermine le critère selon lequel évaluer les autres fins. La question qui se pose est donc la suivante : dans la mesure où le néo-républicanisme se réclame du pluralisme axiologique des Modernes, comment justifier cette fonction architectonique qui revêt les traits d'une obligation morale[1304] ? Pour répondre à cette question, le néo-républicanisme doit proposer un modèle de la vie bonne, comparable au modèle de défi de Dworkin.

Ce modèle, l'humanisme civique, défend une conception de l'autonomie selon laquelle l'auto-gouvernement individuel consiste à ne pas céder à la fortune, c'est-à-dire, la contingence inscrite dans le cours de évènements. Au contraire, l'être devient humain lorsqu'il surpasse le hasard et le particulier pour leur donner la forme du nécessaire et de l'universel par lesquels réaliser ses valeurs[1305]. Là où le libéralisme fait résider l'autonomie dans l'adhésion libre à un système de valeur fondée sur l'indétermination morale de l'être humain, l'humanisme civique postule l'existence d'une finalité proprement humaine, à savoir la vie civique[1306]. En effet, seule l'union civile permet à l'individu de maîtriser les flots de la fortune et du temps par la construction d'un universel, la communauté politique, grâce auquel les différentes valeurs personnelles pourront être réalisées. L'association au sein d'une communauté politique constitue un bien en soi car elle s'impose au cours des événements pour les créer et non plus les subir[1307].

Il convient de noter que l'affirmation de la valeur intrinsèque de la participation civique ne correspond pas aux conceptions monistes des Classiques dans la mesure où elle désigne uniquement la primauté et l'attachement à une forme politique jugée adéquate à la poursuite d'une pluralité de valeurs. Mais il ne s'agit pas non plus du contrat social fondé en liberté négative qui affirme la prédominance de la vie et des intérêts privés sur l'action

[1303] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.219.
[1304] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.219.
[1305] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.235.
[1306] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.231.
[1307] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.237.

collective. Selon la perspective de l'humanisme civique, la vie collective définit les possibles individuels : « L'attachement à la cité n'est pas une valeur parmi d'autres qui seraient de rang égal ; c'est la condition de possibilité de toutes les valeurs »[1308]. Si le libéralisme compréhensif de Dworkin définit la réussite de la vie par les principe de dignité humaine, soit l'égale importance et la responsabilité spéciale, l'humanisme civique défend donc une conception de la vie réussie par la vie civique. Le problème essentiel consiste donc à déterminer comment unir les individus au sein de la même vie collective de manière à obtenir une authentique communauté politique.

La communauté politique républicaine

L'humanisme civique articule trois principes qui guideraient l'instauration d'une telle communauté politique. Il s'agit de la participation universelle au gouvernement, le refus de la représentation et la séparation des pouvoirs[1309].

La participation universelle représente la condition indispensable de l'intégration de tous au sein de la communauté politique. En effet, si l'ensemble des citoyens est en mesure de se prononcer sur les enjeux publiques, non seulement les volontés particulières tendront à s'annuler, mais l'émergence d'une volonté générale deviendra possible. Or cette volonté générale correspond à l'appréhension de chaque situation particulière à partir du point de vue de la totalité. Par-delà les intérêts particuliers, chaque individu est amené à reconnaître en autrui celui envers qui il s'engage à obéir à la règle qu'ils ont élaborée conjointement[1310]. Concrètement, ce principe prend la forme de l'ouverture des fonctions publiques à la compétence et au mérite et non à la naissance, la richesse ou le rang social[1311].

Le refus de la représentation peut sembler quelque peu particulier dans le cadre des démocraties constitutionnelles contemporaines. Toutefois, il se justifie par la recherche de

[1308] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.238.
[1309] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.240.

l'égalité de sphère d'activité qui caractérise le néo-républicanisme. Ainsi, indépendamment du consentement des personnes représentées, le processus de représentation mène à leur disparition de la sphère publique au profit de celui qui a été mandaté puisqu'il prend à leur place les décisions qui les concernent[1312]. Qui plus est, l'intérêt du représentant ne correspond pas forcément à celui des représentés. Il n'est pas nécessaire que celui-ci soit corrompu au plus haut point : la simple volonté de se faire réélire pourrait le conduire à altérer la recherche du bien commun par cet objectif. De ce point de vue, la communauté politique néo-républicaine accorde la priorité aux institutions qui encouragent la participation directe dans l'élaboration de la loi.

Enfin, la séparation des pouvoirs tire son origine du régime mixte des Classiques, selon lequel les différents principes à l'œuvre dans la communauté politique doivent être représentés afin d'en assurer l'équilibre. Ces principes sont l'ordre, représenté par la composante monarchique, l'excellence, incarnée par l'aristocratie sénatoriale et la liberté représentée par le peuple. À l'époque moderne, la séparation des pouvoirs a pris la forme rendue célèbre par Montesquieu de l'indépendance du pouvoir législatif, exécutif et judiciaire[1313]. Ainsi, la mise en œuvre du droit ne pourra être l'occasion d'une relation de domination ou de corruption du pouvoir d'État par des intérêts privés, puisque l'action de chaque instance gouvernementale sera soumise aux critères de l'autre. Ainsi, la cohérence de la production législative est évaluée par le contrôle de constitutionalité, l'application des lois est assurée par des fonctionnaires qui ne participent pas à son élaboration[1314]. Bref, la séparation des pouvoirs met en place un système de contrepoids qui limitent la possibilité de conflits d'intérêts et de corruption.

[1310] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.363.
[1311] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.240.
[1312] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.241.
[1313] PETTIT Philip, *Republicanism, A Theory of Freedom and Government,* p.177.
[1314] PETTIT Philip, *Republicanism, A Theory of Freedom and Government,* p.178.

De surcroît, la séparation du législatif et de l'exécutif, respectivement qualifiés par Rousseau de « puissance qui veut » et « puissance qui peut », instaure une dynamique entre l'ensemble de la communauté politique lors de l'étape législative et la concentration de la force publique qui permet d'animer la communauté politique[1315]. En effet, les principes qui président à l'exercice des deux pouvoirs entretiennent un rapport de proportion inverse : si le pouvoir législatif obéit à un principe de délibération qui recherche la confrontation du plus grand nombre de points de vue afin de dégager la volonté générale, cette exhaustivité ralentit son activité. Or, la lutte contre la *dominium* exige une activité importante. Par contraste, alors que le pouvoir exécutif fait preuve d'une activité plus grande dans la mesure où sa cohésion de corps est plus importante, son lien avec la volonté générale est plus ténu. De ce fait, le pouvoir exécutif risque toujours de faire preuve d'*imperium*. Il appartient à la séparation des pouvoirs de conjurer cette double menace en garantissant que la loi ne s'exprime autrement que de manière générale, valant pour l'ensemble de la communauté politique et non pour tel individu précis, cependant que la fonction publique agit en relation avec des individus déterminés, mais uniquement dans le cadre de la loi. En d'autres termes, la puissance qui veut est limité par le type de contenu promulgué et la puissance qui peut est limitée par la conformité vis-à-vis de ces contenus[1316]. Dès qu'une limite est outrepassée, la domination refait surface. Il importe de noter qu'à cette première forme dispersion horizontale du pouvoir, il est possible d'adjoindre des modalités supplémentaires, telle le bicamérisme ou la séparation du pouvoir verticale entre gouvernement fédéral et gouvernement fédérés[1317].

Toutefois, la mise en œuvre de ces trois principes se heurte à plusieurs objections. Ainsi, la démocratie directe et constante est impossible à l'échelle de communautés politiques dont l'effectif dépasse le million. Bien que pouvant être atténuée, la distinction entre gouvernant et gouvernés semble difficile à réduire. De plus, si la séparation des pouvoirs

[1315] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.410.
[1316] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.411.
[1317] PETTIT Philip, *Republicanism, A Theory of Freedom and Government,* p.179.

protège des formes les plus extrêmes de despotisme, il ne s'ensuit pas que les membres des différents pouvoir ne contesteront pas la juridiction des autres dans l'objectifs de s'arroger un pouvoir accru. Il semble donc que toute institution politique, fût-elle néo-républicaine ou libérale, soit vouée à instaurer des rapports de dépendance et de domination. Comment éviter que l'autorité politique ne se transforme en *imperium* ?

La réponse, formulée par Rousseau, consiste à instituer le règne de la loi au-dessus de tout règne de l'individu[1318]. Plus précisément, la solution de Rousseau utilise la dépendance contre elle-même : puisque la dépendance vis-à-vis de la volonté d'autrui constitue le noyau de la domination, si tous sont dépendants du contenu de la loi, alors personne ne sera soumis à l'arbitraire des autres. Autrement dit, s'il n'est pas possible de faire disparaître la dépendance de la société, il est possible de l'orienter vers ce qui ne relève d'aucune volonté particulière, nommément la volonté générale. Dans la mesure où cette dernière a pour objectif la définition de ce qui est juste, le droit qui en constitue l'expression valide les activités qu'elle autorise[1319]. Il convient de ne pas y voir une variante déguisée de la tyrannie de la majorité car une volonté générale authentique ne se dégage que lorsque l'ensemble de la communauté politique a été appelée à délibérer sur les exigences de la justice à l'endroit de questions essentielles, telle les institutions politiques, l'éducation, les dispositions constitutionnelles ou les pratiques économiques[1320].

L'individu est donc assuré de la dignité de ses actions puisqu'elles sont conformes à l'approbation de l'ensemble de la communauté. Cette dignité représente alors un bouclier contre les empiètements possibles des autres qui sont eux aussi assujettis au système de droit émanant de la volonté générale. La dépendance par rapport à la volonté impersonnelle de la loi libère l'individu de l'arbitraire des volontés personnelles puisqu'elle définit non pas les conditions de coexistence de l'exercice de droits naturels, mais bien les conditions de respect

[1318] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.384.
[1319] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.385.
[1320] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.387.

par chacun des droits des autres membres de la communauté politique[1321]. Apparaît alors toute la teneur de la liberté en exercice postulée par le néo-républicanisme : l'individu participe à l'expression de la volonté générale et, par le fait même s'institue comme le citoyen libre d'une communauté politique composée de membres qui le sont aussi. En retour, la loi le libère de nouveau, cette fois à titre de personne privée, des entreprises de ses concitoyens. À l'intérieur de ce cycle se déploie la vie bonne. *« Le droit est donc un brevet d'humanité, un brevet de décence et de dignité, qui confère à celui qui en jouit la conviction que son action est proprement humaine »*[1322].

7. LA PRÉCIPITATION COMME DÉVIANCE DE L'IMPERIUM

La théorie néo-républicaine éclaire la précipitation et la justice comme sollicitude d'une lumière intéressante. En tant que menace à l'unité de la communauté politique, la notion de domination semble particulièrement appropriée pour rendre compte de la précipitation qui, rappelons-le, constitue l'altération de la communauté interprétative par l'ascription de certains membres lors de l'actualisation de ses principes de justice. De prime abord, la précipitation correspond à l'une des ambivalences du libéralisme dont l'adoption de techniques de régulation des circonstances défavorables s'accompagne aussi d'une perte de contrôle individuel et collectif – les individus précipités n'appartenant plus à part entière à la communauté politique. À ce titre, la précipitation résulterait d'un déséquilibre de la diminution du *dominium* au dépend du contrôle de l'*imperium* qui se perpétuerait par l'exclusion du groupe précipité de la participation à la vie civique. Le bénéficiaire se retrouverait confiné au volet privé de son existence et dans une relation de dépendance vis-à-vis à la fois de l'État et des autres individus.

Sans être erronée, cette interprétation du problème appelle quelques explications supplémentaires. S'il est difficile de douter de la prise d'importance du pouvoir exécutif par

[1321] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.397.

rapport au pouvoir législatif au cours du dernier siècle, il n'est toutefois pas évident de saisir en quoi un principe de justice interprétant le principe égalitaire abstrait provoquerait l'apparition d'une relation de domination. À strictement parler, l'apparition de l'*imperium* dépend de deux circonstances : l'instauration d'un droit inique qui protège les intérêts des dirigeants ou l'utilisation d'une loi juste en vue de fonder un pouvoir arbitraire. En d'autres termes, lorsqu'il y a corruption de la volonté générale par une ou plusieurs volontés particulières.

De ce point de vue, l'octroi d'indemnités selon un principe d'égale liberté ne semble pas relever de ces cas de figure. De même, la redistribution des richesses par le biais d'une loi fiscale procède plus qu'elle ne s'oppose au principe d'égalité matérielle du néo-républicanisme. En fait, à moins de supposer que les fonctionnaires des ministères chargés d'organiser le filet social détournent systématiquement une partie des montants à redistribuer, il ne semble pas que la précipitation relève de l'*imperium*. Toutefois, cette conclusion néglige deux traits importants de la dynamique de domination.

D'abord, si la domination est plus flagrante lorsqu'elle prend les traits d'une relation interpersonnelle, elle ne s'y réduit pas pour autant : il peut y avoir domination d'un actant collectif sur un groupe[1323]. Il s'ensuit qu'un individu particulier peut participer à une relation de domination sans que l'on puisse formellement lui attribuer une volonté arbitraire contre le groupe dominé. De même, à l'échelle de l'ensemble de la communauté politique, un groupe peut manifester par son esprit de corps une volonté particulière qui ne se réduit pas à la somme des intérêts de ses membres[1324]. La police, l'armée ou la magistrature sont les exemples les plus couramment mentionnés de ce type d'esprit de corps, mais cela peut être le cas de n'importe quelle organisation d'envergure, fût-elle publique ou privée.

[1322] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.399.
[1323] PETTIT Philip, *Republicanism, A Theory of Freedom and Government,* p.52.
[1324] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.412.

Ensuite, il importe de rappeler que la domination peut tout simplement résulter non pas de l'infraction délibérée de la loi, mais de la réduction de la sphère publique par le monopole de l'interprétation d'un *corpus* juridique par ailleurs édicté par la volonté générale[1325]. Il s'agit en fait d'une version plus nuancée et pour cette raison peut-être plus adéquate du reproche selon lequel le contrôle de constitutionnalité s'arroge le rôle de législateur. Le problème n'est pas tant que le juge créé une loi de toute pièce, mais bien qu'il s'impose comme unique instance d'interprétation du droit et en fait ainsi l'instrument de sa domination sur la société civile ou vis-à-vis des autres pouvoirs.

Toutefois, si cette objection peut être appliquée au pouvoir judiciaire, que dire du pouvoir exécutif ? En effet, comme nous l'avons mentionné, outre les exigences de l'intégrité, le juge est tenu par une obligation de rôle qui le rend imputable auprès de la communauté politique[1326]. La force active qui lui permet de rendre une décision augmente la visibilité du pouvoir judiciaire et de ce fait son imputabilité auprès de la communauté politique. De surcroît, sa capacité de domination reste limitée en amont, par un pouvoir d'initiative qui reste tributaire de changements constitutionnels, et en aval, par sa dépendance vis-à-vis des autres branches du gouvernement : un juge peut ordonner l'abrogation d'un texte de loi, il n'a pas les moyens d'appliquer sa décision. Tel n'est pas le cas de la fonction publique qui dépasse de loin le nombre réduit des juges qui assument le contrôle de constitutionnalité tout en disposant de la force nécessaire pour imposer son interprétation des principes.

Selon cette perspective, l'administration public acquiert un *imperium* d'autant plus important qu'il n'est pas possible de désigner un acteur individuel qui en profiterait. Toutefois, le développement de cette domination prend, dans les États contemporains, une forme particulière qui combine interprétation exclusive et raison instrumentale au sein d'un

[1325] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.414.
[1326] Voir *supra*, chap.3-3-d, pp.248-253.

déficit d'imputabilité particulièrement prégnante. Il s'agit de la domination de celle que l'on peut appeler la « Grande Anonyme », la bureaucratie.

a. Imperium et bureaucratisation de la justice comme sollicitude

Ainsi que l'évoque la distinction entre droits fondamentaux abstraits et droits institutionnels concrets, la mise en œuvre des principes de justice, qu'il s'agisse de démocratie, de droit ou de distribution des ressources, s'accompagne de plusieurs questions dont les réponses délimitent le domaine d'action du pouvoir exécutif. Il serait possible de reléguer ces questions au rang des difficultés techniques qui concernent toute activité collective d'envergure; dit prosaïquement, la gestion des affaires courantes.

Il s'agirait toutefois d'une orientation réductrice car, ainsi que Rousseau le souligne, non seulement cette activité constante caractérise le pouvoir exécutif mais elle lui assure aussi une permanence en acte dont la volonté souveraine est dépourvue[1327]. En effet, le *corpus* légal n'a pas besoin d'être intégralement révisé ou complété tous les trimestres. Cette différence de rythme d'activité induit une tension à l'intérieur de l'État : l'actualisation des principes de justice édictés par la volonté générale suppose une mise en œuvre efficace et assidue par l'administration publique. En revanche, la concentration de force active requise pour assurer cette constance tend à entretenir la primauté de la puissance qui peut, même s'il ne s'agit pas de son but explicite.

En effet, à partir du moment où un principe de justice vise une relative universalité, ne serait-ce qu'à l'échelle de la communauté concernée, il importe d'en spécifier les conditions d'application, opération qui doit au moins en partie être laissée à l'appréciation du fonctionnaire. Bien entendu, au même titre que le juge qui interprète le droit pour décider, il ne s'agit pas *a priori* d'un pouvoir discrétionnaire : les conditions d'application doivent

[1327] SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, p.413.

respecter l'esprit du principe qu'elles appliquent. Toute l'activité administrative comporte alors une dimension normative qui convoque une réflexion.

La comparaison entre l'activité du juge et celle du fonctionnaire permet d'établir que, tandis que le juge retourne à la doctrine établie pour étayer sa réflexion, à laquelle il ajoute ce qu'il estime être la meilleure réponse possible au cas présenté, le fonctionnaire chargé d'appliquer les principes doit considérer le phénomène social concerné par le principe de justice. Prenons l'exemple d'un code fiscal élaboré à partir des principes de l'égalité des ressources et articulé par le biais d'un impôt progressif sur le revenu et supposons que celui-ci prenne la forme extrêmement simple d'un seul article de loi : une échelle de revenus sur laquelle il s'agit de répartir la population afin d'effectuer les transferts nécessaires à la redistribution des richesses.

Même sous cette forme simplifiée, le ministère chargé de l'appliquer est confronté à la complexité de la société, ne serait-ce que pour identifier les individus qui composent les tranches de revenu. Il ne peut donc faire l'économie de l'élaboration d'outils dont l'utilisation suscite une réflexion normative : sont-ils appropriés? Permettent-ils d'atteindre les buts fixés par la loi? Réciproquement, en cas d'apparition d'effets pervers qui contredisent l'esprit de la loi, c'est au fonctionnaire qu'il revient d'évaluer s'il est de son ressort d'en compenser l'existence ou s'il doit remettre cette responsabilité à l'instance législative. Ainsi en serait-il d'une loi qui, en dépit de son objectif de redistribution des ressources, frapperait plus durement les personnes à revenus moyens et faibles que les plus fortunés, parce qu'elle n'inclurait dans sa définition du revenu que le travail rémunéré sans tenir compte des revenus dérivés du patrimoine – location de logements, héritages, rentes diverses, etc. Là encore, cette décision suppose une interprétation des dispositions de la loi.

La simplicité de cet exemple fictif permet de trancher rapidement la question, sans avoir à approfondir les circonstances sociales qui induisent cet effet pervers : le fonctionnaire rapportera vraisemblablement ledit effet pervers aux instances législatives, le ministre élu, qui

prendra les mesures jugées nécessaires telles une modification de la loi ou l'ajout d'articles. Toutefois, les lois réelles sont rarement aussi simples et ce, d'autant moins qu'elles sont sous-tendues par des principes de justice complexes tels ceux de la justice comme sollicitude qui articulent une reconnaissance à la fois universelle et différenciée.

Dans ce contexte, il peut sembler opportun de combler l'écart entre, d'une part, les principes et les règles de droit qui les expriment et, d'autre part, la réalité du monde appréhendée par l'intermédiaire de la connaissance accrue de ses mécanismes. Et ce, d'autant plus que les principes dégagés par l'interprétation sont justifiés. Si les règles de droit que le pouvoir exécutif doit actualiser peuvent être comprises à la lumière de principes eux-mêmes fondés sur les principes de dignité humaine, que reste-t-il à interpréter? Le discours normatif n'a-t-il pas déjà accompli tout ce que l'on peut en attendre?

L'actualisation post-interprétative serait alors guidée par l'expertise de différents spécialistes dont les compétences éclaireraient la portée et le poids qu'il convient d'accorder aux objectifs normatifs, en vue d'en déduire les politiques les plus appropriées pour la société civile concernée[1328]. Si cette solution a suscité nombre d'espoirs dans une pratique politique enfin transparente, affranchie des passions irrationnelles et intérêts mesquins de l'être humain, elle rencontre par ailleurs une difficulté que l'on peut désigner comme l'effet de filtre.

Ne serait-ce que pour des raisons de division du travail, on attend de l'expert, dans l'exécution de la loi, qu'il sélectionne les faits pertinents. Ainsi dans l'exemple précité, il lui revient de déterminer ce qui constitue un effet pervers, donc, même en lui attribuant le statut de simple relais dans l'actualisation des principes, de distinguer ce qui est digne d'être rapporté aux représentants des instances législatives[1329]. Ce faisant, le discours descriptif devient l'embryon d'une autorité épistémique : le fonctionnaire ne dit pas au souverain comment agir mais, au nom de son expertise, il connaît les informations pertinentes pour

[1328] RENAUT Alain, *La fin de l'autorité*, p.105.
[1329] ARENDT Hannah, Du mensonge à la violence, Essai de politique contemporaine, p.13.

décrire le stade post-interprétatif et ainsi assurer que toute la population bénéficie des bienfaits de la loi.

En vertu de sa position stratégique, le fonctionnaire acquiert le statut d'expert de la résolution des problèmes : sa connaissance des faits concernés par les objectifs normatifs lui permet de dégager des tendances lourdes, une vision systématique et parfois même les lois qui régissent les problèmes rencontrés[1330]. Ainsi, de filtre passif il se transforme en filtre actif, capable d'énoncer les termes selon lesquels se pose le problème et, ainsi, de le résoudre par l'identification de la liste des options disponibles. Son autorité s'en trouve renforcée puisque sa connaissance des mécanismes intimes de la société lui permet de créer les outils grâce auxquels atteindre les buts visés.

Jusqu'alors, la fonction de filtre ne semble pas poser de problèmes particuliers. Après tout, l'élément empirique intervient dans toute interprétation. Toutefois, ce qui distingue l'expert du juge, c'est l'impact de son filtre sur l'horizon normatif. Sa maîtrise des faits se traduit par la définition du possible et de l'efficace qui, à leur tour, donnent corps et contenu aux principes de justice. Le champ du devoir-être, de ce que cela suppose en termes de jugement réfléchissant, d'argumentation et de justification, est réduit au point que se pose uniquement la question de la procédure à suivre[1331].

Certes, il ne s'agit pas de la suppression des fins dénoncées par Berlin, caractéristique des utopies totalitaires. Le renversement des registres de discours est cependant là : réduit à sa plus simple expression, le but interprétatif devient un cadre vide dont la signification dépend des connaissances sur ce qui est. La liberté et les droits moraux contre l'État ne sont plus l'expression de la dignité humaine, mais ce que l'on peut autoriser simultanément au plus grand nombre, et l'égalité des ressources ne concerne plus le traitement de chacun en égal mais la croissance économique et le budget équilibré. La justification du choix repose sur les faits et non plus les valeurs : le règne du nécessaire occulte celui du sens.

[1330] ARENDT Hannah, Du mensonge à la violence, Essai de politique contemporaine, p.15.

De surcroît, cet inversement des registres de discours fonde la prétention à la légitimité du pouvoir exécutif vis-à-vis de la volonté générale. Pendant que celle-ci délibère sans fin sur des questions dépourvues de réponses, le pouvoir exécutif agit et donne des résultats dont la quantité laisse l'impression que toute activité législative supplémentaire est superflue[1332].

Du savoir procédural à la bureaucratie

Dans ce contexte, la valeur se rapporte à l'efficacité de la procédure : la liberté universelle équivaut à ce qui permet d'informer le plus efficacement possible le plus grand nombre possible.. Ainsi, les droits fondamentaux viennent à l'existence non grâce à la volonté du pouvoir constituant et du peuple réuni en assemblée, mais par les campagnes d'informations qui les propagent à tous et à chacun et le leur rappellent à intervalles réguliers. De même, une fois acquis que l'égale liberté constitue l'objectif normatif justifié par le traitement de chacun en égal, ce n'est pas sa déclinaison en différentes figures qui renseignera sur sa signification ou ses implications, mais les procédures qui identifient les moyens adéquats. Étant suivi d'effets, le savoir procédural de l'État définit le devoir-être à partir de ses réalisations, de ce qui est. Autrement dit, tronqués par la raison technique, les objectifs qui définissent le souhaitable ne sont plus en mesure de jouer leur rôle de visée normative, parce que l'on considère la pratique qui en résulte et ses conséquences comme le meilleur exemple qui en soit donné, *puisqu'il existe*.

Or, dans cette recherche de l'efficacité pour elle-même, l'espoir technocrate est voué à la déception. Face à la complexité du réel, et plus spécialement par rapport à cette partie qui concerne les affaires humaines, la procédure est victime de ce qui fait son succès. À elle seule, l'actualisation des valeurs par le savoir technique ne peut jamais prendre que la forme d'une démarche ponctuelle, valable pour un temps et un lieu donnés. Même si les conséquences peuvent s'étirer dans le temps, elles ne disposent pas de l'intemporalité des valeurs, dont la

[1331] BERLIN Isaiah, « Political Ideas in the 20th Century » in Liberty, p.78.

pertinence ne dépend pas des circonstances contingentes – *a fortiori* s'il s'agit d'un discours procédant d'une logique universaliste[1333]. En fait, c'est précisément ce qui permet au registre normatif de faire le tri des représentations de la réalité : tel un historien qui sélectionne les faits pour rendre compte ou expliquer la genèse d'une situation, les systèmes de valeurs ordonnent, agencent, bref, racontent une situation pour lui attribuer une signification qui la transcende et de ce fait, offrent un tri plus authentique[1334].

Par contraste, la nature concrète de la procédure en révèle l'aspect anecdotique. Si une procédure peut prétendre à une certaine généralisation, ce n'est qu'en ignorant les particularités des situations réelles, particularités qui menacent toujours de la rendre obsolète, à la fois en tant qu'élément technique reliant une fin à un moyen et comme explicitation en actes des valeurs exprimées par le but normatif. Afin de maintenir son emprise sur le réel, la raison procédurale n'a d'autre choix que de diviser ses procédures les rendant à la fois plus particulières, mais surtout plus partielles. Ce processus, ironiquement, rejoint le principe d'abstraction, à cela près que celui-ci ne porte plus sur la liberté de choix des individus mais sur la perpétuation de l'institution. L'entreprise d'actualisation post-interprétative se métamorphose dans la recherche de définitions de tâches toujours plus précises, tant au plan horizontal pour, à un niveau donné, être capable de faire face au plus grand nombre de situations, qu'au plan vertical, par la multiplication des niveaux.

Devant les problèmes engendrés par la sur-spécialisation des tâches, notamment en ce qui a trait à la diffusion de l'efficacité, la structure administrative se dote de systèmes de vérifications, eux-mêmes liés au corps principal par d'autres instances de communications. On reconnaîtra là la prolifération typique au sein des administrations des comités d'experts, de bureaux des communications internes ou de sous-directions qui ont toutes en commun la

---

[1332] SPITZ Jean-Fabien, La liberté politique. *Essai de généalogie conceptuelle*, p.413.

[1333] Nous reprenons la distinction de Ferry entre universalisation, c'est-à-dire, l'épreuve d'une prémisse selon tous les points de vue disponibles et la généralisation qui étend une conclusion à un grand nombre de situations. FERRY Jean-Marc, « Narration, interprétation, argumentation, reconstruction. Les registres du discours et la normativité du monde social », in *Histoire de la philosophie politique*, t.5 « Les philosophies politiques contemporaines », p.247. À ce titre, la procédure s'impose comme la conclusion dans les faits d'une entreprise de définition de la valeur dont on cherche la généralisation à la population la plus étendue possible.

[1334] BERLIN Isaiah, « From Hope and Fear set Free », in Liberty, p.257.

réingénierie de l'État et l'optimisation de la gouvernance. L'entreprise de vérification s'étend aussi à l'instance législative par l'intermédiaire des commissions parlementaires, certes en théorie limitées par la durée des mandats des commissaires élus, mais qui bien souvent se fossilisent sous la forme de commissions permanentes. Ce faisant, l'administration justifie sa prétention au monopole de l'interprétation des dispositions législatives au nom de la prise en compte des bénéficiaires.

La force active de l'administration publique est alors redirigée non plus uniquement vers la société civile mais aussi vers elle-même. C'est en cela que l'*imperium* du gouvernement entretient le *dominium* : de prime abord, la prolifération du pouvoir bureaucratique se développe en proportion inverse de l'imputabilité. Le caractère impersonnel des administrations, à l'origine gage de probité et d'impartialité, équivaut à la diffusion d'une responsabilité qui devient de moins en moins identifiable : en cas de dérapage, les rouages du mécanisme sont tellement nombreux qu'il devient à peine possible de les distinguer du grain de sable qui a induit le dysfonctionnement[1335]. Ainsi, non seulement la « grande anonyme » se préserve-t-elle des démarches qui visent à contrôler ses faits et gestes, mais la maîtrise des informations sur son propre fonctionnement alliée à sa permanence ont tôt fait de récupérer les efforts en ce sens. L'administration absorbe et, à terme, interrompt l'exécution de la volonté générale au sein de la communauté politique. L'intégrité ne désigne plus la qualité d'un gouvernement qui s'adresse à tous de la même voix, mais bien la perpétuation de son existence.

Ensuite, et c'est là l'aspect le plus paradoxal de la domination bureaucratique : bien que sa taille diminue sa capacité d'action dans la lutte contre le *dominium*, la prestation des services étant altérée, sa domination au sein du débat public ne s'atténue pas. Du fait de la place de la bureaucratie au sein des arcanes politiques ainsi que du monopole des connaissances entretenues à son propre sujet, il ne lui est pas nécessaire de disposer en droit

[1335] ARENDT Hannah, Du mensonge à la violence, Essai de politique contemporaine, p.138.

d'un pouvoir d'initiative pour, en fait, décider de la manière dont les choses doivent être accomplies. L'expert *en* administration devient l'expert *de* l'administration, celui qui sait sur quel levier appuyer pour obtenir un effet et qui, dans son rapport au public, connaît les aiguillages à aligner pour entreprendre un projet ou avoir accès aux services. Ce faisant, il altère la participation au débat public en se substituant à la voix des citoyens, qui se métamorphosent alors en bénéficiaires plus ou moins marginalisés, et, de ce fait, laisse libre cours au *dominium* au sein d'une communauté politique dont la sphère publique est désertée.

b. Une égale liberté politique plus complète ?

Étant donné le compte-rendu de la précipitation par le langage néo-républicain, est-il possible d'en déduire un principe ou une méthode qui permettrait à la justice comme sollicitude d'assurer l'intégration de tous au sein de la communauté libérale ? Cette question est bicéphale, recouvrant tout autant le problème de la compatibilité des deux conceptions de l'égale liberté et, le cas échéant, le problème de la forme que prendrait une accentuation participative de la conception de la justice de Dworkin.

Face à la première question, deux lectures sont possibles, l'une postulant la rivalité des deux théories de la justice, l'autre la compatibilité de l'égale liberté néo-républicaine et de la justice comme sollicitude. La première lecture insiste sur la neutralité axiologique des droits fondamentaux en regard des aspirations de chacun, y compris le choix de la vie civique, et conclut à la rivalité entre l'égale liberté exprimée en droits et la liberté républicaine qui s'appuie sur une conception compréhensive de la vie bonne. Dans cette optique, la primauté accordée à une interprétation entraîne l'exclusion de l'autre interprétation. La seconde lecture reconnaît les différences entre les deux libertés, mais elle les considère comme deux facettes de la même valeur, dont les différences tiennent à ce qu'elles en constituent des modalités d'exercice. Ainsi, suivant la position de Charles Larmore sur le sujet, il est plausible de considérer que la liberté s'appuie sur une conviction morale plus fondamentale, laquelle peut

concilier les deux interprétations de la liberté[1336]. À ce titre, la liberté comme non-domination compléterait la liberté en droits fondamentaux plutôt qu'elle s'y opposerait. La principale raison à l'appui de cette position est relativement simple : non seulement la justice comme sollicitude échappe aux critiques du néo-républicanisme à l'encontre du libéralisme, mais Dworkin formule des critiques similaires à l'endroit des théories utilitaristes, libertariennes et positivistes.

Il est opportun ici de rappeler les objections néo-républicaines. D'abord, le libéralisme repose sur une ontologie sociale atomiste qui empêche de penser l'union des individus au sein de la communauté politique. En second lieu, il fait de l'individu l'unique dépositaire de droits naturels, lesquels sont dérivés du droit à la propriété de soi et non de l'égalité. Enfin, le politique ne dispose d'aucune valeur intrinsèque, n'étant qu'un instrument de préservation des droits naturels susmentionnés.

Face à ce telles objections, il y a lieu de se demander si le libéralisme de Dworkin se rattache bien aux propriétés ainsi attribuées au libéralisme, soit la conception des rapports sociaux en termes d'appropriation et d'échange de biens et de services à l'exclusion des rapports moraux, l'invalidation comme source de la liberté naturelle des loi qui garantissent la coexistence des individus et la réduction de la politique à l'activité juridique.

En ce qui concerne le reproche d'ontologie atomiste, la réponse est clairement négative. Ainsi que nous l'avons exposé dans la présentation du modèle de défi, Dworkin pense la communauté libérale comme la combinaison d'entités individuelles et d'une entité collective qui ne s'y réduit pas. Qui plus est, cette ontologie sociale n'est pas uniquement descriptive, puisque Dworkin en déduit l'existence de deux unités d'éthicité, soit l'individu et la communauté, et du principe de priorité voulant que le bien-être individuel dépende parfois du bien-être collectif et d'un actant collectif commun, nommément, la démocratie

[1336] LARMORE Charles, « Liberal and Republican Conceptions of Freedom » in WEINSTOCK Daniel et NADEAU Christian, éd., Republicanism : History, Theory and Practice, 1ère éd., Londres : Frank Cass Publishers, 2004. vii, 200 p. ISBN 0714684805. pp.69-119. Le propos qui suit s'inspire

partenariat[1337]. Réciproquement, Dworkin s'oppose aux conceptions statistiques de l'action collective qu'il estime incapables de fonder les principes garantissant que le gouvernement soit effectivement celui de tous et non celui d'une majorité ou d'une élite.

En ce qui concerne les droits naturels, le portrait est plus nuancé. En premier lieu, Dworkin ne défend pas une compréhension du jusnaturalisme, fût-il moderne ou classique. En revanche, l'affirmation de droits moraux antérieurs à toute législation explicite correspond à la conception libérale de l'individu porteur de droits. Pour autant, l'agencement de droits moraux contre l'État et du *corpus* juridique ne renvoie pas l'image d'un droit instrumental, simple outil de coexistence des aspirations individuelles.

Ainsi que leur nom l'indique, les droits moraux ne s'enracinent pas dans une passion universellement partagée, mais bien dans un modèle de la vie bonne, soit le modèle de défi, qui constitue l'objectif normatif de la pratique juridique. En fait, il est possible de souligner que l'ensemble de la théorie du droit de Dworkin consiste à en affirmer la relation avec une moralité à la fois personnelle et politique. Dans le même ordre d'idées, Dworkin rejette la justification des droits individuels par la neutralité ou la liberté ; les individus ont des droits parce qu'ils sont moralement égaux et non parce que leurs intérêts volitifs doivent être satisfaits.

Dworkin ajoute une nuance à la compréhension de la liberté négative qui illustre ce dernier point. Ainsi, dans un commentaire sur l'interprétation à donner à la conception de la liberté défendue par Mill, à travers le prisme du principe de nuisance dans lequel il s'oppose à la position défendue par Gertrude Himmelfarb, Dworkin propose la distinction entre liberté comme licence et liberté comme indépendance[1338]. La première, qu'il associe au « sens plat » de la liberté défendue par Berlin, représente le degré auquel un individu est affranchi de toute contrainte juridique et sociale, tandis que la seconde désigne le statut par lequel un individu

---

de la conclusion de Larmore mais ne s'appuie pas sur la même démonstration.

est traité en égal au sens où il n'est pas assujetti par un groupe donné – par exemple, l'État ou le gouvernement[1339]. Afin d'éviter toute confusion, on remarquera que, dans ce contexte, la liberté comme indépendance n'équivaut pas à la liberté comme absence d'ingérence attribuée par le néo-républicanisme au libéralisme : cette dernière correspond à la liberté comme licence.

Dans cette optique, à travers le prisme de la liberté comme licence, toute loi représente une réduction de la liberté, tandis que selon la perspective de la liberté comme indépendance, il est possible de considérer certaines lois comme garantissant le traitement de chacun en égal, donc leur liberté. Il s'ensuit qu'il n'est pas contradictoire d'attribuer aux droits moraux une double source, à savoir le droit moral de chacun à être traité en égal et l'intégrité de l'État qui consiste à donner forme et substance à cette exigence. Il s'instaure donc un dialogue entre les deux : le droit est source de liberté par l'intermédiaire *des* droits reconnus à tous, tandis que la reconnaissance des droits attribue un sens *au* droit.

De surcroît, cette conception qualitative de la liberté, selon laquelle l'authentique liberté est normative et résulte de l'identification des domaines dans lesquels l'individu *devrait* être libre – et non simplement capable d'agir –, fonde l'association constitutive de l'égale liberté en droit et de l'égale liberté matérielle. En ce sens, Dworkin propose une interprétation de la relation intrinsèque entre liberté comme non-domination et égalité de condition postulée par le néo-républicanisme : une personne ne peut être considérée comme également libre si elle ne dispose pas à la fois de la liberté d'élaborer son projet de vie et des ressources nécessaires à sa réalisation.

Incidemment, il convient de souligner l'imbrication entre liberté en droits, égalité matérielle et égalité politique au sein de la justice comme sollicitude. Ainsi, le principe de brimade mesure la liberté à l'aune des ressources dont chacun disposerait dans une

[1337] Pour les unités d'éthicité, voir *supra*, chap.2-2-c, pour l'actant collectif intégré, voir *supra* chap.3-1-c.
[1338] DWORKIN Ronald, *PDS*, pp.373-380.

distribution égalitaire et, réciproquement, il définit l'égalité matérielle selon la liberté d'acquisition et d'utilisation des ressources impersonnelles la plus étendue possible[1340]. Corrélativement, Dworkin définit l'égalité de pouvoir en fonction de l'influence dont chacun disposerait, advenant l'égalité des ressources. Cette démarche n'est pas sans rappeler les mises en garde du néo-républicanisme au sujet de la capacité des plus fortunés de corrompre les magistrats et l'impératif de distribuer les ressources impersonnelle de manière à assurer l'indépendance matérielle de chacun[1341].

Enfin, le fondement éthique du libéralisme de Dworkin, au sein d'une vision unifiée de la valeur qui inclut d'un seul tenant aspirations éthiques et convictions morales personnelles et politiques, évoque la continuité entre mœurs, justice et liberté soulignée par le néo-républicanisme[1342]. De ce point de vue, Dworkin ne semble pas instrumentaliser la politique ; néanmoins, c'est sur ce point que les deux théories de la justice s'éloignent le plus.

La vie civique comme paramètre de la vie bonne

Le problème peut être posé comme suit : tant la justice comme sollicitude que la justice néo-républicaine s'appuient sur un modèle de la vie bonne pour justifier leurs principes ; cependant, alors que la justice comme sollicitude exprime la vie bonne en termes d'égale importance et de responsabilité spéciale, le néo-républicanisme défend l'idée selon laquelle l'être humain se réalise par l'intermédiaire de sa vie civique[1343]. Le néo-républicanisme affirme en outre la possibilité de hiérarchiser les fins envisagées, la vie civique se situant au sommet de la pyramide puisque, par sa position, elle définit la valeur des fins privées. Il serait possible de soutenir que le modèle de défi suit la même démarche en excluant les fins qui s'opposent aux principes de dignité humaine. Néanmoins, cette

[1339] DWORKIN Ronald, *PDS*, p.377.
[1340] Voir *supra*, chap.4-4-d, p.329.
[1341] SPITZ Jean-Fabien, La liberté politique. *Essai de généalogie conceptuelle*, p.365. Voir *supra*, chap.3-1-a, pp.143-149.
[1342] SPITZ Jean-Fabien, La liberté politique. *Essai de généalogie conceptuelle*, p.365.
[1343] SPITZ Jean-Fabien, La liberté politique. *Essai de généalogie conceptuelle*, p.242.

hiérarchisation prend plus la forme d'un trapèze que d'une pyramide puisque, contrairement à l'humanisme civique, le modèle de défi n'associe pas la liberté à la capacité d'une communauté politique de définir une conduite digne et décente.

Dit autrement, le problème ne tient pas tant à l'affirmation de la relation de la justice au bien, mais à l'affrontement entre deux conceptions de la nature humaine. Chez Dworkin, l'être humain se définit par son indétermination morale et sa capacité à répondre au défi posé par les circonstances, en l'occurrence mener sa vie telle que celle-ci soit porteuse de sens[1344]. Toutefois, il est de sa responsabilité exclusive d'élaborer le schème de valeur selon lequel il portera son regard sur son environnement. Par contraste, l'humanisme civique définit la nature humaine par son action publique qui consiste à matérialiser la liberté privée par l'élaboration des principes de justice.

La résolution de la tension, si tant est que celle-ci soit possible, réside à notre avis dans le sens accordé à l'idée selon laquelle la participation civique serait le moyen non-substituable permettant de réaliser la liberté. Spitz la définit comme un moyen *analytiquement lié* à la fin recherchée et donc comme son vecteur exclusif[1345]. En revanche, puisqu'elle a pour fin la liberté privée, il ne s'agit pas à proprement parler d'une interprétation de la liberté positive ordonnée à un bien naturel. Dans cette optique, la vie civique représente un paramètre du défi auquel chaque être humain vivant est confronté. Il reste à déterminer de quel type de paramètre il s'agit, souple ou rigoureux.

S'il s'agit d'un paramètre souple, la participation civique constitue un intérêt critique mais ses modalités admettent une variation selon la personne à qui il revient d'en déterminer l'intensité selon, entre autre chose, ses propres ambitions privées. À titre d'exemple, si un individu souhaite devenir bibliothécaire dans une société qui fait la promotion explicite de la culture et du savoir, son implication civique sera vraisemblablement moins importante que

[1344] Voir *supra*, chap.2-2-c, pp.109-112.
[1345] SPITZ Jean-Fabien, La liberté politique*. Essai de généalogie conceptuelle*, p.243.

s'il veut fonder une bibliothèque dans une communauté politique « béotienne et pragmatique ». S'il s'agit d'un paramètre rigoureux, le moyen non substituable qu'est la vie civique est non seulement indispensable, mais n'admet pas de variation selon les autres intérêts critiques de la personne. En d'autres termes, se présente un problème d'unilatéralité : si l'importance de la vie civique à l'égard des intérêts privés est admise, est-il possible d'admettre une influence réciproque ? En ce qui nous concerne, nous estimons que si la vie civique constitue bel et bien un intérêt critique, elle n'en demeure pas moins un paramètre souple du défi à relever.

En effet, si la vie civique constitue un paramètre rigoureux, alors l'humanisme civique doit justifier, outre l'importance de la participation publique, en quoi la valeur de celle-ci ne peut subir d'influence des autres intérêts critiques de l'individu : ceci s'avère impossible sans faire de la participation une fin intrinsèque comparable au bien par nature des Anciens. Or, il ne serait alors plus possible de faire de la liberté privée comme étant l'objectif de la vie civique. Il s'ensuit que la liberté comme non-domination peut compléter la justice comme sollicitude si la participation civique est considérée comme un paramètre souple de la vie réussie.

Ce raisonnement nous permet de proposer une synthèse entre les représentations de l'être humain du républicanisme et de la justice comme sollicitude. En dernière analyse, si l'on peut admettre que le principe d'importance égale, voulant que chacun confère un sens à sa vie, puisse être plus satisfait par une personne qui équilibre ses activités privées avec sa participation civique, il demeure néanmoins que l'intensité et la forme que prendra cette participation relèvent exclusivement de la responsabilité spéciale, sans quoi l'être humain ne peut être considéré comme autonome. En d'autres termes, une vie qui équilibre dimension publique et dimension privée peut être considérée comme plus épanouie qu'une vie dépourvue de dimension publique, sans qu'il soit par ailleurs possible d'affirmer que cette

dernière situation représente un échec ni qu'une vie entièrement consacrée à la sphère publique soit supérieure.

c. Participation contre précipitation

Admettant la compatibilité de la justice comme sollicitude et de la liberté comme non-domination, il convient de s'interroger sur les modalités concrètes qui lui donneraient forme. Cette question s'avère difficile en raison de l'appauvrissement de la sphère publique au sein des démocraties contemporaines. Les signes ne manquent pas : dépendance des plus défavorisés vis-à-vis de l'État, dépendance des salariés vis-à-vis du marché, et, en haut de la pyramide, érosion de l'imputabilité fiscale des plus fortunés qui peuvent à loisir déplacer leurs fortunes à l'extérieur de l'État dans lequel ils résident. De surcroît, le caractère de plus en plus essentiel du financement des campagnes électorales et du poids médiatique non seulement restreignent la liberté politique la plus fondamentale, celle d'être candidat aux fonctions électives, mais accélère aussi la professionnalisation d'une classe politique déjà fortement différenciée par la structure représentative. Il est parfois possible de se demander avec qui, malgré les divisions partisanes, les députés entretiennent les liens les plus directs : les autres membres de l'assemblée législative ou leurs électeurs ? Ces facteurs de domination concourent à limiter non seulement la possibilité que tous puissent être simultanément gouvernants et gouvernés, mais l'identification des moyens par lesquels inverser la dynamique de domination.

Est-il toutefois possible de suggérer un principe grâce auquel la participation civique combattrait les effets les plus néfastes de la précipitation ? Nous avons vu en quoi l'autonomisation du pouvoir exécutif portait atteinte à l'accès à la sphère publique. Du point de vue des individus précipités, il y a donc plus lieu de craindre la concentration du pouvoir exécutif que, par exemple, la représentation par l'intermédiaires d'élus par ailleurs eux aussi désarmés devant la bureaucratie. Dans la mesure où ce sont les dispositions administratives à

l'endroit des principes de justice qui condamnent les citoyens à la passivité publique, il y aurait lieu de procéder à une redistribution du pouvoir exécutif à l'échelon local, c'est-à-dire au plus près de la prestation de services.

Bien qu'une partie de la force active de la fonction publique soit ainsi redistribuée à la population, rien n'indique que son pouvoir d'action en est affecté puisque celui-ci était déjà amoindri par sa prolifération. Au contraire, une fonction publique, dont les prérogatives seraient réduites par la participation de la population, disposerait de meilleurs atouts pour respecter sa priorité : la prestation de services. Il est donc possible de proposer un critère d'autogestion : entre deux mesures qui visent la redistribution des ressources ou la compensation de circonstances malheureuses, sera préférée celle qui facilite la participation des bénéficiaires. Par exemple, à la distribution d'allocations d'assurance-emploi, sera préférée la mise sur pied d'une coopérative d'insertion sociale. Dans le même ordre d'idées, il y aurait lieu de mettre en oeuvre une structure de partage du pouvoir décisionnel qui respecte un principe de priorité locale.

Toutefois, ces deux principes qui guideraient le passage de la situation réelle à une situation sinon idéale, du moins améliorée, se heurtent au problème suivant. Si l'on admet qu'ils constituent une interprétation en bonne et due forme de la participation à la vie civique, ils représentent le type de moyen non-substituable envisagé par le néo-républicanisme. Or, du fait de leur proximité avec la fin envisagée, l'appréciation de la valeur des dits moyens non-substituables coïncide avec leur mise en œuvre[1346]. Dit autrement, le sens et les bénéfices de la participation restent flous tant que les bénéficiaires sont traités comme tels et surtout *se perçoivent* comme tels. Qui plus est, la corrélation entre le *dominium* et l'*imperium* semble indiquer une proportion entre la participation civique et les mesures de redistribution : pour se préserver de toute forme de domination, le citoyen défavorisé devrait d'autant plus s'engager dans la vie civique. N'est-ce pas là une forme, certes plus subtile mais néanmoins présente,

d'attente de comportement entretenue à l'endroit du bénéficiaire? Sans aller aussi loin que de répondre positivement à la question, il ne reste que ce rapport de proportion suppose un effort pour le moins substantiel que, bien souvent, les circonstances ne permettent pas. Dans le cadre de la situation réelle, faire de la participation civique l'unique moyen non-substituable de la liberté équivaut à échanger la lucidité contre l'espoir.

Ressurgit alors le problème de l'identification des paramètres normatifs et de la responsabilité spéciale : comment un individu peut-il être incité à participer alors que le bénéfice probable n'est pas apparent ? La condition indispensable d'une telle opération suppose une vision de la communauté politique telle que le sujet s'y représente, ce qui ne saurait être considéré comme l'expression d'une qualité innée[1347]. Se penser à la fois comme individu et en relation avec un actant collectif relève plutôt de l'acquis. Il est donc possible de déduire que l'éducation est indispensable à l'actualisation des différentes figures de l'égale liberté qui se combinent au sein de la justice comme sollicitude. Néanmoins, à instrumentaliser de la sorte l'éducation, ne risque-t-on pas par la même occasion de simplement repousser la précipitation en amont par l'instrumentalisation des élèves eux-mêmes ? Telle est la question que nous nous poserons au cours du prochain chapitre.

[1346] SPITZ Jean-Fabien, La liberté politique*. Essai de généalogie conceptuelle*, p.418.
[1347] LARMORE Charles, « Liberal and Republican Conceptions of Freedom », in *Republicanism : History, Theory and Practice*, p.103.

CHAPITRE 7. L'ÉDUCATION LIBÉRALE

Au cours de ce chapitre, nous défendrons l'idée selon laquelle l'éducation scolaire représente la solution à la précipitation, à titre de moyen non-substituable par lequel l'individu développe sa capacité de représentation. À cette fin, nous survolerons d'abord les enjeux liés à la problématisation de l'éducation. Nous nous pencherons ensuite sur le rapport de l'éducation aux autres figures de l'égale liberté et à la précipitation. Enfin, prenant pour point de départ l'esquisse de Dworkin d'un projet éducatif, nous développerons une réflexion sur la conception de l'éducation qui s'ajuste le mieux à la justice comme sollicitude. Nous nous appuierons sur la théorie de l'éducation d'Amy Gutmann qui restitue, conjointement avec la conception de l'éducation de John Stuart Mill, ce qui nous semble être la principale alternative au sujet d'une éducation fondée en égale importance et en responsabilité spéciale. Après une première confrontation de ces deux systèmes, nous en proposerons une synthèse qui nous semble nécessaire en raison de leurs limites respectives.

1. PRODUIRE LES PRODUCTEURS : ÉDUCATION JUSTE, ÉDUCATION À LA JUSTICE

À proprement parler, l'évocation de l'éducation pour combler les problèmes rencontrés par la justice comme sollicitude ne manquera pas de soulever des réserves car elle laisse l'impression d'une stratégie qui inonderait une cave pour éviter les infiltrations. En effet, si l'on peut raisonnablement définir l'éducation comme, négativement, l'obtention de ce qui nous manque et positivement, le processus de croissance et la somme des influences

sociales qui répondent à ces manques et orientent le devenir, au-delà de cette conceptualisation générale, le consensus s'effrite rapidement[1348].

En effet, à partir du moment où l'on envisage de lui conférer une forme concrète, l'éducation se révèle être une entreprise idiosyncratique dont le bilan coïncide avec la mise en bière de la personne concernée. L'invocation fréquente de la culture comme point de référence est tout aussi susceptible d'acceptions diverses que le processus éducatif qui devrait en constituer le moyen. Qui plus est, du fait de l'indétermination de l'être humain, ou, ce qui revient au même, de l'étendue de son adaptabilité, les sources potentielles de son éducation – résumées par la triade de Rousseau, « de la nature, ou des hommes ou des choses » – sont considérables et font ainsi d'une éducation exhaustive un horizon inatteignable[1349]. Du fait de cette exigence de sélection à l'œuvre dans la réalisation de l'éducation, la réflexion à son sujet se morcelle en trois thèmes principaux, respectivement sa fin, ses moyens et son contenu, pour devenir le lieu d'interrogations dont le nombre n'a d'égal que la pluralité des réponses. L'éducation se réduit-elle aux institutions scolaires et universitaires? Doit-elle comprendre un contenu moral? Lequel, d'un système d'éducation privé ou public, est le plus juste? Quelle relation entre l'éducateur et l'élève? Quelles ressources lui consacrer? Pédagogie ouverte ou traditionnelle? Bref, s'il existe un thème aussi controversé que la justice, c'est bien celui de l'éducation.

Controverses compréhensibles car toutes engagent, de manière plus ou moins immédiate, d'une part, l'idée que l'on se fait de l'être humain[1350], donc supposant ne serait-ce qu'une ébauche de ce qui est proprement humain dans l'humain et, d'autre part, les modalités par laquelle une communauté transmet à ses membres ce qui est jugé digne d'intérêt et par là

[1348] À ce sujet, voir DE KONINCK Thomas, *Philosophie de l'éducation, Essai sur le devenir humain*, préface de Federico Mayor, postface de Mohamed Achaari, Alain Chanlat et Abdelkarim Errouaki, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 2004. 296 p. Thémis philosophie. ISBN 2130517390. p.8. ROUSSEAU Jean-Jacques, *Émile ou de l'éducation*, chronologie et introduction par Michel Launay, 1ère éd., Paris : Flammarion, 1966. 629 p. Garnier Flammarion. ISBN 2080701177. p.37. GUTMANN Amy, *Democratic Education*, avec une nouvelle préface et épilogue, 2e éd., Princeton, New Jersey : Princeton University Press, 1999. xiv, 348 p. ISBN 0691009163. p.14.

[1349] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.19.

[1350] Pour une illustration du lien entre éducation et représentation de l'être humain, plus particulièrement en relation à la représentation de l'enfance, voir RENAUT Alain, *La libération des enfants : contribution philosophique à une histoire de l'enfance*, 1ère éd., Paris : Hachette littératures, 2003. 456 p. Pluriel. ISBN 2012791190, notamment p.277 et suivantes.

même, fixe les conditions de la reproduction sociale consciente[1351]. Or, non seulement est-il possible d'offrir à ces deux questions des réponses allant de l'agnosticisme le plus complet – l'être humain est un mystère qui n'est pas susceptible de connaissance fondée, la reproduction de la société relève de l'accident – à des conceptions particulièrement causalistes – l'être humain se définit par son ADN, la reproduction sociale a pour vecteur la connaissance scientifique – mais leur relation même est problématique, en raison des controverses qui résultent de leur polysémie. En effet, tandis que l'éducation de l'être humain met l'accent sur les conditions de développement d'une identité, fût-elle tournée vers l'adéquation à un modèle ou, à l'instar de sa compréhension narrative, développée par le sujet, l'éducation reproductive insiste plus volontiers sur les contenus transmis, autorisant ainsi l'insertion de la communauté dans la durée. La combinaison de ces deux termes au sein d'une conception de l'éducation ne peut donc être considérée comme acquise. En fait, au contact des contraintes de temps – on ne peut tout connaître – et matérielles, il y a lieu de supposer que la question de leur compatibilité revêt l'aspect d'une hiérarchisation.

Or, et c'est probablement là l'aspect le plus proprement politique de l'éducation, si tant est que la politique désigne le bien commun, de cette hiérarchisation entre représentation de l'être humain et reproduction sociale dépend le traitement réservé à ceux qui ont le plus besoin d'éducation, en l'occurrence, les enfants. Compte tenu d'une maturité qui n'est pas encore pleinement développée et maîtrisée, leur dépendance envers les adultes pour leur survie physique, affective et intellectuelle les place dans une situation d'altérité vis-à-vis de leurs éducateurs. Néanmoins, cette dépendance recèle en elle-même les possibles en l'absence desquels la perpétuation de la communauté serait aussi dépourvue de sens que son interruption brutale. La perfectibilité de l'enfant, ce passage de l'être puéril à l'humanité

[1351] Nous reprenons l'expression utilisée par Amy GUTMANN, voir *Democratic Education*, p.14. Il convient de noter le parallèle entre cette notion et la thématisation de la société d'individus proposée par Éric Deschavanne et Pierre-Henri Tavoillot dans *Philosophie des âges de la vie*, p.426. Michael WALZER qualifie l'éducation de « programme de survie sociale », voir *Sphères de justice : une défense du pluralisme et de l'égalité*, p.279.

adulte, contient la promesse d'une société meilleure[1352]. Toute la valeur des clarifications conceptuelles au sujet de l'éducation se mesure à l'aune de cet enjeu qu'est la relation à un petit être humain dont on souhaite qu'il devienne autonome mais dont l'exposition au projet éducatif pourrait l'en priver, advenant son insuffisance ou son caractère inapproprié.

De ce point de vue, tenter de répondre aux apories d'une conception de la justice aussi complexe que celle défendue par Dworkin par l'intermédiaire d'une notion non moins controversée, en ce qu'elle recouvre une pratique susceptible d'engendrer des injustices considérables, semble procéder d'une volonté avouée de chercher les difficultés. Néamoins, tout en admettant la nature englobante de l'éducation en regard de la vie d'une personne, au point de suggérer que la vie est éducation, cette dernière, en tant qu'activité, se partage entre les différents vecteurs de transmission qui influencent la construction de l'identité et de la sorte balisent la réflexion à son sujet. Ainsi, il sera possible de distinguer l'éducation transmise par le biais d'institutions ou de groupes dont l'action est explicitement orientée vers la propagation d'un *corpus* jugé approprié, de l'éducation qui trouve son origine chez les proches du sujet, au premier chef desquels, les parents, et au sein de son environnement immédiat ou de celle qui résulte de sa propre initiative – par exemple,la fréquentation de bibliothèques, de musées ou de salles de théâtre.

Malgré le caractère formel des distinctions proposées, il apparaît d'ores et déjà que l'éducation institutionnelle entretient un lien plus immédiat avec la justice que ses contreparties familiale et personnelle. Ainsi, si les relations éducatives personnelles sont susceptibles d'évaluation et jouent un rôle important dans l'évolution de l'individu, la composante scolaire de l'éducation institutionnelle correspond plus exactement au caractère délibéré et social de la reproduction sociale consciente. De fait, l'éducation parentale s'exerce à l'échelle individuelle et l'influence du milieu social n'est pas le fait d'une volonté

[1352] En ce qui concerne l'apparition de la perception de l'enfant comme perfectibilité, voir RENAUT Alain, *La libération des enfants : contribution philosophique à une histoire de l'enfance*, p.284.

déterminée[1353]. Quant à l'éducation recherchée par le sujet lui-même, il ne s'agit pas à proprement parler d'une démarche de reproduction dans la mesure où le ou les auteurs des contenus culturels acquis n'avaient pas forcément pour but que ceux-ci soient transmis, ni n'avaient entrepris les démarches nécessaires à cette fin.

Reprenant l'idée émise par John Dewey, il est possible d'attribuer l'apparition des systèmes scolaires à l'accumulation des connaissances à travers le temps, ce qui a rendu la seule transmission par l'exemple parental insuffisante à assurer la reproduction sociale. De ce point de vue, la transmission des connaissances revêt immédiatement une dimension collective et pose donc des questions de justice, qu'il s'agisse de l'importance des ressources consacrées à cet objectif – par opposition à d'autres objectifs collectifs – de la sélection des connaissances à transmettre, des personnes à qui les transmettre et du rôle des pouvoirs publics dans ces différents domaines. Par conséquent, même si toute éducation comporte une dimension sociale, sa composante institutionnelle se prête plus directement à une action collective.

Outre le point de repère fourni par le type de vecteur de transmission, il est possible d'attribuer une propriété architectonique à la question de la finalité, dont la réflexion sur les moyens et le contenu sont dérivés[1354]. Ce point vaut la peine d'être mis en relief, non pour le simple plaisir de proclamer pompeusement la suprématie de la réflexion normative, mais afin d'éviter un écueil. En effet, dans le cadre de la distinction entre contenus, fins et moyens, le discours entretenu à leur sujet se prévaut à juste titre de données moins controversées, si ce n'est plus probantes. Ainsi, la réflexion pédagogique peut s'appuyer sur les connaissances en psychologie du développement ou sur les recherches menées en sciences de la communication tandis que celle portant sur la distribution des ressources bénéficie des modélisations économiques et en recherche opérationnelle.

[1353] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.15.
[1354] Voir, à titre d'exemple, STRAUSS Leo, *Le libéralisme antique et moderne*, p.23, GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.4 et p.153, WALZER Michael, *Sphères de justice : une défense du pluralisme et de l'égalité*, p.280, DE KONINCK Thomas, *Philosophie de l'éducation, Essai sur le devenir humain*, p.10.

Le rapport entre le caractère vérifiable de ces données et l'intensité des controverses incite parfois à tenter de réduire la discussion à la seule question des moyens : le développement de l'enfant ou la gestion efficace des ressources indiqueraient la chose à faire. Or, sans crier au paralogisme naturaliste et quelle que soit leur validité, les données disponibles ne peuvent à elles seules démontrer leur pertinence normative tant par rapport au moyen envisagé – la gestion de classe, la didactique de telle ou telle matière ou la répartition des budgets – qu'aux objectifs eux-mêmes. À ce titre, la question de la justification de la finalité de l'éducation est primordiale.

L'une des questions qui concernent la finalité de l'éducation scolaire se démarque par les polémiques qu'elle suscite, à savoir la présence d'une composante morale au sein de l'objectif assignable à l'éducation. L'éducation scolaire a-t-elle pour but la formation du caractère moral ou l'acquisition d'aptitudes à la réflexion éthique chez les enfants? En effet, tout en se gardant de réduire l'ensemble de la réflexion sur ses fins à cette question, force est de reconnaître que, dans la mesure où l'éducation concerne la culture de la personne, son objectif normatif détermine ne serait-ce qu'implicitement les conditions de sa conception de l'agir et de la construction de son système de valeurs. En raison du pluralisme axiologique de nos sociétés qui lui sert d'arrière-plan, l'éducation convoque donc de difficiles questions au-dessus desquelles plane toujours le spectre d'une morale d'État vouée au contrôle des consciences[1355]. Ainsi, quelles convictions morales transmettre? Qui serait chargé d'en déterminer le contenu? Comment prendre en compte les convictions dissidentes?

À l'inverse, il serait difficile d'ignorer le problème; même une conception de l'éducation dont l'objectif serait parfaitement neutre défendrait par défaut une conception du bien, en l'occurrence celle qui consiste à évacuer la totalité de l'éducation morale des institutions publiques[1356]. De même, tout en reconnaissant les risques inhérents à l'utilisation

[1355] Ou de toute autre collectivité puisque, comme nous le verrons, l'État n'est pas la seule instance normative en matière d'éducation. Ainsi les différentes Églises, les organisations professionnelles ou partisanes, tels les "Pro-Vie" ou les "Pro-Choix", les idées "consensuelles" et les lieux communs de tel ou tel groupe social.
[1356] Nous nous inspirons d'un raisonnement de GUTMANN au sujet de la conception de l'éducation de J.S.MILL, Voir *Democratic Education*, p.34.

de ce qui est indéniablement devenu une institution de masse en vue de transmettre un système de valeurs, il y a lieu de se demander dans quelle mesure la démocratie constitutionnelle qui repose sur la sanction populaire pour déterminer ses politiques, peut se préserver comme telle sans inculquer à ses futurs citoyens un minimum d'aptitudes à la réflexion civique, quitte à ce que celles-ci restent purement procédurales. Étant donné ces deux éléments, relation plus directe des institutions d'éducation à la justice et priorité de la question des buts de l'éducation, nous restreindrons notre propos à la question de l'éducation morale au sein des systèmes scolaires : une éducation scolaire dont le but serait d'inculquer les valeurs de la justice comme sollicitude constituerait-elle un remède approprié à la précipitation?

a. Deux axes de réflexion

De prime abord, l'éducation conçue comme l'action de former l'esprit d'une personne en vue d'une fin donnée ne peut être délestée de sa charge éthique. En ce sens, la responsabilité de l'enseignant et du système dans lequel il exerce sa fonction est considérable : si l'avenir de l'élève ne s'y joue pas intégralement, une grande part de ses activités à venir y est tout de même déterminée[1357]. En effet, dans la mesure où l'enseignement joue un rôle déterminant dans l'éclosion et le développement des aptitudes du futur adulte, il prend part indirectement à la composition des lieux communs de la collectivité : soit par défaut, s'il est dépourvu de contenu moral explicite, fruit d'influences inconscientes ou parentales, soit par la transmission d'un ensemble de convictions[1358]. Incidemment, on soulignera que dès qu'un système d'éducation dépasse le modèle préceptoral – un enseignant pour un élève – pour s'incarner dans un modèle scolaire, il fait la promotion des valeurs procédurales nécessaires à la coexistence d'une pluralité d'élèves dans le même

[1357] RENAUT Alain, *La libération des enfants : contribution philosophique à une histoire de l'enfance*, pp.230-231.
[1358] RENAUT Alain, *La libération des enfants : contribution philosophique à une histoire de l'enfance*, p.254.

lieu et à la transmission du savoir[1359]. Ainsi, ce que Gutmann désigne par l'expression curriculum caché – *hidden curriculum* – imprègne nécessairement les systèmes d'éducation organisés. Cette insertion de l'éthique dans la question des objectifs de l'éducation engage deux questions supplémentaires qui en constituent les deux volets. Il s'agit de la relation des élèves d'une part à leurs éducateurs et, d'autre part, à l'autorité éducative : à qui revient le droit de définir le but, donc le contenu de l'éducation?

La première question ne se limite pas au problème du traitement des élèves à l'intérieur de la salle de classe, bien qu'il en constitue une manifestation. Plus fondamentalement, c'est la représentation de l'enfant qui se trouve convoquée. En effet, puisque l'éducation au sens large s'adresse en premier lieu aux enfants, en tant que personnes porteuses du plus grand potentiel, le traitement qui leur sera accordé signale la distance qui les sépare des adultes qui les éduquent et, dans la mesure où devenus eux-mêmes adultes la même tâche leur reviendra, signale au moins indirectement le but assigné à l'éducation. Dit autrement, la représentation de l'enfant contribue à l'orientation de l'éducation et constitue la base de son objectif normatif.

Le lien entre le but de l'éducation et la désignation de l'autorité éducative est un peu moins immédiat, ce qui n'implique pas qu'il soit moins important. De fait, le but assignable à l'éducation est indépendant de l'identification de l'instance chargée de le spécifier. Une fois décidé, par exemple, que l'objectif principal d'une éducation serait la formation aux professions libérales, il importerait peu que cet objectif ait été fixé par un comité d'experts, des représentants élus ou une association privée. Toutefois, dans la mesure où le but assigné à l'éducation constitue la principale modalité de reproduction sociale consciente, ce en vertu de laquelle la société se perpétue, la procédure pour le déterminer engendrera une congruence plus ou moins marquée de la société avec elle-même. Puisque les élèves représentent les citoyens de demain, l'instance détenant l'autorité éducative incarne déjà les prémisses d'une

[1359] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.53.

représentation du devenir humain et donc, à défaut d'un but précis, d'un type de but. Un système d'éducation dont le but serait exclusivement déterminé par un groupe d'experts à l'exclusion de toute participation représente une prise de position substantielle soit, dans le cas précis, la conviction selon laquelle les individus ne sont pas tous en mesure de déterminer les valeurs qui guident la reproduction sociale. Réciproquement, les représentations de l'enfant définissant sa reconnaissance comme une personne égale déterminent partiellement le partage de l'autorité éducative.

2. L'ÉDUCATION CONTEMPORAINE

« L'éducation est cet espace où le monde des adultes vit son rapport (familial et pédagogique) à l'enfance »[1360]. Cette remarque d'Alain Renaut résume le lien qui unit représentation de l'enfance et éducation. De la manière de conceptualiser la distinction entre l'adulte et l'enfant dépendra donc la caractérisation des fins de l'éducation. De ce point de vue, l'adulte et son monde représentent la fin provisoire de l'éducation. Provisoire, car le point de repère fourni par les éducateurs est lui-même problématique, tant en ce qui concerne la représentation de ce qu'est un adulte, que le fait qu'ils soient eux-mêmes les produits d'une éducation susceptible d'améliorations ou de modifications : l'adulte ne peut donc être considéré comme un étalon parfaitement fixe[1361].

Le recours à l'histoire permet de distinguer trois moments qui ont défini la relation éducative de l'adulte à l'enfant, à savoir l'éducation des Anciens, des Modernes et des Contemporains[1362]. Selon les Anciens, l'éducation procède d'une compréhension de l'enfance comme différence essentielle qui, par le biais d'une séquence d'initiations scandée par les âges de la vie, doit être menée à l'identique. Dans cette optique, l'enfant ne correspond pas encore à ce qu'il sera par nature et vit donc sous le régime de la dissemblance[1363]. Par la suite,

[1360] RENAUT Alain, *La libération des enfants : contribution philosophique à une histoire de l'enfance*, p.16.
[1361] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.22.
[1362] Nous reprenons la terminologie utilisée par Alain RENAUT in *La libération des enfants : contribution philosophique à une histoire de l'enfance*, p.18.
[1363] RENAUT Alain, *La libération des enfants : contribution philosophique à une histoire de l'enfance*, p.17.

il accèdera à son devenir en empruntant un chemin fixé *a priori* par l'étalon naturel, en l'occurrence, le plus haut degré d'excellence de l'esprit humain[1364].

Cependant, étant donné la disparité des dons naturels, tous ne peuvent espérer atteindre ce niveau : la relation à l'enfance reproduit l'altérité radicale entre non-philosophes et philosophes. Altérité qui se reflète, au sein du groupe des non-philosophes, entre gentilshommes, c'est-à-dire ceux dont l'aisance matérielle les libère du besoin de gagner leur vie, et les autres qui doivent travailler pour vivre. Aux premiers sera inculquée une éducation libérale qui, au sens antique du terme, forme le goût et le caractère pour l'étude des choses publiques, tandis qu'aux seconds sera réservée une éducation religieuse, considérée comme la transmission des mythes fondateurs de la Cité[1365]. D'un point de vue hiérarchique, l'éducation des enfants représente un système clos au sein duquel les différentes finalités, entre philosophes et non-philosophes, gentilshommes et vulgaires, sont déjà déterminées et correspondent chacune à un héritage précis[1366].

Par contraste, la représentation qu'entretiennent les Modernes au sujet de l'enfance inverse la donne. Appuyée sur la conception d'une humanité dont les membres naissent « libres et égaux », la relation à l'enfant se détache du mode de l'altérité ou de la fragmentation des essences, pour prôner l'unité du genre humain[1367]. Dans ce contexte, l'enfant est d'abord perçu comme un semblable dont la différence tient à ce que l'exercice de sa liberté n'est pas encore entièrement maîtrisée. De puissance qu'il s'agissait d'ordonner à une nature qui lui assigne sa place au sein de la société, il est passé, lors du premier humanisme puis du moment lockéen, à une liberté comme ouverture à tous les possibles : aussi bien la liberté ordonnée à la raison que la passion pour l'empire, c'est-à-dire l'imposition de caprices à autrui[1368]. La tâche de l'éducation consiste alors à transformer ce

[1364] STRAUSS Leo, *Le libéralisme antique et moderne*, p.18.
[1365] STRAUSS Leo, *Le libéralisme antique et moderne*, p.37.
[1366] RENAUT Alain, *La libération des enfants : contribution philosophique à une histoire de l'enfance*, p.17.
[1367] DESCHAVANNE Éric et TAVOILLOT Pierre-Henri, *Philosophie des âges de la vie, Pourquoi grandir, Pourquoi vieillir?*, p.323.
[1368] RENAUT Alain, *La libération des enfants : contribution philosophique à une histoire de l'enfance*, p.229 et p.235.

potentiel en autonomie dont l'adulte fournit le modèle, modèle qui se définit dès lors par son ouverture aux possibles[1369].

Cette première affirmation de la liberté humaine apposait sans équivoque un cadrage théologique à l'éducation, nommément, la rédemption du péché originel par lequel l'être humain a été déchu de sa liberté naturelle. De cet objectif normatif clair, il était passablement aisé de déduire le traitement à accorder aux élèves, plus particulièrement les méthodes et contenus visant à préserver la liberté naissante, tout en la restreignant afin d'en éviter la dérive[1370].

Or, dans le contexte de pluralisme axiologique et d'affirmation de la liberté comme indétermination qui marque notre époque, un tel point de repère est désormais absent. La dynamique de l'égale liberté qui s'est peu à peu imposée s'étend donc à la personne de l'enfant pour en faire, en lieu et place d'un potentiel, un être humain à part entière pourvu à la fois de la même dignité que tout autre et de ses irréductibles différences[1371]. De cette déconstruction dont Rousseau a été l'initiateur est apparue la nécessité de penser l'enfance à partir d'elle-même et non plus selon une nature humaine posée *a priori*, fût-elle pensée en termes de liberté[1372].

Le corollaire qui l'accompagne consiste en l'émergence d'une question qui encadre encore la pensée contemporaine de l'éducation, à savoir celle du rapport entre la spécificité d'une enfance qu'il importe de protéger, et la nécessité de ne pas voir dans cette protection le prétexte de la négation de l'humanité originelle de l'enfant. Dit autrement, s'il n'est plus possible de considérer l'enfant comme un adulte miniature en voie de devenir un adulte accompli, comment saisir le propre de cet âge de la vie de telle manière qu'il s'épanouisse à la mesure d'une perfectibilité *a priori* indéterminable[1373]?

[1369] RENAUT Alain, *La libération des enfants : contribution philosophique à une histoire de l'enfance*, p.261.
[1370] RENAUT Alain, *La libération des enfants : contribution philosophique à une histoire de l'enfance*, p.260.
[1371] RENAUT Alain, *La libération des enfants : contribution philosophique à une histoire de l'enfance*, p.325.
[1372] RENAUT Alain, *La libération des enfants : contribution philosophique à une histoire de l'enfance*, p.268.
[1373] RENAUT Alain, *La libération des enfants : contribution philosophique à une histoire de l'enfance*, p.327.

Changement de paradigme dont on ne saurait sous-estimer l'importance puisqu'il consiste à comprendre l'enfance comme une dimension de l'humanité, un devoir-être qui s'acquiert au cours d'un processus non réductible au seul écoulement du temps et qui peut être altéré ou gâché par des circonstances tant accidentelles que volontaires – par exemple, lorsque l'enfant naît handicapé ou destiné à un certain statut ou à une profession déterminée[1374]. La perfectibilité se comprend ainsi comme l'accès à une liberté propre à l'enfance. La compréhension de l'enfant n'est plus articulée en termes de manque – l'enfant n'est pas un adulte – mais selon une positivité qu'il reste à définir. En effet, à l'instar des autres âges de la vie, l'enfance laisse l'impression d'un composé subtil de forces et de faiblesses. Forces par la relation privilégiée de l'enfant au temps qui ne lui est pas encore compté et dont il signale la relation à l'espoir[1375]. Faiblesses parce que cette ouverture à l'avenir l'empêche de s'approprier une identité narrative qui, faute de temps passé, reste aux mains des adultes qui l'entourent[1376]. De même, l'émerveillement qu'éprouve l'enfant au contact d'une réalité qui n'a pas perdu à ses yeux sa dimension inédite lui ouvre un horizon dégagé de préjugés, d'évidences ou d'autres « bien entendus »[1377]. Toutefois, comme celui-ci s'accompagne d'une absence d'expérience, il peut en résulter une contradiction émanant d'un discernement pénétrant combiné à de faibles capacités de faire face aux aléas qui risquent alors de laisser une empreinte qu'il n'a pu faire sienne[1378].

Ce problème a un impact considérable sur l'éducation puisqu'il en formule la question selon les termes d'une reconnaissance et d'une protection, deux paramètres qui participent d'un rapport appelé à changer au cours du développement de l'enfant. Or l'équilibre entre ces deux termes est nécessaire pour prévenir les dérives. Ainsi, la reconnaissance conduit à l'affirmation d'une égalité donc d'une responsabilité qui, à trop être précoce, occulterait l'enfance de l'enfant; ce phénomène trouve ses incarnations les plus dramatiques dans le

[1374] RENAUT Alain, *La libération des enfants : contribution philosophique à une histoire de l'enfance*, p.340.
[1375] DE KONINCK Thomas, *Philosophie de l'éducation, Essai sur le devenir humain*, p.19.
[1376] DESCHAVANNE Éric et TAVOILLOT Pierre-Henri, *Philosophie des âges de la vie, Pourquoi grandir, Pourquoi vieillir?*, p.340.
[1377] DE KONINCK Thomas, *Philosophie de l'éducation, Essai sur le devenir humain*, p.13.

travail des enfants en usine et l'enrôlement des enfants soldats[1379]. Réciproquement, une protection exagérée, ou mal placée, contribuerait à faire de l'enfance une prison dans laquelle celui qui est appelé à grandir ne le pourrait pas, faute de moyens adéquats[1380]. Ce que cet équilibre pouvait avoir d'intuitif s'est peu à peu dissous dans la prise de conscience qui marque l'éducation des Contemporains, à l'issue de laquelle la compréhension de l'enfance apparaissait d'autant plus énigmatique que l'on en reconnaissait la spécificité[1381].

En effet, tant chez les Anciens que chez les Modernes, l'éducation disposait d'un objectif normatif clair : l'excellence pour les premiers, la liberté pour les seconds. Sans donner dans la nostalgie, force est de reconnaître que ces époques de stabilité normative sont révolues, convoquant de ce fait une réflexion renouvelée sur les buts et la teneur de l'éducation. Certes, il ne s'agit pas de revenir sur la reconnaissance de l'enfant comme porteur d'une liberté et d'une dignité égales, mais de prendre la pleine mesure de ce que peut avoir de déstabilisateur la mention d'un objectif normatif, l'égale liberté, dont le contenu n'est plus considéré comme allant de soi[1382].

La déclinaison des différentes figures de l'égale liberté au sein de la justice comme sollicitude témoigne de son processus de complexification depuis sa conceptualisation par Rousseau. Une liberté qui ne compte plus ses qualificatifs : négative, positive ou comme absence de domination, politique, en droit ou matérielle. Le pari consistant à la fonder en égalité en révèle les nombreuses facettes. Comment donc traiter en égal cet enfant tenu pour libre mais qui a tout à en apprendre? Quelle normativité accorder à un être dont la différence a pour toile de fond une valeur éminemment imprécise et, de ce fait, problématique[1383]? Question qui, pour notre propos, prend l'allure d'un cercle vicieux redoutable puisque

---

[1378] Nous nous servons de l'idée d'expérience telle qu'elle est définie par Éric DESCHAVANNE et Pierre-Henri TAVOILLOT in *Philosophie des âges de la vie, Pourquoi grandir, Pourquoi vieillir?*, p.295.
[1379] DE KONINCK Thomas, *Philosophie de l'éducation, Essai sur le devenir humain*, p.11.
[1380] Nous nous inspirons ici de la manière dont la représentation de l'enfant est posé par Alain RENAUT in *La libération des enfants : contribution philosophique à une histoire de l'enfance*, p.402 et suivantes et par Éric DESCHAVANNE et Pierre-Henri TAVOILLOT, in *Philosophie des âges de la vie, Pourquoi grandir, Pourquoi vieillir?*, p.319.
[1381] DESCHAVANNE Éric et TAVOILLOT Pierre-Henri, *Philosophie des âges de la vie, Pourquoi grandir, Pourquoi vieillir?*, p.326.
[1382] RENAUT Alain, *La libération des enfants : contribution philosophique à une histoire de l'enfance*, p.358.
[1383] RENAUT Alain, *La libération des enfants : contribution philosophique à une histoire de l'enfance*, p.360.

l'éducation en laquelle nous voyons un remède possible à la précipitation semble porter à son paroxysme le paradoxe d'une différenciation fondée en universalité.

De ce point de vue, l'éducation ne constituerait qu'une figure supplémentaire de l'égale liberté, elle aussi vouée à l'instauration d'appartenances forcées et ce, d'autant plus facilement qu'elle agirait sur des individus encore incapables d'assumer pleinement leur propre protection dans le cadre d'un système qui, pour atteindre les objectifs qui lui sont fixés, n'a d'autre choix que d'évaluer et de regrouper les personnes dont il a la charge. Détail qui peut sembler anodin, tant il est commun à la quasi-totalité des systèmes scolaires de masse, mais dont il s'agit d'apprécier la juste portée. Sans aller aussi loin que de faire de l'école une institution totalisante, il convient de remarquer que son organisation en classes d'âge cristallise dans sa forme même les enjeux attenants à la reconnaissance différenciée. En quoi l'éducation se distingue-t-elle des figures matérielles, juridiques et démocratiques de l'égale liberté qui autorise à y déceler la solution à une difficulté qui semble s'y manifester, quelle que soit la modalité adoptée?

a. Une figure supplémentaire de l'égale liberté?

L'impression laissée par les enjeux d'un problème peut parfois brouiller son appréciation au point d'en confondre la teneur avec des questions connexes mais néanmoins dérivées. Tel est le cas de l'éducation dont les retombées à la fois pour l'individu, la société et l'intégration du premier dans la seconde sont à ce point primordiales qu'il devient difficile de les apprécier avec le recul critique requis. S'il est vrai que la problématique de l'identité différenciée prend toute son ampleur dans le cadre de la relation éducative entre l'enfant et l'institution scolaire, avec pour corrollaire le risque accru de la manifestation de la précipitation, il importe de ne pas se méprendre sur cette éventualité et sur ce qu'elle

représente[1384]. En d'autres termes, la question n'est pas tant de savoir si, et dans quelle mesure, l'éducation est exposée à la précipitation, mais bien pourquoi elle le serait?

Dans le contexte de fragilisation des réponses proposées comme finalités de l'éducation qui est celui des Contemporains, la possibilité d'une reproduction de l'ascription contrainte par l'intermédiaire d'institutions d'éducation est un risque qui se manifeste à tous les niveaux de l'entreprise scolaire : que cela soit par le biais de contenus qui la structurent, de la communauté politique ou certaines positions sociales qui seraient plus à même de se les approprier ou encore par des mesures de sélection inadaptées, l'école semble le lieu privilégié de la précipitation des citoyens à venir dont elle a la charge. Qui plus est, il serait possible d'en asseoir l'autorité sur son rôle quasi-nécessaire dans la transmission du savoir, et de ce fait, légitimer son existence par cette seule fonction au détriment de sa finalité et de ses contenus, restituant ainsi le schéma du repli des institutions publiques sur elles-mêmes.

Toutefois, si cette hypothèse identifie adéquatement les risques auxquels l'éducation s'expose, elle rend insuffisamment compte de son caractère distinctif, lequel apparaît lorsque sont comparées la relation politique au concitoyen et la relation éducative avec l'enfant. Ainsi, la reconnaissance de la différence d'autrui à l'intérieur de la sphère politique s'inscrit néanmoins dans une relation de réciprocité, le sujet pouvant exprimer, le cas échéant, les mêmes créances que son *alter ego*. Il s'ensuit, qu'en dépit de ses écueils,cette relation demeure au moins potentiellement mutuelle, même si la précipitation en représente une dérive possible[1385]. Tel n'est pas le cas au sein de la relation éducative où la différence entre l'enfant et l'adulte est momentanément placée sous le régime de l'unilatéralité[1386] : bien qu'étant tous deux égaux en dignité, l'enfant n'est pas encore en mesure d'éduquer seul son semblable, *a fortiori*, l'adulte qui s'adresse à lui[1387]. En raison de cette dissemblance, il est permis de

[1384] Pour rappel, il s'agit de l'ascription d'un rôle. Voir *supra*, chap.5-2-c et chap.5-3-c, respectivement, pp.400-412 et pp.447-458.
[1385] RENAUT Alain, *La libération des enfants*, p.375.
[1386] RENAUT Alain, *La fin de l'autorité*, p.149.
[1387] Du moins, pas directement : il va de soi que la relation éducative peut se révéler particulièrement enrichissante pour l'enseignant, mais ce n'est pas le fruit de la volonté délibérée de l'élève.

considérer la relation à l'enfance comme l'archétype du problème de l'identité différenciée inscrite dans la dynamique de l'égale liberté.

> *S'il y avait un seul domaine où l'on pût se permettre d'envisager une identité différenciée, voire même une citoyenneté différenciée, et cela au sein même d'une culture démocratique qui, en principe, fait abstraction de telles différences, ce serait assurément à propos de l'enfance*[1388].

À ce titre, la résolution du problème posé par la relation éducative, soit un traitement de l'enfant en égal qui ne néglige pas sa différence, sans en faire non plus le prétexte de l'affirmation d'une infériorité, contient les guides pour articuler les autres rapports en égale liberté.

De surcroît la relation de l'éducation à l'autopoïèse de l'enfant met en relief son statut vis-à-vis des intérêts critiques[1389]. On se rappellera que, selon Dworkin, il importe que le sujet saisisse de lui-même les paramètres de son existence, et ce d'autant plus lorsqu'il s'agit de paramètres normatifs, afin de pouvoir relever le défi approprié[1390]. Or, cette capacité de regard tant sur lui-même que sur son environnement suppose l'éducation, ne serait-ce que pour fournir les outils nécessaires au dégagement d'un sens. Dans cette optique, l'éducation constitue un paramètre normatif essentiel à l'identification des autres paramètres qui définissent le défi que la personne doit relever. On peut alors saisir ainsi sa relation à la justice, et, par la suite, aux autres figures de l'égale liberté : si la justice, en tant que paramètre souple de la vie bonne, permet de relever le défi approprié, l'éducation incarne le paramètre normatif rigoureux qui permet d'identifier ce défi comme tel. Sans éducation, l'individu ne peut croître et appréhender les possibles qui composent son avenir, il ne peut bien vivre[1391].

> *À des yeux aveugles ou fermés, on présenterait en vain le plus éblouissant des spectacles. Mettez une page écrite sous les yeux d'un analphabète, il ne verra rien d'autre que des traces dénuées de sens. Or les analphabétismes sont multiples. L'être humain sans formation ne voit pas ce qu'il a sous les yeux*[1392].

[1388] RENAUT Alain, *La fin de l'autorité*, p.151.
[1389] Nous empruntons le terme autopoïèse à Roger CEVEY, in *Regard éthique sur le geste éducatif*, préface de France Jutras, 1ère éd., Montréal : Liber, 2005. 140 p. ISBN 2895780706. p.54 et suivantes.
[1390] Voir *supra*, chap.2-2-c, pp.101-129.
[1391] DE KONINCK Thomas, *Philosophie de l'éducation, Essai sur le devenir humain*, p.9.
[1392] DE KONINCK Thomas, *La nouvelle ignorance et le problème de la culture*, p.111.

À la suite de Thomas De Koninck, nous soulignerons que parmi les analphabétismes, il n'y en a de pire que celui qui consiste à ne pouvoir se lire soi-même, en tant qu'être porteur d'une irréductible authenticité. Non pas qu'une vie passée à l'extérieur d'un système scolaire soit automatiquement gâchée : les autodidactes prouvent l'inverse. Toutefois, en tant que seule partie de l'éducation au sens large sur laquelle la communauté politique peut légitimement agir, l'éducation scolaire représente un paramètre rigoureux du bien-être collectif, au même titre que la justice. Par ailleurs, le versant distributif du problème de l'éducation, à savoir l'accès à l'éducation, demeure important mais tout de même dérivé de l'élucidation du devoir envers cet autre soi-même qu'est l'enfant. En effet, le caractère adéquat d'une distribution de l'éducation est fonction de son objectif et de son contenu : si le système scolaire vise l'assujettissement d'une partie ou de l'ensemble des enfants, ou transmet des contenus médiocres, la justice distributive requerrait la limitation de sa diffusion plutôt qu'un accès universel. De nouveau, et avec plus d'insistance se pose la question de la signification à apporter à ce processus, cette croissance grâce à laquelle la personne identifie les paramètres de son existence.

Enfin, concernant plus immédiatement le problème de la précipitation, il importe de rappeler que celle-ci s'alimente ou est entretenue par le biais d'une forme particulière de la double ignorance, soit le fait d'ignorer ce que l'on ignore. Tel que mentionné plus haut, les convictions axiologiques, particulièrement dans le cadre de l'interprétation créative, sous-déterminent le discours descriptif en effectuant le tri des données jugées pertinentes pour comprendre une pratique sociale et, par extension, les personnes concernées. Lorsque ces convictions disposent d'une justification adéquate, il peut s'en dégager l'impression d'une connaissance intime de la situation envisagée au détriment de toute réflexion supplémentaire, autorisant de ce fait l'émergence de représentations stéréotypées ou de préjugés. Dans ce contexte, l'entreprise d'éveil qui définit l'éducation apparaît pouvoir jouer un rôle privilégié dans la lutte contre la précipitation.

Pour ces raisons, il y a lieu de croire que l'éducation joue un rôle particulier vis-à-vis de la justice comme sollicitude et de l'égale liberté, dans la mesure où elle est à la fois objet de justice, et à ce titre susceptible d'engendrer des formes de précipitation, et condition de justice, donc remède ou prévention de la précipitation. Dans ce contexte, si tant est que la démocratie peut être considérée comme une communauté politique ordonnée au traitement de chacun en égal, on comprendra l'importance de la question des implications d'une éducation démocratique, ne serait-ce que parce que celle-ci reste encore l'objet de conjectures auxquelles il serait malaisé de prétendre pouvoir apporter des réponses fermes[1393].

3. L'ÉDUCATION DU LIBÉRAL INTÉGRÉ

Dworkin a peu écrit sur l'éducation; outre les commentaires sur les décisions rendues lors de procès impliquant la discrimination positive à l'intérieur des universités, sa principale contribution sur le sujet se trouve dans l'essai *Is Democracy Possible Here?* et porte sur les moyens disponibles pour relever le niveau du débat public, afin que ce dernier soit à la hauteur des principes de la démocratie partenariat[1394]. Bien que succinct, ce point de départ n'en est pas moins instructif car sa référence à la démocratie partenariat suggère les modalités pour réfléchir sur l'éducation du libéral intégré. Qui plus est, nous verrons que l'amorce ainsi énoncée peut être relayée par la théorie de l'éducation démocratique d'Amy Gutmann.

a. Démocratie partenariat et éducation à la délibération

De prime abord, le problème des finalités de l'éducation au sein d'une communauté politique fondée en égale liberté manque singulièrement d'éléments de réponses, puisqu'il équivaut à définir une liberté propre à l'enfance sans pour autant la déterminer – dans la mesure où l'existence humaine est conçue en termes d'indétermination. En dehors de la structure des droits de l'enfant qui pose plus de problèmes qu'elle n'en résout, force est de

[1393] RENAUT Alain, *La libération des enfants : contribution philosophique à une histoire de l'enfance*, p.39.
[1394] DWORKIN Ronald, *DPH*, pp.147-150.

constater qu'il n'existe pas de modèle établi dans les pratiques sociales qui propose une réponse[1395]. Néanmoins, tout en prenant acte du fait qu'il n'est plus possible de considérer l'adulte comme un modèle dont l'enfant serait la réplique miniature, apparaît une stratégie « par défaut » sur laquelle se rabattre, consistant à adopter à titre provisoire une représentation formelle de la liberté adulte.

De ce point de vue, la figure du libéral intégré peut être considérée comme le but provisoire de l'éducation dworkinienne. Porteur des deux principes de dignité humaine qu'il interprète, le libéral intégré se signale par le souci pour la communauté qui lui accorde une importance égale à celle de tout autre membre. Il lui est donc possible de faire preuve d'intégrité éthique, c'est-à-dire de considérer qu'il mène la meilleure vie qu'il puisse mener étant donné les paramètres normatifs et les intérêts critiques qui sont les siens[1396]. Nous avons vu au cours de la première partie que le régime le plus adéquat pour la réalisation par chacun de l'intégrité éthique est la démocratie partenariat, telle qu'articulée autour des principes d'intérêt, de participation et d'indépendance[1397]. Toutefois, pour que cette conception de la démocratie soit opératoire, il importe de préserver la scission entre l'instance de responsabilité, qui est collective, et l'instance de jugement, qui doit rester individuelle, sous peine de voir la communauté libérale adopter une forme monolithique d'action collective.

Tel est, à notre sens, le nœud de l'éducation à la justice comme sollicitude, à savoir le développement et la préservation d'une aptitude au jugement critique chez les membres de la communauté libérale appelés à en devenir les citoyens. L'éducation, à cet égard essentielle, est exposée à deux menaces potentielles, identifiables par leurs sources endogène et exogène. La source endogène, à laquelle nous avons fait maintes fois référence plus haut, consiste en la promulgation délibérée d'un système de valeurs précis qui serait intégré par l'intermédiaire de méthodes plus ou moins paternalistes. Pour reprendre l'expression de Roger Cevey, lorsque

[1395] Nous nous inspirons ici d'un raisonnement d'Alain RENAUT, voir *La fin de l'autorité*, p.147.
[1396] Voir *supra*, chap.2-2-c, p.111.
[1397] Voir *supra*, chap.3-1-c, pp.156-163.

l'éducation devient un excès de projet pour lequel l'enfant est une pâte à modeler[1398]. En fait, selon la terminologie de Dworkin, ce type de menace à l'acquisition d'un esprit critique correspond au paternalisme culturel, à savoir l'effacement volontaire de l'horizon normatif d'une ou de plusieurs convictions axiologiques ou des styles de vie qui en procèdent.

La source exogène recèle également son lot d'embûches puisqu'elle correspond à l'imposition de messages, par le biais d'instances extérieures aux pouvoirs publics, dont la répétition ou la présence constante modulent la réalité sociale au point d'altérer la construction autonome des horizons normatifs. Les incarnations contemporaines les plus courantes de ce type de phénomène sont les médias de masses, plus particulièrement le médium télévisuel, que cela soit sous la forme d'émissions, de publicités ou d'information[1399]. Plus diffus, ce type de menace est aussi plus problématique, d'abord en tant qu'il s'adresse à l'esprit critique : dans la mesure où ces instances sont extérieures aux pouvoirs publics, doivent-elles répondre publiquement de leurs actes, dès lors qu'elles n'enfreignent pas la loi? Auquel cas, quelle doit être la forme de cette imputabilité? Réciproquement, peut-on soutenir qu'une personne morale dispose des mêmes droits, en l'occurrence la liberté d'expression, que les individus? Problématique ensuite en raison de sa nature relative : l'importance accordée aux lieux communs, véhiculés par exemple par la télévision, dépend en grande partie de la qualité de l'éducation dispensée par les écoles. En ce sens, ce que l'éducation scolaire ne couvre pas tend à être laissé à l'éducation non-formelle, en premier lieu celle des parents, et, lorsque celle-ci ne suffit pas, aux « industries culturelles » : média, cinéma, théâtre, etc[1400]. La conséquence n'en est pas le développement d'une action collective monolithique qui serait plus le résultat d'une altération endogène de l'éducation, mais d'une action collective statistique, guidée par les préférences accumulées et

[1398] CEVEY Roger, *Regard éthique sur le geste éducatif*, p.22.
[1399] DE KONINCK Thomas, *Philosophie de l'éducation, Essai sur le devenir humain*, p.63, du même auteur, voir aussi *La nouvelle ignorance et le problème de la culture*, p.44.
[1400] DE KONINCK Thomas, *Philosophie de l'éducation, Essai sur le devenir humain*, p.60.

l'audimat. Dans cette optique, l'éducation fait défaut par son *manque de projet*[1401]. De ce fait, se pose la question du lien entre institutions d'enseignement et développement des stéréotypes de masse et, par la suite, de l'indépendance des premières vis-à-vis des seconds.

Dans ce contexte, Dworkin esquisse un modèle d'éducation à la délibération qui pourrait compenser l'appauvrissement du débat public, si ce n'est dès maintenant du moins pour les générations à venir. Énoncé dans le cadre d'une réflexion sur les conditions de possibilité d'un débat électoral authentiquement démocratique, ce modèle nous semble présenter les prémisses du rôle que l'éducation jouerait au sein de la justice comme sollicitude. En effet, rédigée à la suite de la seconde campagne à la présidence de Georges W.Bush en 2004, la réflexion de Dworkin a pour point de départ un constat qui dépasse la seule vie politique américaine pour toucher, sous diverses manifestations, la plupart des démocraties occidentales, à savoir le niveau particulièrement peu élevé des débats électoraux[1402]. Tournant plus souvent autour de l'image des candidats et de leur langage corporel que des enjeux, ces débats tendent à exclure toute forme de véritable délibération, tant par leur forme que par le fond. Situation entretenue par un cercle vicieux : ignorant des principaux enjeux liés aux élections, lesquels se réduisent bien souvent à la concurrence entre différents budgets tous plus équilibrés les uns que les autres mais dont on sait rarement à quoi ils correspondent, le public tend à voter selon ses impressions. Conscients de cette tendance, les candidats, tout parti confondu, ne se hasarderont pas à discuter publiquement d'informations qui pourraient être mal perçues ou qui ne se prêteraient pas au format des publicités télévisées et traiteront d'autant plus les électeurs comme des ignorants. Par quels moyens combattre cette spirale descendante qui semble constituer une tendance lourde des démocraties contemporaines, au risque de menacer l'idée même d'une action collective commune pour y substituer une action collective statistique?

[1401] CEVEY Roger, *Regard éthique sur le geste éducatif*, p.22.
[1402] DWORKIN Ronald, *DPH*, p.5.

Le problème ne sera pas résolu par le simple transfert de responsabilité à la population, laissant entendre que chacun étant libre de voter, tous ont le devoir de suivre la politique. Même en supposant que les débats soient menés par des experts dont le seul souci serait l'exposé de la vérité, force est de constater que les controverses ne se réduiraient pas pour autant[1403]. La complexité technique des sujets abordés, dont la seule description peut mener à des désaccords substantiels, y ferait d'abord obstacle. À titre d'exemple, les retombées escomptées d'une politique varieront selon la méthode de l'expert concerné : si celui-ci approche le problème à travers la lunette de l'holisme méthodologique plutôt que sa contrepartie atomiste, il n'aboutira pas nécessairement à la même conclusion, sans qu'il s'agisse forcément de la manifestation de sa mauvaise foi ou d'un quelconque parti-pris.

Un autre obstacle, on ne saurait trop le répéter, concerne le fait que la politique porte sur l'action collective, donc sur ce qu'il convient de faire, et engage ainsi la réflexion normative dont même l'omniscience la plus complète de tous les faits concernés ne peut faire l'économie. Or, outre sa complexité intrinsèque, l'évaluation des faits par référence à un ensemble de valeurs est plus source de controverses que de critères permettant de départager les candidats à l'élection concernée. Comment considérer chacun comme un égal s'il ne dispose pas des moyens de se faire une opinion sur les enjeux qui inévitablement le toucheront?

De ce point de vue, la mise en place d'un cours de *Politique Contemporaine* au sein du *cursus* scolaire n'est pas seulement pertinente, elle est nécessaire. En effet, si l'on estime que la politique démocratique consiste à traiter chacun comme un égal, la moindre des choses consiste à lui octroyer les outils nécessaires pour saisir les débats politiques[1404]. Le cours suggéré par Dworkin se distinguerait des cours d'histoire déjà présents dans le programme scolaire ou de la seule description des institutions politiques par l'accent placé sur les

[1403] DWORKIN Ronald, *DPH*, p.148.
[1404] DWORKIN Ronald, *DPH*, p.150.

controverses politiques[1405]. Par cela, Dworkin désigne la dimension normative des débats politiques et donc de l'étude des différentes positions possibles.

À titre d'exemple, il n'est pas nécessaire de connaître en profondeur le droit fiscal pour saisir le nœud normatif du débat, dans le cas précis, la redistribution des richesses. Dans le même ordre d'idées, il serait possible d'étudier les débats les plus médiatisés à travers les pensées politiques qui ont traversé l'histoire, tel le libéralisme, le socialisme ou le conservatisme, ou d'évoquer les invariants au sein de la réflexion politique[1406]. L'étude des traditions philosophiques pourrait constituer la matière principale du cours, comme matériau d'exercice à la délibération. Toutefois, il importe de remarquer qu'une telle étude présuppose une démarche pédagogique précise, à savoir l'insertion du débat dans un cadre de valeurs acceptables par tous les élèves. On reconnaîtra là l'appel aux valeurs ancestrales que sont les principes de dignité humaine utilisés pour fonder les principes de justice. Bref, un tel cours viserait la prise de conscience des difficultés présentes au sein de ces débats et de l'importance d'une discussion à la fois consciencieuse et respectueuse de la pluralité des positions défendues.

Le traitement des enfants en égaux passe donc par une appropriation du contenu des débats politiques par l'intermédiaire des valeurs qui fondent les droits qui leur sont reconnus, afin qu'ils puissent, le temps venu, exercer leurs prérogatives de citoyen. Traitement en égal dont l'articulation entre protection et libération et entre produit et producteur est déjà apparente en dépit de son tracé général. En effet, l'organisation préconisée par Dworkin du cours de *Politique Contemporaine* autour des principes de dignité humaine est révélatrice. Si tant est que la thèse des valeurs ancestrales comporte une part de vérité, l'inscription des débats dans leur contexte exprime le respect dû aux enfants, en tant que sujets capables de porter des jugements de valeur, indépendamment de la différence de contenu. Il importe donc de ne pas y voir un simple moyen didactique qui, par exemple, serait d'autant plus efficace

[1405] DWORKIN Ronald, *DPH*, p.148.

pour assurer l'apprentissage d'un système de valeurs, que celui-ci procéderait de valeurs déjà acceptées de l'élève. Au contraire, l'autonomie éthique et morale encadrée par les principes de dignité humaine est suffisamment formelle pour constituer une représentation de la liberté qui englobe à la fois celle des adultes et celle des enfants tout en respectant leurs différences respectives. De même, l'enchâssement des polémiques politiques discutées dans la salle de cours au sein de l'individualisme éthique reproduit la fondation des convictions politiques sur les convictions morales qui caractérisent la vie axiologique du libéral intégré.

Réciproquement, l'action d'instaurer un cours avec tout ce que cela suppose en termes de choix posés par l'enseignant ou par les instances scolaires, indépendamment des aspirations de ses élèves – lire Locke plutôt que Montesquieu, présenter un texte de vulgarisation plutôt que l'œuvre originale, etc. – répond à une créance qui, dessinée à très grands traits, correspond au besoin d'un développement éthique nécessaire à la vie en société et à un exercice authentique de la citoyenneté, lequel consiste à pouvoir poser un jugement éclairé sur le contexte politique. Tout en étant en quelque sorte soumis au discernement de l'enseignant, le traitement différencié de l'élève est justifié par la fonction de protection à laquelle correspond l'exposition, « dans un environnement contrôlé » pour ainsi dire, à la vie politique de la communauté.

Toutefois, cette conception de l'éducation reste incomplète. Ainsi que Dworkin lui-même le reconnaît, les principes de dignité humaine sont susceptibles de nombreuses interprétations concurrentes et parfois même franchement opposées : seules les positions les plus explicitement discriminatoires, racistes ou inégalitaires sont exclues d'emblée. Cette limite est de surcroît brouillée en ce qui concerne l'éducation, étant donné l'incapacité des élèves à désigner d'eux-mêmes ce qui leur permettrait de s'épanouir – au moins initialement. Par conséquent, insérés au sein de la relation éducative, les principes de dignité humaine pêchent par excès de formalisme. La question s'impose : parmi les différentes interprétations

[1406] DWORKIN Ronald, *DPH*, p.149.

de la dignité humaine, laquelle choisir et à qui donner l'autorité pour en choisir les contenus? Question qui ne peut être balayée du revers de la main puisque de la réponse proposée dérivera l'étendue d'une des prérogatives civiques, à savoir la possibilité pour chacun, en tant qu'élément d'une action collective commune, de participer à la formation des futurs citoyens. En effet, si l'enfant dispose de créances en tant que citoyen à venir, la réciproque est d'autant plus vraie : le citoyen actuel a le droit de participer aux politiques éducatives, en tant qu'elles forment la communauté politique dans laquelle il lui est et lui sera donné de vivre.

Pour compléter l'amorce d'éducation civique proposée par Dworkin, nous aurons recours à la théorie de l'égalité démocratique d'Amy Gutman. Outre la préoccupation commune aux deux auteurs concernant l'éducation au sein d'une communauté politique dont les membres se reconnaissent comme également libres, en principe si ce n'est en pratique, Gutmann propose une conception exhaustive de l'éducation à partir de la question du partage de l'autorité sur les contenus de l'éducation[1407].

Si, de prime abord, ce thème ne semble recouvrir qu'un problème de distribution, à l'examen, il se révèle au centre du problème posé par l'éducation. Dans le cadre d'une communauté politique dont tous les membres devraient être traités en égaux, tous devront en effet exercer le pouvoir ne serait-ce que par le biais de représentants. Or, comment préparer les individus à ce rôle si le but assigné à l'éducation résulte d'une procédure qui le contredit? Réciproquement, dans un contexte de pluralisme moral, quelle fin assigner à l'éducation en laquelle tous puissent se reconnaître de telle manière que la reproduction sociale soit véritablement consciente[1408]? Il s'ensuit que la substance de l'objectif normatif assignable à l'éducation ainsi que sa procédure d'élaboration sont étroitement liées. Le développement de cette idée donne sa force à la conception de l'éducation de Gutmann.

[1407] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.3.
[1408] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.39.

4. L'ÉDUCATION DÉMOCRATIQUE D'AMY GUTMANN

L'attrait et l'efficacité de la théorie de Gutmann résident dans une prémisse dont il est difficile de ne pas convenir. Au vu des polémiques entourant l'éducation scolaire et particulièrement l'éducation morale, dont rien ne laisse présager qu'elles se résoudront dans un avenir prochain, il est plus avisé de mettre l'accent sur la procédure qui validera les contenus enseignés que sur les contenus eux-mêmes. Du fait de l'antériorité logique de la délibération sur la définition de contenus et d'objectifs normatifs, lesquels correspondent à une conclusion, si la procédure est légitime, alors les contenus le seront aussi. De ce point de vue, le partage de l'autorité éducative devient la question première de l'éducation.

Dans le cadre d'une réflexion qualifiée de « dialectique », qui n'est pas sans rappeler la méthode de l'équilibre compréhensif, Gutmann compare d'abord trois conceptions du partage de l'autorité éducative, nommément, l'État-famille, l'État des familles et l'État des individus, qui correspondent respectivement aux théories de l'éducation de Platon, de Locke et de J.S. Mill[1409]. Dans un second temps, séparant les éléments positifs de chaque conception des éléments plus contestables, Gutmann élabore sa propre position désignée par l'expression, l'État démocratique de l'éducation – désignée ci-après par l'expression État démocratique[1410]. En ce qui concerne notre propos, les quatre modèles analysés par Gutmann seront regroupés selon le caractère excessif ou lacunaire de leur projet éducatif respectif.

Des quatre conceptions ainsi présentées, nous porterons une attention plus soutenue au débat entre l'État des individus et l'État démocratique, ce qui structurera le reste du chapitre. En effet, nous estimons que ces deux conceptions de l'éducation représentent les archétypes possibles des théories qui reconnaissent en l'enfant un égal. Comme nous le verrons, comparés aux projets éducatifs de l'État-famille et de l'État des familles, ceux de l'État des individus et de l'État démocratique placent l'enfant au centre de leur dispositif, en tant qu'il

[1409] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.22.
[1410] Traduction libre de : the Family State, the State of Families, the State of Individuals et the Democratic State of Education, voir GUTMANN Amy, *Democratic Education*, chap.1.

est déjà porteur et non simple héritier d'une liberté, et donc susceptible d'engendrer une obligation des autorités éducatives à son égard[1411].

À nos yeux, la dichotomie entre l'État des individus et de l'État de l'éducation démocratique traduit l'alternative énoncée par Rousseau entre l'éducation de la personne et l'éducation du citoyen[1412]. Formulé autrement, un enfant est-il traité en égal par sa préparation à son futur statut d'individu ou à celui de participant au gouvernement? Cette opposition est à l'éducation ce que la différence entre une conception libérale neutraliste et une conception délibérative de l'État sont à la démocratie. On doit alors se demander où s'y situe le libéralisme compréhensif de Dworkin.

5. UN EXCÈS DE PROJET ÉDUCATIF ?

a. L'État-famille

Associé à la conception platonicienne de l'éducation, l'État-famille part de la prémisse énoncée par Socrate selon laquelle l'éducation de la personne doit être ordonnée à la vertu, ce qui suppose que l'on ait pu la définir. Conformément à la pensée des Anciens, cette définition de la vertu doit être par nature et non par convention. Or, la nature nous enseigne que le juste consiste à harmoniser le bien individuel et le bien commun afin qu'ils coïncident, le premier contribuant au second[1413]. De ce point de vue, l'État doit être le seul dépositaire de l'autorité éducative afin que, mené par la connaissance de la vertu, il soit en position d'inculquer à ses citoyens le goût pour la perfection de la Cité, par le biais du dévouement au bien commun. On reconnaîtra là un propos similaire à celui des tenants du néoclassicisme de Strauss : indexée à la nature sociale de l'être humain, l'éducation doit contribuer à sa perfection en vue du régime idéal.

[1411] MILL John Stuart, *De la liberté*, traduit de l'anglais par Laurence Lenglet à partir de la traduction de Dupond White en 1860, édition électronique réalisée par Jean-Marie Tremblay, Chicoutimi : Université du Québec à Chicoutimi, 2002. 88 p. Les classiques des sciences sociales. Traduction de : On Liberty. URL = <http://classiques.uqac.ca/classiques/Mill_john_stuart/de_la_liberte/de_la_liberte.pdf>. p.81.
[1412] ROUSSEAU Jean-Jacques, *Émile ou de l'éducation*, chronologie et introduction par Michel Launay, 1ère éd., Paris : Flammarion, 1966. 629 p. Garnier Flammarion. ISBN 2080701177. p.38.
[1413] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.23.

Toutefois, l'éducation de l'État-famille dépend de la connaissance de la vie bonne par nature, dont nous avons mis en évidence les apories auxquelles elle s'expose au cours de l'étude du néoclassicisme. Ainsi, l'éducation platonicienne reproduit à son échelle la dualité entre meilleur régime idéal et meilleur régime pratique. Admettant que la vie bonne ait été découverte par l'homologue philosophe du juge Hercule, il lui resterait à convaincre le reste de la Cité qu'il s'agit effectivement de la vie à mener et, qui plus est, qu'elle est digne d'enseignement[1414]. Cet obstacle peut expliquer pourquoi les Anciens, selon la lecture qu'en offre Strauss, privilégiaient un enseignement différencié : religieux pour le commun du peuple, libéral pour les futurs aristocrates et philosophique pour les meilleurs. Puisque les chances de convaincre les moins sages de la sagesse de l'éducation à la vie bonne sont réduites, peut-être est-il plus avisé de leur inculquer une culture qui contribue au bien commun, c'est-à-dire qui garantisse l'harmonie de la Cité.

En dernière analyse, l'enseignement différencié de la « meilleure éducation pratique » ne peut résoudre la tension suivante : l'éducation à la véritable vie bonne ne convient pas à ceux qui ont reçu une mauvaise éducation. De deux choses l'une : soit l'État-famille pratique une politique systématique de délocalisation des enfants dont l'éducation risque d'être mauvaise, afin de les préserver de l'influence dépravée de leurs parents et ainsi de briser le cycle de l'imperfection, soit l'éducation reste différentiée[1415]. Le premier projet serait non seulement inhumain, pour ne pas dire abject, mais aussi voué à l'échec en raison même de sa barbarie et de ses effets probables sur le développement affectif des enfants. Dans le second cas, la différentiation instaurerait une opposition entre le régime qui se doit d'encourager la vertu de ses citoyens et son système scolaire qui tolère la reproduction intergénérationnelle des imperfections. En dépit de son ordonnancement à la vertu et aux institutions politiques, le système d'éducation de l'État-famille est incapable d'atteindre l'objectif qui le justifie. De plus, indépendamment de son efficacité, la première branche du dilemme porte à s'interroger

[1414] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.25.

sur le sens même de l'État-famille : à quoi bon l'éducation à la vie bonne si celle-ci s'impose à l'encontre de l'adhésion des personnes concernées[1416]? On remarquera le parallèle entre cette conclusion et l'adhésion de la personne à la réussite de sa vie : le modèle platonicien de l'éducation revient à en contester le statut d'intérêt critique ou, à tout le moins, à envisager la réussite de la vie exclusivement à travers le modèle d'impact.

De manière évidente, l'État-famille ne peut donc remédier à la précipitation. En fait, il est lui-même facteur de précipitation puisqu'il s'interpose à la source entre l'individu et l'identification des paramètres de sa propre vie, l'empêchant de ce fait de se constituer en projet. Il s'agit en fait d'un projet éducatif à ce point excessif que la communauté politique résultante serait soit intégralement pétrifiée – dans l'éventualité de la meilleure éducation idéale – et composée d'individus dépourvus de toute responsabilité spéciale, soit, advenant la meilleure éducation pratique, précipitée avant même que ses futurs membres n'apparaissent dans la sphère publique, ces derniers ayant été classés au préalable selon leurs aptitudes à une vie bonne.

b. L'État des familles

L'État des familles constitue la conception de l'éducation qui s'oppose le plus radicalement à l'État-famille. Tandis que l'État-famille accorde le monopole de l'autorité éducative au seul gouvernement, l'État des familles, ainsi que son nom l'indique, en transfère l'intégralité aux parents. Cette position, que Gutmann attribue à Locke, s'appuie sur trois arguments principaux. Le premier argument convoque le caractère naturel de l'amour parental. En raison de l'amour porté à leur enfant, les parents seraient les mieux placés pour veiller à ses intérêts. Le second concerne les droits parentaux : l'État ne peut s'interposer entre des parents et leurs enfants sans empiéter sur l'un des droits fondamentaux des parents,

[1415] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.26.
[1416] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.27.

à savoir éduquer leurs enfants comme bon leur semble[1417]. Le troisième représente une version plus raffinée du précédent et souligne qu'un État fondé en égale liberté ne peut, sans se contredire, refuser à ses citoyens le droit de transmettre leurs valeurs à leurs enfants[1418].

Toutefois, les tenants de l'État des familles se trompent de cible ou, du moins, confondent deux droits différents. S'il semble peu contestable que des parents disposent du droit d'éduquer leurs enfants comme ils l'entendent, il ne s'ensuit pas qu'ils aient le droit de les isoler de positions ou de convictions axiologiques qui leur déplaisent. En effet, l'obligation qui incombe à l'État de respecter les droits des individus, dont celui de transmettre des valeurs, comporte aussi celle de leur en fournir les moyens, parmi lesquels l'éducation aux droits fondamentaux des futurs citoyens figure au premier rang[1419]. Or, cette dernière repose essentiellement sur le développement de la capacité critique à évaluer différents modes de vie, ce qui ne peut être accompli si les parents disposent du monopole de l'autorité éducative : l'enfant doit nécessairement être exposé à d'autres styles de vie pour acquérir ses aptitudes civiques[1420]. L'État des familles défend donc une conception de l'éducation qui accorde aux parents des droits dont les conditions de possibilité sont refusées à leurs enfants[1421].

En fait, l'argument de Gutmann rejoint la remarque formulée par Renaut selon laquelle Locke manifeste une assurance désormais obsolète tant en ce qui à trait au rapport entre libération et protection de l'enfant qu'à son point de référence religieux. Ainsi, Locke établit une adéquation directe entre le bien-être des enfants et le droit des parents que peu de personnes sont encore prêtes à soutenir, non seulement empiriquement, au vu des phénomènes entourant la maltraitance infantile, mais aussi normativement. En effet, même en admettant que la liberté à laquelle l'enfant doit être mené ne soit pas sujette à controverse, il reste que

[1417] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.28.
[1418] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.29.
[1419] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.30.
[1420] On remarquera que cette objection, mettant l'accent sur la nécessaire socialisation de l'enfant pour en faire un citoyen prend par le fait même position en faveur d'un enseignement de groupe, qu'il soit scolaire ou non, plutôt qu'un enseignement individuel, par l'intermédiaire d'un précepteur, par exemple.
[1421] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.31.

les méthodes utilisées pour l'enseigner ne doivent y contrevenir[1422]. Cette objection illustre bien un élément critique de toute entreprise éducative, à savoir le lien interne entre la pédagogie utilisée et son objectif normatif. Sans développer ce sujet, on notera, notamment en ce qui a trait aux différentes réformes pédagogiques menées dans les dernières années, entre autres endroits, en France, au Québec ou en Suisse, à quel point leur évaluation et leur succès dépend de l'identification d'un but approprié.

En ce qui concerne la relation de l'État des familles à la précipitation, le bilan est plus nuancé qu'au sujet de l'État-famille, ne serait-ce que parce que l'État des familles introduit une préoccupation pour le pluralisme des conceptions de la vie bonne. De surcroît, par son transfert de l'autorité éducative aux parents, l'État des familles présente l'avantage concret de reléguer à la sphère privée la plupart des polémiques entretenues au sujet de l'éducation, suivant ainsi l'adage libéral selon lequel s'il revient à l'État de donner des droits, seuls les individus sont en position d'assurer leur propre bonheur[1423].

Néanmoins, l'État des familles reconnaît uniquement la responsabilité spéciale des parents et, de ce fait, néglige l'égale importance des enfants. En effet, sans soupçonner chaque couple parental de velléités sectaires, il est permis de s'interroger sur les disparités entre les différents curriculums adoptés d'une école à l'autre. Non qu'une éducation dépourvue d'intervention étatique mène d'elle-même à l'apparition de curriculums médiocres, mais force est de constater que l'importance accordée à l'éducation scolaire dépend du parcours des parents. Dans cette optique, le risque est grand de voir certains enfants privés de projet éducatif, celui-ci n'étant pas apprécié à sa valeur d'intérêt critique.

Mais surtout, on peut craindre l'apparition d'une éducation dont la seule valeur publique commune se réduirait à la promotion d'un entre-soi au détriment de la mixité sociale, les parents confiant en priorité leurs enfants aux écoles dans lesquelles ils se reconnaissent. Cette promotion pose problème pour deux raisons. D'abord, si tant est que

[1422] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.32.

l'école dispose d'un quelconque rôle dans la reproduction sociale et, par extension, dans la reproduction de la sphère publique, une éducation scolaire entièrement vouée aux préférences familiales faillirait à cette fonction. Il en résulterait une précipitation certes moins intense que celle de l'État famille, mais néanmoins suffisante pour, d'une part, fragmenter la communauté intégrée, au risque d'en faire une communauté statistique et, d'autre part, confiner l'enfant à une identité qui le précède.

En effet, et c'est là le second problème de l'éducation de l'État des familles : si celle-ci préside effectivement à une forme de pluralisme, ce dernier tient surtout de l'apparence lorsqu'il est appréhendé selon la perspective des enfants. Ainsi, quelle que puisse être la bonne volonté des parents, leurs enfants se retrouvent privés de l'enrichissement procuré par le contact avec une diversité de styles de vie et de systèmes de valeurs[1424]. Or, cet appauvrissement va de pair avec une réification de l'enfant qui devient le contenant dans lequel l'adulte transfère sa vision du monde et ses aspirations[1425]. L'enfant devient prisonnier d'une appartenance dont il constitue le vecteur de prolongation. En ce sens, il y a là aussi excès du projet éducatif, à cela près que celui-ci trouve son origine dans la sphère la plus immédiate de l'enfant, par la base en quelque sorte, plutôt que par le haut, par l'intermédiaire des institutions étatiques. Bref, tant l'État-famille que l'État des familles font de l'enfant la propriété d'une autorité extérieure[1426].

6. UN MANQUE DE PROJET ÉDUCATIF ?

a. L'État des individus

L'État des individus procède de la critique de John Stuart Mill à l'endroit du projet éducatif lockéen. Selon la perspective de Mill, toute autorité éducative, fût-elle le fait de l'État

[1423] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.32.
[1424] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.33.
[1425] Roger CEVEY souligne en quoi la relation éducative comporte toujours ce risque d'une appropriation de l'enfant par le biais du projet éducatif, voir *Regard éthique sur le geste éducatif*, p.89 et suivantes.
[1426] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.33.

ou des parents, est condamnable dès lors qu'elle influence les préférences de l'enfant quant à son projet de vie. À l'image de l'État libéral défendu par le philosophe britannique, l'éducation consiste à procurer aux enfants la plus grande marge de manœuvre que l'autorité en place doit respecter par la plus stricte neutralité[1427].

La méfiance de Mill tant à l'endroit des parents que de l'État, susceptibles de transmettre, les uns leurs préjugés personnels, l'autre les intérêts de la classe dominante, explique sa volonté d'affranchir les enfants du despotisme sur l'esprit auquel l'une ou l'autre forme d'autorité ne manquerait pas de conduire. Si cette préoccupation est légitime, elle ne se heurte pas moins au problème du dépositaire de l'autorité, rendu plus aigu par l'élimination des deux possibilités susmentionnées.Pour y répondre, les tenants de l'éducation des individus expriment souvent leur préférence pour les acteurs impartiaux que sont les experts, dont la fonction implique un intérêt pour le bien-être des enfants[1428].

Dans cet esprit, Mill préconise un système scolaire à la fois à l'abri de l'État et des parents. Afin que l'État ne puisse imposer son système de valeurs, les écoles doivent alors autant que possible être pédagogiquement privées et administrativement indépendantes de la fonction publique. Corrélativement, il est légitime d'obliger les parents à envoyer leurs enfants à l'école, afin que ceux-ci acquièrent l'éducation nécessaire à la formation d'un jugement rationnel qui les mettra à l'abri d'un endoctrinement sectaire. Dans l'éventualité où les parents ne disposeraient pas du revenu suffisant, il incomberait à l'État de leur rembourser une partie des frais d'inscription à l'école de leur choix[1429]. Dans le même ordre d'idées, afin de vérifier si les parents s'acquittent adéquatement de leur tâche, la mise en place d'un système d'examens publics s'avérerait une démarche judicieuse. Toutefois, conformément à

[1427] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.34.
[1428] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.34.
[1429] MILL John Stuart, *De la liberté*, p.82. Il importe de se rappeler que Mill écrit en 1859, donc avant l'instauration des systèmes d'éducation publics, universels et obligatoires. À titre d'exemple, la France adoptera un tel système en 1881-1882.

la prévention du despotisme de la conscience, cette procédure *« devrait se limiter exclusivement aux faits et à la science positive »*[1430].

Une telle conception de l'éducation, qui n'est pas sans rappeler le principe de la séparation stricte des pouvoirs de la conception libérale de l'État, se heurte néanmoins aux difficultés liées à l'assignation du choix comme objectif normatif du système scolaire. Articulant une critique apparentée à celle de Dworkin à l'endroit des formes neutralistes de l'archimédisme et du libéralisme, Gutmann souligne le caractère appauvrissant d'une éducation dont le but, en fait d'instruction morale, se réduirait à un catalogue des différents modes de vie ayant cours dans la société[1431]. En effet, à moins de défendre une compréhension stricte du soi désincarné, il est impossible et absurde de prétendre présenter un menu de systèmes de valeurs sans qu'il ne constitue par le fait même une prise de position substantielle[1432].

Même si une telle démarche pédagogique était envisageable, elle négligerait un aspect essentiel d'une éducation morale. En effet, une éducation ordonnée aux valeurs partagées au sein d'une communauté politique comporte l'avantage, par rapport à une éducation visant uniquement le plus grand choix possible, de préparer l'enfant à une interaction adéquate avec ses congénères. Un tel avantage ne se limite pas aux préoccupations pragmatiques, mais recouvre aussi une question de principe illustrée par l'alternative entre une éducation qui prépare à la communauté telle qu'elle est, par opposition à une éducation qui prépare à la communauté telle qu'elle devrait être. Si la pertinence de la seconde quant à l'épanouissement personnel de l'enfant ressort, il apparaîtra relativement rapidement qu'une préparation à une communauté idéale uniquement définie en termes de choix a toutes les chances de déconnecter l'élève de l'environnement normatif qui l'entoure. Réciproquement, en raison de la priorité accordée au choix en tant que tel, l'État des individus rend insuffisamment compte

[1430] MILL John Stuart, *De la liberté*, p.83.
[1431] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.55.
[1432] Pour la critique de l'archimédisme neutraliste, voir *supra* chap.1-3-a, pp.43-52.

du rôle des convictions substantielles dans la valorisation du choix. En d'autres termes, les influences biaisées, fussent-elles d'origine familiale ou étatique, représentent l'arrière-plan à partir duquel une personne valide ses aspirations et ses choix. Dans ce contexte, il apparaît que l'enseignement des valeurs partagées de la communauté réelle peut participer à l'augmentation du nombre de choix, précisément parce que ces derniers en émanent[1433].

L'éducation libérale neutraliste prônée par l'État des individus procède en fait d'une appréhension erronée de l'enseignement des valeurs selon laquelle l'alternative entre la liberté de choix et la transmission de valeurs substantielles serait catégorique. Ainsi, il serait possible de soutenir que la liberté est la condition d'une authentique délibération entre différentes conceptions du bien et, réciproquement, que l'enseignement d'une conception du bien, en dépit de son caractère partial, constitue l'expression de la liberté de transmettre un ensemble de valeurs[1434]. De surcroît, et sur ce point la coïncidence des thèses de Dworkin et de Gutmann est frappante, la neutralité qui justifie la liberté de choix ne constitue pas moins une position controversée que ses alternatives.

Il apparaît alors que les tenants de l'État des individus s'appuient sur un argument par défaut comparable à celui soutenant l'indétermination des convictions axiologiques. En l'absence d'un accord sur les valeurs à enseigner dans le système scolaire, ils considèrent que la liberté constitue la seule position de repli, soit en vertu de ses qualités propres, soit à titre d'instrument, puisque les convictions axiologiques plus compréhensives en dériveraient : l'exercice de la liberté supposerait l'assiduité ou l'intégrité[1435]. Cet argument est illusoire à deux titres. D'une part, il apparaît pour le moins curieux de considérer comme une position de repli valide une interprétation de la liberté qui, ne prononçant pas de jugement de valeur, ne peut indiquer en quoi un enseignement dédié à la sensibilité morale est inadéquat[1436]. D'autre part, si la liberté pouvait effectivement supposer l'acquisition d'autres

[1433] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.33.
[1434] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.36.
[1435] Voir *supra*, chap.1-3-b, pp.58-62.
[1436] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.37.

vertus, il resterait encore à démontrer le lien qu'elle entretient avec ces dernières et, surtout, en quoi la valeur desdites vertus en ressortirait grandie[1437].

En dernière analyse, l'État des individus tombe dans le travers opposé à ses homologues familiaux et souffre d'un manque de projet éducatif. Bien qu'une part importante de son objectif normatif repose sur la formation du jugement et de l'individualité du caractère, cette conception reste silencieuse quant aux paramètres les plus immédiatement déterminants pour l'acquision de ces qualités. En effet, engagé dans une lutte contre l'endoctrinement, l'État des individus oublie que le développement moral et éthique d'une personne ne peut se passer d'un référent de départ. À l'instar de la construction de la géode, l'appréciation des différents types de vie et systèmes de valeurs résulte d'un processus de raffinement qui suppose l'exercice du discernement. Or, ce discernement s'exerce en premier lieu sur des convictions substantielles issues de l'environnement familial et social[1438]. Dans ce contexte, l'enseignement de valeurs morales substantielles est recommandé, même si elles peuvent être biaisées ou insuffisamment inclusives, sans quoi l'enfant se retrouverait dépourvu de matière à penser. Pour cette raison, l'éducation de l'État des individus n'est pas en mesure de fournir aux futurs citoyens les outils d'une construction de l'identité qui les préserve de la précipitation – tant vis-à-vis d'autrui que d'eux-mêmes.

b. Une question de contenu : le choix, mesure de l'originalité et de l'authenticité?

Il convient de s'interroger quant à la sévérité de la lecture de Gutmann à l'endroit de la conception l'éducation préconisée par Mill. Certes, il serait difficile de contester ce que les thèses de Mill ont pu inspirer en termes d'éducation *neutraliste*, pour ne pas dire neutralisante. Néanmoins, reprenant à la fois la démarche de Dworkin à l'endroit du positivisme juridique et la critique de Gutmann, il deviendrait possible de soutenir que la neutralité de Mill en est une de surface alors qu'au contraire elle défend une fin substantielle –

[1437] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.38

toutefois autre que la liberté de choix pour elle-même – incarnant ainsi une conception moraliste de l'éducation. Dans cette optique, à titre d'hypothèse de lecture, nous distinguerons la version neutraliste du libéralisme éducatif qui se réclame de Mill, par ailleurs analysée par Gutmann, des positions de Mill lui-même.

Selon les conceptions neutralistes de l'éducation morale, seule importe la clarification des concepts et des convictions axiologiques[1439]. En effet, l'unique moyen de ne pas influencer indûment la formation chez l'enfant de convictions réfléchies est de développer ses compétences éthiques et morales, c'est-à-dire l'aider à comprendre les tenants et aboutissants des convictions axiologiques, dans un esprit d'ouverture et de tolérance envers les systèmes de valeurs différents. Il apparaît ainsi que l'éducation libérale neutraliste n'est pas neutre en tant que telle, mais plutôt fondée en neutralité, renvoyant ainsi à l'image du libéralisme fondé en tolérance des conceptions discontinues de la morale politique[1440]. Réciproquement, elle est apte à proposer la tolérance comme objectif normatif assignable à l'éducation morale[1441].

Toutefois, à l'instar de sa contrepartie politique, cette éducation se révèle incapable d'éviter le relativisme moral. Un élève pourrait, par exemple, adopter un système de valeurs prônant le racisme ou le sexisme; pourvu qu'il fasse preuve de tolérance envers ceux qui pensent différemment, rien ne l'empêcherait de conserver la vision pour le moins péjorative de certains membres de la communauté politique à laquelle il adhère[1442]. Le parallèle avec la discussion des types de communauté acceptés par la démocratie partenariat s'établit de soi : l'éducation neutraliste correspond à la communauté statistique dénoncée par les communautariens.

Dans cette optique, l'État des individus attribué à Mill ne correspond à l'éducation libérale neutraliste que si seule sa structure organisationnelle est prise en compte, à savoir l'équilibre entre l'obligation des parents de scolariser leurs enfants et celle du gouvernement

---

[1438] Discernement par ailleurs reconnu par Mill comme l'un des traits de l'individualité accomplie, voir *De la liberté*, p.46.
[1439] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.55.
[1440] Voir *supra*, chap.2-1, pp.80-88.
[1441] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.55.

de s'abstenir d'intervenir dans les contenus transmis. Néanmoins, en tenant compte de la conception du développement de la personne défendue par Mill, il apparaît que sa théorie de l'éducation n'adhère pas tant à ce modèle qu'à un modèle qualifié par Gutmann d'*éducation moraliste libérale*. Ce dernier se définit comme l'ensemble des conceptions de l'éducation qui estiment légitime la transmission de valeurs données selon différentes méthodes et modalités[1443]. Le point litigieux entre éducation libérale et éducation délibérative – dont Gutmann propose une interprétation – est alors directement saisi, soit la détermination du critère de mesure de l'éducation aux valeurs : celle-ci s'évalue-t-elle d'abord en termes de résultats indépendamment du processus employé, dans le cas qui nous occupe, les principes de dignité humaine comme convictions axiologiques fondamentales, ou s'incarne-t-elle dans le processus même employé pour les enseigner, en l'occurrence pour Gutmann, la délibération? On remarquera alors en quoi ce débat anticipe celui qui concerne la démocratie partenariat et la démocratie délibérative.

À grands traits, les conceptions moralistes de l'éducation se regroupent en deux camps, nommément les conceptions moralistes conservatrices de l'éducation et les conceptions moralistes libérales. Selon les premières, les valeurs substantielles doivent rester l'apanage de la cellule familiale, le rôle de l'école et des enseignants consistant avant tout à fournir un bon exemple et à assurer le bon maintien des élèves, surtout vis-à-vis de l'autorité. La discussion des valeurs importe peu pour une raison empirique : un cours de morale aurait peu de chance de contrebalancer dans ce domaine l'influence des parents qui, à moins de vivre en autarcie complète, connaissent vraisemblablement les systèmes de valeurs concurrents et sont donc en mesure d'y répliquer.

Toutefois, cet argument est à double tranchant car s'il est vrai que la transmission formelle de systèmes de valeurs dans le cadre scolaire est d'une influence réduite sur les comportements et convictions des élèves, il en va de même du caractère exemplaire du

[1442] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.56.

comportement des professeurs et de la transmission dudit bon maintien. Le problème peut être illustré par la différence entre comportement et motivation. Ainsi, par exemple, une éducation à la déférence envers l'autorité est incapable de mesurer en quoi le comportement des élèves reflète leur attitude vis-à-vis de l'exemple fourni[1444]. Plus essentiel, une telle éducation est incapable d'évaluer l'aptitude des élèves lorsque, devenus citoyens, ils seront confrontés à des situations inédites qui exigeront une délibération civique plutôt qu'un simple affrontement de part et d'autre d'une frontière idéologique. Qui plus est, la soumission à l'autorité du professeur, fût-elle transmise par l'exemple ou autrement, reste une valeur substantielle dont, à ce titre, l'enseignement généralisé par le biais du système scolaire doit être justifié[1445]. Or, dans le contexte d'une société pluraliste, une telle approche risque d'achopper sur nombre de difficultés, dont le traitement de chacun en égal et la démarche même du moralisme selon laquelle les résultats priment sur la méthode ne sont pas les moindres.

L'homologue libéral du moralisme conservateur accorde la même primauté au résultat sur le processus, néanmoins en faveur de l'autonomie morale, entendue comme la capacité d'adopter des valeurs substantielles susceptibles d'universalisation. Outre le parallèle entre cette conception et le déontologisme kantien, l'accent placé sur le choix rationnel entretient peut-être plus d'affinité avec ce que pourrait être l'objectif assignable de l'éducation de Mill. Ce dernier demeure éminemment critique à l'endroit des conceptions conservatrices de l'éducation, pour qui « tout le bien dont l'humanité est capable tient dans l'obéissance »[1446].

Dans son célèbre essai, Mill propose d'ailleurs une conception du développement de l'être humain qui ne se résume pas à l'affirmation de la valeur intrinsèque du choix, ni ne propose une vision désincarnée de l'élève qui choisirait ses valeurs dans un catalogue d'articles du même ordre, présentés avec une clarté et une précision variables. Il introduit l'idée de spontanéité comme étant un facteur important dans la pensée de l'éducation, la

[1443] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.56.
[1444] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.57.
[1445] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.58.
[1446] MILL John Stuart, *De la liberté*, p.49.

dissociant d'une impulsivité plus ou moins débridée possible chez un individu. De manière plus extensive, Mill souligne le caractère primordial du développement affectif dans le développement en général et plus particulièrement moral[1447]. Rejoignant ainsi les idées de Rousseau sur le respect de l'inclinaison des enfants, il propose de miser sur ce réservoir d'énergie qui, proprement équilibré, peut mener l'enfant à l'accomplissement le plus complet. *« Peut-être vaut-il mieux être un John Knox qu'un Alcibiade, mais mieux vaut encore être un Périclès; et s'il existait un Périclès aujourd'hui, aucune des bonnes qualités de John Knox ne lui ferait sans doute défaut »*[1448].

Selon cette perspective, ce n'est pas tant la transmission d'un contenu précis qui pose problème, quelle qu'en soit l'impartialité, mais la soumission qui l'accompagne, laquelle peut être immodérée et ainsi étouffer la flamme qui réchauffe le caractère[1449]. Si Mill ne nie pas la nécessité d'un rapport à l'héritage et des acquis du passé, il en condamne la justification par le biais du conformisme[1450]. Dans un raisonnement analogue à celui de Dworkin au sujet de la responsabilité spéciale, il met en relief l'importance de laisser l'enfant s'approprier le contenu disponible, non en vue du simple fait de choisir, mais afin d'en éviter la transmission dogmatique. En effet, un système de valeurs peut être susceptible d'interprétation ou ne pas convenir à la personne à qui il est adressé. Dans ce contexte, le choix représente avant tout le moyen par lequel l'enfant s'exerce à « manipuler » la matière qui lui est présentée, en l'occurrence les convictions partagées ou transmises par la tradition, en vue d'en prévenir la sacralisation.

Qui plus est, l'insistance de Mill sur le développement de l'individualité exprime une intuition importante au sujet des systèmes d'éducation en général, à savoir leur rôle par rapport à la mobilité sociale. Comme le souligne la désignation de l'éducation scolaire en tant que système de reproduction sociale consciente, toute conception de l'éducation s'expose au

[1447] MILL John Stuart, *De la liberté*, p.47. Pour le rôle de l'affectivité dans le développement de l'intelligence, voir aussi DE KONINCK Thomas, *Philosophie de l'éducation, Essai sur le devenir humain*, pp.27-35.
[1448] MILL John Stuart, *De la liberté*, p.49.
[1449] MILL John Stuart, *De la liberté*, p.50.

risque de n'incarner que le vecteur d'une répétition de contenus dont la légitimité s'appuie sur l'entretien d'une cohésion sociopolitique. Il s'agit en fait d'une ambiguïté propre à l'idée selon laquelle les choix à la disposition d'un enfant varient selon son intégration des croyances axiologiques partagées par son environnement immédiat ou par la société en général. Il est possible de interpréter cette idée comme un constat empirique ou un paramètre auquel l'éducation doit s'adapter, ou comme un principe normatif qui la guiderait : le nombre de choix à la disposition d'un enfant devrait varier selon l'intégration des croyances partagées. Si cette seconde interprétation concerne au premier chef l'État-famille, il est même possible d'en concevoir l'éventualité dans le cadre d'une éducation qui chercherait à traiter l'enfant en égal, c'est-à-dire en faisant de la transmission des valeurs partagées l'étalon de mesure de sa reconnaissance.

L'accent placé sur les dispositions affectives de l'enfant comme ressort de l'appropriation des contenus transmis sert alors de garde-fou contre une éducation qui, bien que pouvant être de qualité, serait ultimement un plaquage, à la fois produit et producteur de conformisme[1451]. Réciproquement, du fait de son articulation autour des dispositions des élèves, le système scolaire devient un moteur important de mobilité sociale, et non plus uniquement d'une reproduction sociale comprise dans un sens trop restreint. Il convient de ne pas confondre l'idée de mobilité sociale avec celle d'ascenseur social. En effet, cette dernière est relative et désigne la capacité d'atteindre une position socioprofessionnelle supérieure à celle de la génération précédente par le biais des études : par exemple, le fils d'un ouvrier qui devient avocat. Bien que cette fonction soit présente à l'intérieur des systèmes scolaires et que ses effets au cours des trois premiers quarts du vingtième siècle aient été indéniables, elle n'en constitue pas une fin en soi. D'abord, d'un point de vue empirique, l'effet d'ascenceur social a démontré ses limites : dépendant du nombre de postes disponibles sur le marché, ce qui varie selon d'autres facteurs que le nombre de diplômés, l'adéquation entre éducation d'une part, et

[1450] MILL John Stuart, *De la liberté*, p.46.

ascension sociale et égalité d'autre part, peut engendrer une inflation des diplômes. Ainsi que le soulignent Éric Deschavanne et Pierre-Henri Tavoillot, « l'inégalité reste la même, mais le curseur se déplace vers le haut »[1452]. Ensuite, selon une perspective normative, faire de l'obtention d'une profession l'objectif assignable de l'éducation équivaut à en faire une variable dépendante du marché du travail et, par le fait même, à définir les contenus selon une activité qui leur est extérieure, le travail. Pour être direct : en termes d'efficacité économique, la majeure partie des contenus enseignés sont partiellement ou complètement inutiles. Pourtant, c'est à ces contenus « inutiles », la littérature, l'histoire, la maîtrise de la langue, qu'est le plus associée l'idée de culture de la personne.

Par contraste, l'idée de mobilité sociale est plus englobante et amène à envisager des possibles à partir d'une situation donnée. Dès lors, lorsqu'appréhendée à travers les positions socioprofessionnelles, elle recouvre non seulement la mobilité horizontale – par exemple la fille d'un avocat qui devient artisane ou journaliste ou encore une personne de milieu urbain qui choisit de travailler en milieu rural – mais aussi toutes les formes d'élargissement de perspectives par l'intermédiaire desquelles l'enfant envisage ses projets. Bien que se réduisant parfois prosaïquement à la question « qu'est-ce que tu veux faire quand tu seras grand? », la mobilité sociale, en tant que manifestation de l'articulation d'un projet de vie à ses modalités concrètes, représente une fin légitime de l'éducation formelle. De ce point de vue, l'ascension sociale est à la mobilité sociale ce que la conception est au concept. C'est donc en ce sens que nous estimons qu'en vertu de l'accent mis par le système milléen sur le développement de l'originalité des enfants, voire de leur excentricité, il est possible de saisir la priorité accordée à l'épanouissement personnel plutôt qu'à un objectif social donné – lequel a de toute façon plus de chances d'être réalisé si les dispositions personnelles ont les plus grandes chances possibles de s'actualiser.

[1451] MILL John Stuart, *De la liberté*, p.48.
[1452] DESCHAVANNE Éric et TAVOILLOT Pierre-Henri, *Philosophie des âges de la vie, Pourquoi grandir, Pourquoi vieillir?*, p.470.

Même appuyée sur sa conception du développement de la personne, la théorie de l'éducation de Mill n'est pas exempte de reproche. Outre les objections qui lui sont adressées par Gutmann, on relèvera certains traits problématiques de l'utilitarisme qui anime sa pensée. En premier lieu, ses réserves à l'endroit de l'État et sa confiance à l'endroit du marché le mènent à supposer qu'une fois l'obligation faite à chaque parent de scolariser ses enfants, le jeu des préférences mènera chaque enfant à la place qui lui revient. Dit autrement, à l'obligation de scolarisation équivaut l'inclusion de tous. Or, rien n'est moins sûr; dans un contexte de concurrence, chaque école cherchera à se démarquer entre autre par le développement ou la conservation de sa réputation d'excellence et ce, d'autant plus que tous les parents disposent des moyens pour y envoyer leurs enfants – que cela soit par le biais d'un remboursement direct, de crédits d'impôts ou de subventions. Pour ce faire, le moyen le plus efficace consiste à sélectionner les enfants selon leurs aptitudes à obtenir des résultats élevés aux examens publics, tel que préconisé par Mill. Il s'ensuit que l'égalité résultant de l'obligation faite aux parents d'envoyer leurs enfants à l'école est ainsi battue en brèche par les sélections opérées à l'intérieur du système scolaire qui, peu importe leur modalité, tendront à l'exclusion. On comprend alors que nier à l'État toute implication dans l'éducation n'est pas tant le priver du droit de former les futurs citoyens que le libérer d'une de ses obligations fondamentales, à savoir garantir une place à tous les enfants, quelles que soient leurs dotations initiales. Dans le même ordre d'idées, ce problème fait ressortir un critère de distinction entre école privée et école publique peut-être plus révélateur que celui articulé en termes de type de financement des écoles, soit un critère normatif selon lequel est privée une école dépourvue de l'obligation de donner une place à tous, quelles que soient par ailleurs les modalités de paiement, et est publique une école qui doit ouvrir ses portes à tous.

En second lieu, Gutmann adresse une objection plus fondamentale à l'éducation moraliste libérale. En effet, la dernière objection, bien que pertinente, porte sur les conséquences des principes défendus par Mill et, à ce titre, elle est susceptible de recevoir les

correctifs nécessaires. Le problème peut être posé comme suit : une part importante de l'éducation de l'État des individus repose sur l'opposition au conformisme. En dépit de tous les défauts dont l'affuble Mill, le conformisme représente une des caractéristiques du troisième stade du développement moral tel que défini par Lawrence Kholberg, soit la morale conventionnelle qui marque l'adhésion à un système de valeurs en raison des attentes entretenues par la personne et par autrui, selon un idéal de réciprocité[1453]. Par contraste, l'attachement au développement de l'individualité et à un système autonome de convictions axiologiques correspondrait au sixième et dernier stade de développement moral, la morale post-conventionnelle, qui consiste en l'intériorisation complète de principes respectés pour leur valeur intrinsèque, et non plus en fonction de contraintes légales ou de l'opinion d'autrui. Or, il est connu que la plupart des individus n'atteindront jamais le niveau postconventionnel et, le cas échéant, ceci ne se réalise qu'à l'âge adulte[1454]. De ce point de vue, l'éducation préconisée par Mill est organisée autour d'un objectif qu'un système scolaire a peu de chance d'atteindre[1455]. Plus grave, en visant trop haut, des étapes peuvent être sautées et, corrélativement, l'enfant dont ce système souhaite favoriser l'épanouissement ne serait pas respecté.

Il convient de ne pas voir dans cette objection une simple préoccupation pragmatique liée au rythme d'apprentissage. En effet, le respect du développement de l'enfant coïncide avec l'exigence de reconnaissance différenciée et relève donc aussi du domaine normatif. En ce sens, l'éducation milléenne donne l'étrange image d'un projet éducatif excessif puisqu'elle ne respecte pas le rythme de l'enfant et, paradoxalement, lacunaire puisqu'elle n'offre pas de guide procédural ou substantiel à la construction de l'individualité éthique. Dit autrement, derrière le développement de l'individualité se profile une vision précise de la personne qui

[1453] La théorie du développement moral de Kholberg comporte six stades, répartis en trois groupes, pré-conventionnel, conventionnel et post-conventionnel. Le premier stade est orienté vers la punition et l'obéissance, le second stade vers l'objectif et l'échange. Le troisième stade correspond à la règle d'or, obtenir l'approbation des autres, le quatrième stade est orienté vers le système social et la conscience. Le cinquième stade correspond à la morale du contrat tandis que le sixième stade correspond à l'intériorisation de principes éthiques universels. Pour un résumé de cette théorie, on consultera GUIBET LAFAYE Caroline, *La justice comme composante de la vie bonne*, pp.50-53.

[1454] À dire vrai, Gutmann fait référence aux thèses de Rawls, lorsqu'elle développe cette objection. Toutefois, en raison de la conception du développement de Mill, nous estimons qu'elle s'y applique aussi.

est à la liberté de l'enfant ce qu'une conception compréhensive du bien est à l'égale liberté. Enfin, dans la mesure où l'objectif normatif assignable à l'éducation défendue par Mill est controversé, il y a lieu de s'interroger sur sa congruence avec le processus qui en assurerait la mise en œuvre au sein du système scolaire.

7. L'ÉTAT DÉMOCRATIQUE DE L'ÉDUCATION

En réponse aux difficultés rencontrées par les trois autres conceptions de l'autorité éducative, nommément, l'État-famille, l'État des familles et l'État des individus, Gutmann propose de combiner les forces de chacune et d'en réaliser une synthèse qui reconnaît l'importance de leurs intuitions respectives : il s'agit de l'État démocratique de l'éducation. Selon cette dernière conception, en raison des divergences présentes dans une communauté politique pluraliste sur le sens à accorder au traitement de l'enfant en égal, il importe de répartir l'autorité sur les contenus transmis entre toutes les instances mentionnées par les conceptions rivales, à savoir l'État, les parents et les experts de l'éducation – au premier chef desquels les enseignants[1456]. Rappelons que si Gutmann présente sa théorie comme une synthèse des autres conceptions, nous estimons néanmoins qu'il s'agit d'une composante de l'alternative entre libéralisme et délibérationnisme, ne serait-ce qu'en raison de l'accent placé sur la délibération comme principe de répartition et de la lecture que nous venons de proposer des thèses de Mill.

L'État démocratique de l'éducation dispose d'un avantage sur les autres compréhension de l'autorité éducative en ce qu'il coïncide avec le type de régime dans lequel il s'inscrit, la démocratie constitutionnelle, tout en assurant un regard critique sur celle-ci. En effet, le partage de l'autorité éducative garantit la représentativité des contenus adoptés en mettant sur pied un système de reproduction sociale consciente qui soit le plus inclusif possible. Pour y arriver, il se limite à ne défendre au départ qu'une valeur procédurale, à

[1455] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.60.
[1456] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.42.

savoir l'adhésion à une reproduction sociale qui reste consciente; il recherche donc un accord sur les fins assignables à l'éducation[1457].

Toutefois, l'État démocratique de l'éducation ne se limite pas à cette adhésion. Dans la mesure où les élèves auront à leur tour à délibérer sur les fins à accorder au système scolaire, il est essentiel de leur enseigner les aptitudes nécessaires à la délibération. Ici réside l'aspect fondamental de la compréhension de l'éducation de Gutmann, à savoir le dédoublement de la procédure qui devient simultanément le vecteur de valeurs substantielles. Ces dernières sont les qualités requises pour participer à une politique démocratique où chacun doit se prononcer à la fois sur sa conception de la vie bonne, sur les conceptions du bien commun et sur leur relation[1458].

Dans cette optique, le problème de l'enseignement d'un système de valeurs compréhensif est résolu puisque, quelles que soient les convictions substantielles transmises, ces valeurs sont représentatives des personnes qui les ont adoptées. Qui plus est, dans la mesure où la distinction initiale entre le bien et le mal procède nécessairement d'un système axiologique compréhensif, quitte à ce que celle-ci soit par la suite réévaluée, critiquée ou rejetée, l'enseignement de contenus moraux précis non seulement ne constitue pas un défaut, mais s'avère bien un atout.

L'État démocratique de l'éducation emprunte donc aux avantages de l'État-famille en préconisant de développer chez les élèves un intérêt envers la sphère publique qui prolongerait les convictions éthiques de leurs parents[1459]. Avantage non négligeable, puisqu'il résout aussi le problème de l'éducation des enfants à la justice par une communauté d'une justice imparfaite, chose qui, à titre de comparaison, est laissée de côté par l'éducation des individus et des familles ou exige des mesures radicales dans le cadre de l'éducation de l'État-

[1457] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.39.
[1458] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.42.
[1459] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.44.

famille. Dit autrement, même si les convictions ou leurs modalités de transmission sont imparfaites, les élèves disposent des compétences nécessaires à leur amélioration.

Enfin, le besoin de perpétuer la reproduction sociale consciente assigne des limites aux systèmes de valeurs enseignés dans le système scolaire et simultanément intègre l'avantage de l'État des individus. Pour que ce double objectif soit atteint, il importe que les élèves développent au préalable une conscience critique, ce qui suppose que l'autorité des parents et de l'État soit limitée par celle des enseignants. Cette limitation s'effectue selon deux critères : la non-répression et la non-discrimination.

La non-répression énonce le principe selon lequel l'État ne doit pas se servir de l'éducation pour restreindre l'examen critique de différentes conceptions de la vie bonne et du bien commun. Selon cette conception, la liberté constitue une condition d'effectuation d'un processus dynamique qui reste ouvert et, en ce sens, elle se distingue à la fois de la liberté négative fondée en neutralité qui est complètement indifférente aux fins poursuivies et de la liberté positive qui ne reconnaît qu'un but valable[1460]. Ainsi, la liberté non-répressive vise un but tenu pour avoir une certaine valeur, mais ce but, soit l'examen critique, reste procédural.

D'un point de vue démocratique, la délibération critique représente la forme de liberté la mieux adaptée à une communauté démocratique puisqu'elle reste ouverte, dans le sens où les principes déjà adoptés peuvent être modifiés si de nouveaux arguments moraux ou politiques sont présentés[1461]. Il convient de remarquer le parallèle entre cette conception de la liberté comme non-répression de la délibération et la liberté comme non-domination proposée par le républicanisme. Mais surtout, en ce qui concerne notre propos immédiat, la reconnaissance de la liberté comme non-répression a pour conséquence directe d'empêcher l'adoption de tout contenu qui altérerait ou restreindrait le développement des qualités délibératives des enfants – émanassent-ils des parents ou de l'État. Dans ce contexte, le rôle

[1460] Voir, à ce sujet, GUTMANN Amy et THOMPSON Dennis, « Pourquoi la démocratie délibérative est-elle différente? », traduit de l'anglais par Learry Gagné, *Philosophiques*, Société de philosophie du Québec. Automne 2002, vol.29, n° 2, « La démocratie délibérative ».URL= <http://www.erudit.org/revue/philoso/2002/v29/n2/006247ar.html>. p.200. Voir aussi, GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.44.
[1461] GUTMANN Amy et THOMPSON Dennis, « Pourquoi la démocratie délibérative est-elle différente? », p.200.

des enseignants et des autres experts de l'éducation est central car il leur revient de garantir que le processus de reproduction sociale reste *conscient*, donc délibéré[1462]. De fait, ces derniers représentent la courroie de transmission de la reproduction sociale qui assure l'auto-perptuation de la société démocratique[1463].

La non-discrimination fait reposer un principe d'accès universel à l'éducation sur cette exigence d'acquisition de compétences délibératives[1464]. Ainsi, il ne suffit pas de souhaiter que tous les citoyens d'une démocratie participent à la délibération publique, encore doivent-ils tous recevoir une préparation adéquate à leur rôle, sans quoi leur intégration à la communauté politique sera compromise. Un tel résultat est comparable à celui obtenu par un enseignement qui enfreint le principe de non-répression. Ce second principe représente donc le volet distributif de l'État démocratique de l'éducation grâce auquel la reproduction consciente reste proprement sociale[1465].

La mise en œuvre de ces deux principes au sein du système scolaire donne systématiquement une connotation publique à l'examen et à l'étude critique des conceptions axiologiques. En dernière analyse, celles-ci doivent en effet accéder à une reconnaissance partagée, c'est-à-dire respecter les conditions de possibilité de la délibération. L'élégance de la solution proposée par Gutmann est à noter, soit l'articulation en une seule idée de deux exigences généralement traitées de manière indépendante, à savoir les fins de l'éducation et sa distribution : soit l'idée de la perpétuation de la délibération. De même, la solution retenue pour partager l'autorité éducative coïncide avec le but assignable à l'éducation. Les questions qui se posent alors concernent la teneur des qualités délibératives recherchées et la façon de les enseigner. La première question implique avant tout de distinguer la délibération de la rhétorique utilisée à des fins égoïstes et de la suspension du jugement au profit d'une

[1462] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.45.
[1463] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.49.
[1464] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.45.
[1465] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.45.

tradition[1466]. À ce titre, il reviendra aux milieux scolaires, tant primaires que secondaires, de développer chez les élèves non seulement le goût pour la discussion, mais aussi pour la discussion d'enjeux proprement publics de telle manière qu'ils comprennent le lien entre leur bien-être privé et le bien commun. À l'inverse, doit être évitée une instruction autoritaire des vertus civiques, intégrée au *cursus* sous la forme d'un *habitus,* et dont le dogmatisme mènerait au scepticisme dès que celles-ci se révéleraient inappropriées à la résolution de cas inédits. Autrement dit, le *cursus* scolaire doit se maintenir dans un cadre interprétatif.

Ce faisant, le système scolaire fera la promotion des critères substantiels nécessaires à l'instauration d'une authentique délibération, à savoir la *réciprocité*, la *publicité* et l'*imputabilité*[1467]. Il est aisé de comprendre qu'il ne peut y avoir de véritable délibération si toutes les positions avancées ne disposent pas, avant examen, d'un statut égal, d'où la réciprocité : un débat au sein duquel certaines positions jouissent d'une priorité initiale n'est tout simplement pas un débat. De même, l'imputabilité représente le corrélat de la réciprocité. Ainsi, si les participants de la discussion ne sont pas tenus de répondre de leurs opinions, comment pourraient-ils discuter des conclusions adoptées lors de débats subséquents et, *a fortiori,* rendre des comptes? Enfin, la publicité s'impose d'elle-même puisque par définition, une délibération ne saurait être secrète, ne serait-ce que pour ses participants[1468]. Tout en acquérant les aptitudes nécessaires à la délibération, les élèves intègrent alors les valeurs de respect, d'écoute et d'égalité qui s'y inscrivent.

En ce qui à trait à la seconde question, soit celle de la méthode à utiliser pour enseigner les vertus délibératives, la coïncidence constatée entre le partage de l'autorité éducative et les fins de l'éducation scolaire surgit de nouveau. En effet, au risque d'énoncer une évidence, l'apprentissage de la délibération est comparable à celui de la marche : c'est en délibérant que l'on apprend à délibérer. L'État démocratique de l'éducation fait donc

[1466] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.52
[1467] GUTMANN Amy et THOMPSON Dennis, « Pourquoi la démocratie délibérative est-elle différente? », p.200.
[1468] Gutmann ajoute à ces trois critères les valeurs que sont la liberté de base, l'opportunité de base et l'opportunité équitable.

l'économie d'une pédagogie qui risquerait de se retrouver en porte à faux avec les valeurs enseignées, contrairement à ses homologues moralistes conservateur et libéral. De surcroît, tandis que le moralisme conservateur évacue toute forme d'éducation morale au profit de la soumission à l'autorité, et donc entretient des exigences quasi-inexistantes en fait d'enseignement moral, ce qui laisse la porte ouverte au dogmatisme, l'éducation démocratique propose une formation éthique à même d'être combinée avec la plupart des systèmes de valeurs des parents. Dans le même ordre d'idées, l'éducation à la délibération a beaucoup plus de chances d'être enseignée avec succès que ne l'est la moralité postconventionnelle envisagée par les moralistes libéraux. En d'autres termes, en plaçant la barre trop haute, les exigences libérales risquent de provoquer un scepticisme à l'endroit de la pertinence de l'éducation morale, celle-ci se révélant incapable d'atteindre ses objectifs[1469].

La conception de l'éducation défendue par Gutmann garantit ainsi le traitement de l'enfant en égal, puisqu'exigeant sa préparation au statut de membre de la communauté politique, tout en tenant compte de sa différence, par l'intermédiaire de la pratique de la délibération en « milieu contrôlé »[1470]. Plus fondamentalement, accordant la priorité à la question de la répartition de l'autorité éducative pour en déduire les conditions d'exercice et de perpétuation, la conception démocratique n'a tout simplement pas besoin de poser un jugement sur la « liberté différente » de l'enfant, ni de proposer un modèle de l'adulte libre pour assigner un but normatif à l'éducation. Autrement dit, l'aptitude à la délibération ne détermine pas le propre de la liberté de l'enfant par contraste avec la liberté des adultes.

Qui plus est, la conjonction de la délibération, de nature publique, à la réflexion sur la vie bonne, renvoie l'image d'un citoyen apte à prolonger ses convictions personnelles au sein de la sphère publique, ce qui n'est pas sans rappeler la conception du libéral intégré soutenue par Dworkin.

[1469] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.61.
[1470] Traitement en égal qui peut pénétrer à l'intérieur de la salle de classe lorsque, ayant acquis une certaine aptitude à la délibération, les élèves participent à l'élaboration du contenu étudié, par exemple, au secondaire.

Enfin, et ce point vaut la peine d'être souligné, la compréhension de l'école comme lieu de délibération entre les parents, les représentants de l'État et les enseignants s'inscrit dans la logique d'espaces de participation à l'échelon local. À titre d'intermédiaire entre l'échelon local, soit le quartier des enfants qui la fréquentent, et l'échelon régional ou national, soit le ministère de l'éducation concerné ou, dans un système décentralisé, l'examen public d'aptitudes scolaires préparant l'accès à l'éducation supérieure, l'école constitue une instance de participation qui harmonise le contact entre dimension privée et dimension publique de l'identité est plus étroit[1471].

Pour reprendre l'idée de Deschavanne et Tavoillot, la solidarité familiale recèle un important potentiel de mobilisation politique, vraisemblablement sous-estimé[1472]. Or, l'école est l'un des premiers objets de cette solidarité puisque, d'une part, tout parent souhaite la meilleure formation possible pour ses enfants et, d'autre part, toute personne pourra comprendre la légitimité de ce souhait, en ayant été elle-même le sujet. Certes, il sera possible de pointer du doigt des cas où cette solidarité a failli à la tâche. L'instauration d'institutions de soutien ou le cas échéant, de protection, souligne en quoi ces cas ne sont pas justifiables – ce qui ne signifie pas pour autant qu'ils ne soient pas compréhensibles. À ce titre, la coexistence au sein du même espace de délibération d'un intérêt privé, « pour mes enfants plutôt que ceux des autres », avec un intérêt public, pour une reproduction sociale consciente adéquate, signale le caractère privilégié de cette échelle de participation. S'esquisserait alors une dimension supplémentaire du caractère public d'un système scolaire, outre le type de financement et l'obligation d'accueil des futurs citoyens : celle d'un lieu de débat des citoyens actuels, notamment par le biais d'instances de représentations – tel au Québec, les Commissions scolaires, aux-Etats-Unis les *School Boards* ou, en France, dans le cadre du

[1471] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.75.
[1472] DESCHAVANNE Éric et TAVOILLOT Pierre-Henri, *Philosophie des âges de la vie, Pourquoi grandir, Pourquoi vieillir?*, p.431.

partage des compétences, les Communes, les Conseils académiques de l'éducation nationale et les Conseils départementaux de l'éducation nationale[1473].

Pour que cette idée ne reste pas de l'ordre de la définition abstraite, il importe de déterminer le critère qui permette d'abord d'équilibrer l'imputabilité entre lesdites instances et ensuite d'assurer la coordination du système scolaire à l'ensemble d'une société complexe. Dit autrement, d'équilibrer la participation locale et la centralisation du système. La question n'est pas uniquement administrative car, du critère élaboré, dépend le respect du principe de non-discrimination. Ainsi, un système scolaire trop décentralisé risque de mener à une disparité éducative préjudiciable aux élèves et à l'instauration d'une sphère publique commune, tandis qu'une éducation trop centralisée risque de décourager la participation des citoyens[1474]. Une grande retenue s'impose dans la présentation et la définition d'un tel critère, puisqu'il s'applique à un domaine sensible où les principes à élaborer doivent prendre en compte la réalité sociale dans laquelle ils prétendent s'insérer. Ainsi, dans le cas précis, le rapport adéquat entre délibération sur l'éducation et centralisation ne peut être tenu pour fixe dépendant en grande partie de la place accordée à l'éducation dans la culture politique, du rapport entre les schèmes institutionnels et la réalité administrative et de la perception entretenue à l'endroit de la participation. Par exemple, en dépit d'un système scolaire relativement décentralisé comme celui qui prévaut au Québec où les commissaires sont élus et où les commissions scolaires disposent d'une relative marge de manœuvre, notamment en ce qui concerne les projets éducatifs des écoles sous leur responsabilité, la participation aux élections scolaires oscille autour de dix pour cent de la population inscrite.

Les critères évoqués ne peuvent donc être qu'indicatifs; il appartient à chacun de se faire une idée à ce sujet. Toutefois, un élément mis de l'avant par Gutmann peut être suggéré. Ainsi, même dans une structure complexe de partage des compétences où chaque niveau

[1473] Bien que le rôle de ces groupes intermédiaires varie grandement selon les pays. Ainsi, tandis que l'autorité des School Boards s'étend au contenu des programmes et parfois même à la perception de taxes scolaires, les commissions scolaires québécoises disposent d'une certaines latitude dans l'application des programmes, mais pas en ce qui concerne leur élaboration qui reste du ressort du ministère. Enfin, en France, les communes et les

dispose de ses propres modalités de participation, les enseignants ont un rôle clef quant à l'application du principe de non-répression, rôle qui se communique à l'entretien de la sphère locale de participation. En effet, ces derniers agissent à titre d'intermédiaires entre la communauté immédiate – définie par les famille des enfants à qui ils enseignent – et la communauté politique qui a défini les contenus enseignés, quel que soit l'échelon auquel cette élaboration a été menée[1475].

Dans la mesure où les parents ont un accès privilégié aux professionnels chargés de développer le regard critique que les enfants portent sur les contenus collectifs qui leur sont soumis, il devient possible de préserver une dynamique de délibération locale qui ne mène pas au particularisme collectif, mais qui maintienne une dynamique centripète autour de l'école. Pour que cette collaboration porte ses fruits, les enseignants doivent nécessairement avoir un rôle et une influence dans l'élaboration du *cursus,* ce qui implique que leur soit reconnue une autorité plus grande que celle de simple automate dont le seul mérite consiste à avoir lu le manuel scolaire avant les élèves[1476]. À notre connaissance, rares sont les systèmes scolaires au sein desquels les enseignants jouissent de cette reconnaissance.

8. DISCUSSION : QUELLE ÉDUCATION POUR LA JUSTICE COMME SOLLICITUDE?

a. Points communs et différences

Au vu des termes de l'alternative posée par l'éducation des individus de Mill et l'éducation démocratique de Gutmann, il convient de s'interroger sur la place relative du libéralisme dworkinien vis-à-vis de ces deux modèles. Si l'on s'en tient à une interprétation stricte des conceptions de la démocratie de Gutmann et de Dworkin, il semble que ce dernier tende plus vers l'éducation des individus. La démocratie partenariat dworkinienne correspond

collectivités générales et régionales ont une fonction strictement administrative qui concerne surtout les infrastructures matérielles. Le contenu de la formation relève exclusivement du ministère de l'éducation nationale.
[1474] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.73.
[1475] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.76.
[1476] GUTMANN Amy, *Democratic Education*, p.78.

en effet à une compréhension fortement constitutionnelle de la communauté politique, au sein de laquelle la participation à la vie civique est à la discrétion de chacun. À l'inverse, la conception délibérative mise de l'avant par Gutmann défend la valeur primordiale de la participation au débat public pour entretenir le tissu de la communauté politique. Les droits fondamentaux que Dworkin situe au sommet du dispositif politique ne représentent donc que des pièces du mécanisme délibératif.

Néanmoins, la question ne semble pas pouvoir être tranchée aussi facilement, et ce, pour plusieurs raisons. En premier lieu, le libéralisme de Dworkin est compréhensif et, au même titre que l'éducation démocratique, engage une articulation des conceptions du bien et de la sphère publique. Ainsi que nous l'avons vu au cours du chapitre précédent, la démocratie partenariat est en mesure d'accommoder une valorisation de la participation à la sphère publique. De surcroît, la conception de la communauté libérale comme actant collectif intégré partage plus de points communs avec la communauté délibérative gutmannienne qu'avec l'actant collectif utilitariste qui procède d'une vision statistique de la communauté[1477]. Enfin, Dworkin critique autant la possibilité théorique d'un discours méta-axiologique neutre que la pertinence pratique d'un libéralisme fondé en neutralité. Il est dès lors permis de conclure que le système scolaire qui procéderait de la justice comme sollicitude se rapprocherait fortement de la conception démocratique de l'éducation.

Conclusion confirmée par les écrits les plus récents de Dworkin mentionnés en début de chapitre au sujet de la détérioration du dialogue politique : même si la participation relève de l'initiative personnelle, la maîtrise d'une aptitude de base à la réflexion normative est non seulement indispensable à la santé démocratique, mais il est légitime d'en enseigner les rudiments par l'intermédiaire du système scolaire. Qui plus est, dans la mesure où les enfants représentent la figure de l'altérité la plus particulière de la démocratie, exigeant à la fois une reconnaissance catégorique d'égal à égal et un traitement différencié, la conception de

[1477] À titre de rappel, un actant collectif statistique est composé de la somme des actes individuels avec qui il se confond.

l'éducation démocratique semble constituer l'équilibre adéquat par lequel réaliser ce que Cevey désigne comme la conjugaison de l'inconditionnalité du respect et du développement des compétences dont l'enfant ne dispose pas encore[1478].

De ce point de vue, l'éducation à la délibération apparaît comme un remède adéquat à la double ignorance qui alimente la précipitation. En effet, si l'on admet que la précipitation équivaut à une représentation erronée d'autrui sur la foi d'un principe dont on a occulté l'appel au jugement pour en faire un mécanisme – pour telle personne dans telle situation, tel traitement – la réciprocité nécessaire à l'acquisition de qualités délibératives autorise à supposer une ouverture à l'autre, ou du moins à son point de vue, ce qui s'effectue au détriment de la précipitation. Cela, ne serait-ce qu'en raison du statut provisoire des conclusions d'une délibération, lequel invite constamment à une réflexion, une réévaluation ou une exploration supplémentaire de ce qui a été collectivement mis en œuvre.

Une réserve doit toutefois être apportée à cette conclusion qui convoque de nouveau l'éducation des individus à l'avant scène – du moins, les problèmes qui y sont liés. Si la délibération contient effectivement des convictions axiologiques substantielles parmi ses conditions de réalisation, elle ne peut néanmoins définir de manière indépendante les critères qui évalueront si les conditions qui l'entourent sont à la mesure de ces contenus substantiels puisque, par définition, conditions et contenus résultent de la délibération[1479]. Il s'ensuit le risque de voir émerger une pratique de la délibération décalée car dépendante de conditions, dans le cas précis, l'environnement de la salle de classe et la régularité qui le caractérise, qui ne se reproduisent pas ou peu dans le cadre de la société civile.

Dans ce contexte, la force de la délibération apportée par la relative indifférence aux conclusions adoptées, tant que ces dernières n'enfreignent ni la non-répression ni la non-discrimination, se transforme en une faiblesse analogue aux apories des conceptions

[1478] CEVEY Roger, *Regard éthique sur le geste éducatif*, p.117.
[1479] Nous nous inspirons d'un raisonnement de Frank Michelman, voir « Democracy and Positive Liberty », *Boston Review*. Octobre-novembre 1996. URL = <http://bostonreview.net/BR21.5/michelman.html.> Copyright Boston Review.

discontinues de la morale. En effet, l'instauration d'un débat ne garantit pas que les conclusions tirées constitueront un dépassement positif des positions en présence; le contraire est également possible.

Ainsi, il est possible d'imaginer une situation où l'objet du débat engagerait des convictions suffisamment fortes pour que les participants se contentent d'une mesure de coexistence, afin de préserver l'intégrité de leurs croyances. Autrement dit, il s'agirait d'une solution de compromis qui repousserait le débat à sa prochaine remise en question. Il s'ensuit que la délibération ne peut à elle seule empêcher les participants de procéder à une épuration des arguments présentés dans le débat afin de réunir le consensus nécessaire pour définir des conditions minimales de coexistence. À proprement parler, une telle évolution n'enfreindrait aucun des principes de délibération, puisqu'elle ne porterait pas tant sur le type de contenu ou de croyance, mais sur la profondeur des valeurs invoquées. À titre d'illustration, un débat au sujet du filet social peut aboutir à une comparaison de budget parce qu'il est plus aisé de s'entendre sur une enveloppe budgétaire que sur les aspects plus controversés du problème, tels la responsabilité des acteurs impliqués ou le rôle des circonstances vis-à-vis des choix. Or, c'est précisément de ce type d'appauvrissement dont il est question, lorsqu'est évoquée la désertion de la sphère publique. Qui plus est, un tel compromis tend à engendrer la précipitation puisque le principe qui en résulte manifeste précisément la volonté d'éviter de considérer les problèmes du point de vue de l'autre. La question se pose alors : pourquoi délibérer?

Question qui introduit d'emblée le problème inhérent aux deux dimensions de la polémique normative que sont les questions posées et les positions défendues, toutes deux susceptibles d'accord ou de désaccord[1480]. En ce sens, en tant que pratique sociale visant à assigner des objectifs normatifs à d'autres pratiques sociales, la délibération suppose qu'il y ait eu accord préalable à son sujet, c'est-à-dire que l'on ait répondu par l'affirmative à la

[1480] Il s'agit en fait d'une autre manière de formuler la distinction entre concept et conception.

question de la pertinence de délibérer, qui plus est, de délibérer sur des enjeux publics. Dans cette optique, il convient de se demander si la combinaison de polémiques de plus en plus intenses – l'avortement, les signes religieux ostensibles, les vertus, etc. – avec la désertion de la sphère publique – une baisse de participation aux élections, de l'implication au sein des formations politiques traditionnelles tel les partis politiques et les syndicats, etc. – ne signale non pas un *dissensus* au sujet des positions substantielles, mais bien au sujet de la question d'en délibérer.

Ces deux objections se combinent pour souligner la relative dépendance de la délibération au stade postconventionnel du développement moral. En effet, selon Gutmann, la délibération est plus facilement enseignée que la morale de principe, dans la mesure où son intégration suppose seulement l'atteinte du stade conventionnel – ou au mieux, la première étape du stade postconventionnel[1481]. Or, ce qui pousse l'« individu conventionnel » à adhérer à un système de valeurs est soit l'obtention de l'approbation d'autrui soit, lorsque des stades plus élevés sont atteints, le respect de l'ordre social ou l'obéissance à la volonté de la majorité, celle-ci sanctionnant les comportements moralement admissibles. Toutefois, même appréhendée sous un rapport complètement quantitatif, la complexité des sociétés contemporaines est telle que les avantages dérivés de la délibération ne sont perceptibles qu'à une échelle réduite. C'est d'ailleurs de ce fait que l'idée de l'école comme noyau d'un forum public tire sa pertinence. Néanmoins, le risque est grand de voir l'« individu conventionnel » interrompre sa pratique de la délibération dès l'école quittée, parce que l'approbation sociale n'est plus au rendez-vous ou que les autres contraintes de la vie en société, telles le travail ou les obligations financières, en atténuent l'effet ou encore tout simplement parce qu'il n'existe pas de forums au sein desquels la délibération soit sujette à approbation. En ce qui a trait aux deux stades suivants du développement moral soit le système social et la conscience et la morale du contrat, l'objet sur lequel l'individu reporte sa loyauté peut être plus réduit que la

[1481] Au cours duquel l'individu soutient les institutions politiques et les lois qu'elles édictent parce qu'il estime que la société s'en portera mieux.

communauté politique : l'ordre social s'incarne dans le milieu professionnel et la loi de la majorité se confond avec la culture d'entreprise. Bref, même si les opérations qui caractérisent la délibération exigent un développement moral moins complet que celui de la morale de principe, la perpétuation de l'adhésion à la délibération au sujet du bien public dans un contexte changeant relève de cette dernière. De ce point de vue, l'éducation démocratique se rapproche d'une éducation moraliste visant la transmission de valeurs délibératives.

b. Une éducation à la culture générale

L'objection précédente peut être résumée comme suit : de manière générale, les avantages de la délibération comme résolution des conflits moraux – par opposition à d'autres démarches tel l'arbitrage par un tiers – n'apparaissent qu'*a posteriori*, une fois la délibération accomplie. Or, nos communautés politiques sont singulièrement dépourvues de pratiques délibératives, exigeant de ce fait une adhésion de principe à leur endroit. Au même titre que l'habitant d'un hameau peut ne jamais éprouver le besoin de voir ce qui existe au-delà de l'horizon et de ce fait entretenir l'illusion qu'il réside dans une métropole, le citoyen contemporain peut réduire sa vie civique à un vote ponctuel sans porter d'intérêt pour la chose publique si ce n'est pour commenter le journal télévisé. En ce sens, le projet éducatif de l'éducation démocratique impose à l'enfant une représentation particulière de l'adulte en tant qu'adhérant à la démocratie délibérative.

L'éducation à la délibération semble donc connaître le même problème que l'éducation des individus, à cela près que le caractère excessif de son projet éducatif comporte une dimension relative. Ainsi, le caractère plus ou moins principiel de l'adhésion à la délibération dépend de sa pratique effective et de sa perception par le sujet : moins la pratique de la délibération est répandue dans une communauté politique, plus la perception des bénéfices instrumentaux la distinguant d'une moralité de principe suppose une représentation élargie de ladite communauté, c'est-à-dire telle que la personne concernée puisse l'envisager

autrement. De même, l'appréciation des valeurs présentes au sein de la délibération suppose la construction de l'arrière-plan normatif composé des phénomènes susceptibles de soulever une question axiologique et d'être débattues. Il s'agit en fait de la distinction entre paramètre et paramètre normatif développée au sein du modèle de défi : dans l'appréhension de son environnement, le sujet considère certains paramètres comme relevant des faits, tandis que d'autres relèveraient des convictions normatives.

Or ni cette distinction, ni son critère ne sont donnés; l'individu dispose toujours du choix entre l'objectivation et l'évaluation de son environnement, c'est-à-dire sa saisie telle qu'il puisse être porteur de sens. De ce point de vue, la distinction entre paramètre et paramètre normatif s'applique à l'ensemble de la réalité. Par exemple, il est aussi possible de voir dans le Mont Blanc un amas de pierres recouvert de quelques tonnes d'eau gelée qu'une beauté naturelle irréductible à toute autre montagne. La dernière éventualité influence l'adhésion à la délibération puisque cette dernière repose précisément sur l'identification de paramètres normatifs au sujet desquels délibérer. Si ces derniers sont peu nombreux, ou perçus comme tels, la pertinence du recours à la délibération comme procédure de résolution des controverses reposera plus sur la valeur intrinsèque qu'on lui attribue que sur son efficacité. Le développement de l'aptitude à la délibération doit donc s'accompagner de l'élargissement de l'arrière-plan normatif des élèves : si ce dernier est peu développé, on est autorisé à dire de l'éducation délibérative qu'elle est lacunaire. Comment enseigner un tel élargissement sans par le fait même empiéter sur la responsabilité spéciale de l'enfant?

De ce point de vue, l'éducation des individus axée sur l'épanouissement de la spontanéité de l'élève semble présenter une certaine pertinence si l'on admet que l'élan initial du regard évaluatif en dépend[1482]. À ce titre, les difficultés rencontrées par l'éducation délibérative semblent plaider en faveur d'une synthèse des deux positions. Pour autant, il ne s'ensuit pas que les objections formulées par Gutmann à l'endroit de l'éducation milléenne

[1482] Sans pour autant défendre l'idée que le regard objectivant ne repose en rien sur la spontanéité.

aient disparu; dans l'esprit de la justification par abduction, la synthèse envisagée devra donc saisir en quoi chaque interprétation de l'éducation ajoute un élément de compréhension à l'égalité différenciée qui anime la relation éducative.

Néanmoins, il convient de ne pas verser dans l'extrême opposé. Pour l'énoncer selon les termes de la stratégie par défaut mentionnée au début du chapitre, tant la conception de la liberté que Mill assigne à l'éducation que celle défendue par Gutmann restent encore trop proches d'une vision de l'adulte et de ce fait risquent de ne pas répondre aux besoins de l'enfant. Au contraire, à trop rechercher une liberté qui serait le propre de l'enfance, ne risque-t-on pas de sacrifier l'égalité sur l'autel de la différence? Dès lors, peut-être est-il possible d'appréhender le problème sous un angle différent, susceptible de prendre acte de la tension entre identité et différence, sans pour autant y voir une antinomie indépassable.

Ainsi, l'exigence de respect du rythme de l'enfant formulée par l'objection de Gutmann suggère simultanément la possibilité de concevoir l'enfance comme un processus qui se détache sur un fond de dignité partagée. De ce point de vue, la reconnaissance d'une liberté propre à l'enfance ne doit pas être interprétée comme une altérité stricte, mais bien comme une différenciation qui s'exprime par degrés. En d'autres termes, il s'agit de penser la différence enchâssée dans l'égale liberté selon le schème de la continuité entre différents niveaux d'intensité et non selon le mode du clivage, la liberté de l'enfant se distinguant par opposition à celle de l'adulte. Il devient alors possible de saisir la différence de la liberté infantile non plus selon une conception suffisamment inclusive de l'égale liberté pour en accommoder différentes modalités particulières, mais en considérant la liberté elle-même comme le processus par lequel une existence devient une histoire dotée d'un début, d'un développement et d'une fin. La liberté de l'enfant est la condition de possibilité de la liberté de l'adulte et non un déficit.

De ce point de vue, la position de Deschavanne et Tavoillot selon laquelle l'enfance constitue un processus au cours duquel le sujet apprend peu à peu à se décentrer pour devenir

l'interprète de son existence, le narrateur de son histoire, nous apparaît particulièrement pertinente[1483] : *« l'enfant est un être qui veut grandir »*[1484]. En ce sens, le propre de l'enfance réside dans une liberté qui prend conscience d'elle-même par le biais de son exercice. L'enfant est potentiel dans l'unique mesure où il prend conscience de cet état pour se demander qu'en faire et non en vue d'un objectif prédéterminé[1485]. Outre l'égale importance qu'il partage intégralement avec ses éducateurs, l'enfant dispose d'emblée d'une responsabilité spéciale qui consiste alors à préparer le terrain à l'exercice des diverses modalités de la liberté qui seront siennes.

Avec un tel point de repère, nous sommes en mesure de proposer la synthèse annoncée entre éducation des individus et éducation démocratique, que nous désignons par l'expression *éducation à la culture*. Selon cette conception, l'objectif normatif de l'éducation consiste à fournir à l'enfant la culture générale nécessaire à l'élargissement de son horizon normatif. Par culture générale, nous ne faisons par référence à un contenu particulier, composé par exemple d'un *corpus* de connaissances universellement partagées, mais à la capacité d'envisager un phénomène sous différents rapports, ce qui suppose la maîtrise de différentes méthodes de réflexion.

Il s'agit donc plus d'une manière de percevoir les contenus transmis par le biais du système scolaire que d'un type de sujet. Cette perception se justifie par la compréhension de la liberté infantile comme prise de conscience d'une capacité à se raconter soi-même, donc, dans une certaine mesure, à sortir de soi, à la manière d'un jugement réfléchissant dont l'objet serait le sujet lui-même[1486]. En effet, le décentrement requis pour se construire une identité narrative suppose que l'élève ait au préalable fait l'expérience de ses propres capacités intellectuelles.

[1483] DESCHAVANNE Éric et TAVOILLOT Pierre-Henri, *Philosophie des âges de la vie*, p.341.
[1484] DESCHAVANNE Éric et TAVOILLOT Pierre-Henri, *Philosophie des âges de la vie*, p.344.
[1485] Nous nous inspirons du propos de Éric DESCHAVANNE et Pierre-Henri TAVOILLOT in *Philosophie des âges de la vie*, p.346.
[1486] DESCHAVANNE Éric et TAVOILLOT Pierre-Henri, *Philosophie des âges de la vie*, p.339. Le parallèle avec le jugement réfléchissant n'implique que nous.

L'enfant doit être convaincu de sa capacité d'apprentissage. En ce sens, apprendre revient à éprouver un pouvoir intellectuel. Les différentes matières enseignées à l'école constituent autant d'occasions pour l'élève de prendre la mesure de ses aptitudes personnelles : le cours d'histoire requiert l'exercice d'un type de réflexion, par opposition aux cours de mathématique ou de français qui en exigent d'autres. Certes, cette expérimentation commence bien avant l'éducation scolaire qui, à toutes fins pratiques, la relaie plus qu'elle ne la provoque. Toutefois, la juxtaposition systématique de contenus différents facilite le passage à l'étape suivante, à savoir la prise de conscience que le même phénomène peut être appréhendé de plusieurs manières. Par exemple,un troupeau de vaches peut être appréhendé par le biais de ses propriétés physiques et biologiques ou du processus économique sous-jacent à l'exploitation de la ferme. Cet exemple met en évidence comment il est possible de saisir un champ du savoir à travers le prisme d'un autre.

Bien entendu, les disciplines enseignées entretiennent entre elles certains rapports de priorité; ainsi faut-il maîtriser un langage, naturel ou formel, avant de pratiquer le raisonnement historique ou le raisonnement physique. Néanmoins, même l'apprentissage de ces savoirs premiers relève de cette activité au cours de laquelle l'élève repousse ses propres limites et s'entraîne ainsi au discernement associé à la responsabilité spéciale. Par exemple, le simple fait de retenir l'alphabet revient à éprouver ses capacités mnésiques[1487]. Dans ce contexte, l'idée de culture est d'abord réflexive : l'élève *se* cultive par l'intermédiaire de son environnement. De même, le qualificatif « général » fait référence à l'emploi du plus grand nombre de moyens possibles pour amener l'enfant à éprouver son pouvoir d'apprentissage[1488].

Ainsi conçue, la culture générale intègre le respect de la spontanéité de l'enfant préconisée par l'éducation des individus sans toutefois faire appel à une moralité de principe.

[1487] Bien que nous ne puissions nous étendre sur le sujet, cette dernière remarque souligne la dimension artificielle de l'opposition entre pédagogie dites « du contenu » et pédagogies « par compétence ». Tout contenu constitue l'occasion d'acquérir ou d'exercer une compétence, à l'inverse, une compétence ne peut s'exercer à vide, c'est-à-dire sans un contenu qui pousse l'élève à un dépassement de ses acquis.

La première résulte de la conception temporelle de l'enfance susmentionnée. La spontanéité de l'enfant n'est pas mesurée à l'aune d'un résultat défini indépendamment de ses progrès, dans le cas précis une adhésion libre de tout conformisme à un ensemble de convictions axiologiques, mais par l'expérience prolongée de l'utilisation de ses facultés. À ce titre, le processus même de prise de conscience du pouvoir intellectuel dispose d'une valeur intrinsèque qui ne présuppose pas l'identification de bénéfices particuliers. Dans le même ordre d'idées, l'éducation comme culture générale éclaire le choix d'une lumière différente. Par opposition aux conceptions neutralistes de l'éducation, le choix dont dispose l'élève est indexé non à la quantité de styles de vie ou de systèmes de valeurs qui lui sont présentés, donc ultimement à des objets extérieurs, mais bien aux facultés intellectuelles dont il a pris conscience. Il s'agit donc d'un choix qu'il exerce face à lui-même, par rapport au potentiel qu'il s'est découvert.

Il serait possible d'objecter que cette conception de la culture générale fait de la puissance de raisonnement le seul but de l'éducation, correspondît-elle à un éveil ou à une prise de conscience. À moins d'assimiler puissance de réflexion et convictions morales, rien ne permet de garantir que cette éducation n'engendrera pas le même type de relativisme que ses homonymes individualistes et neutralistes : la compétence intellectuelle ne garantit pas une science pourvue de conscience. Qui plus est, si un enfant est capable d'agrandir son périmètre de compréhension par analogies et distinctions, il ne s'ensuit pas qu'il saura sortir de ce qui ultimement reste de l'ordre du monologue.

Si cette critique n'est pas erronée, elle néglige cependant un aspect primordial de la culture générale pour la réduire à un rapport quantitatif. En effet, l'expérimentation de différents types de réflexion constitue la condition nécessaire de la culture générale, mais non sa condition suffisante ni son but premier. Pour le rappeler, ce but reste le décentrement,

[1488] À ce sujet, la confrontation de l'élève au plus grand nombre d'expériences possibles soulève la question de la place des formations manuelles et de l'éducation physique dans le développement des facultés cognitives : devrait-on consacrer un plus grand nombre d'heures du cursus à la maîtrise des aptitudes manuelles?

c'est-à-dire l'aptitude à à considérer un événement d'un point de vue différent. Il s'ensuit que le survol de différentes disciplines représente une propédeutique de ce qui constitue à la fois l'expérimentation et l'élargissement d'horizon le plus significatif, à savoir l'application de l'intelligence tant au registre normatif qu'au registre descriptif. L'éducation constitue donc le type de liberté en exercice évoquée par le néo-républicanisme.

Dès lors, le rôle que nous assignons à l'éducation démocratique et à la délibération devient clair. De manière générale, tout cours d'éthique, quel qu'en soit le contenu, représente une occasion supplémentaire pour l'élève d'éprouver sa capacité intellectuelle. Néanmoins, un tel cours manquera sa cible principale si les valeurs enseignées le sont de manière autoritaire, c'est-à-dire comme un ensemble de règles à apprendre. S'il en était ainsi, l'élève serait bel et bien confronté à un nouveau savoir, mais celui-ci ne se distinguerait pas outre mesure de n'importe quel autre savoir descriptif : tuer des bébés phoques relèvera de la description au même titre que la Guerre de Cent ans ne correspond pas réellement à un siècle de combats ininterrompus. Cette absence de distinction correspond au conformisme redouté par Mill, à cela près que ce n'est pas en en retirant la réflexion normative des écoles qu'il sera le plus efficacement combattu. En effet, appréhendées à travers le prisme de l'élargissement de l'horizon intellectuel, tant l'éducation des individus que la transmission autoritaire d'un code moral précis représentent des réponses qui excluent d'office l'application de l'intelligence à ce domaine et donc la prise de conscience de sa maîtrise – potentielle ou avérée.

De ce fait, si tant est que la culture générale entreprend de soulever la question « pourquoi? », la conjonction du discours descriptif au discours évaluatif en général – incluant tant le registre esthétique qu'axiologique – en représente la modalité la plus difficile à maîtriser en raison de leurs conditions de vérité et de connaissance respectives. Ce qui, incidemment, ne signifie pas qu'il faille en retarder l'insertion dans le *cursus*; bien au contraire : si l'on admet que la différence entre les deux ordres de réflexion est la plus

significative, il convient de s'y exercer passablement tôt. Il s'ensuit que la délibération acquiert une dimension didactique primordiale, puisque ses principes autorisent une appréhension proprement normative de l'éthique comme exercice critique et non comme apprentissage d'une liste d'instructions comportementales. En effet, non seulement le principe de non-répression autorise-t-il l'examen de l'ensemble des systèmes de valeurs, mais, dans la mesure où cet examen s'effectue par le biais d'autres convictions normatives – et non d'un point de vue archimédien – et à l'aide du principe de non-discrimination, la délibération ouvre la porte au décentrement le plus fondamental, à savoir la perspective d'autrui. S'il est vrai que l'on ne peut attendre que l'enfant développe, au cours de ses seules anéées passées à l'école, l'aptitude à percevoir autrui comme une fin en soi, cette exploration initiale du registre axiologique n'en reste pas moins primordiale pour le développement de son discernement, en tant que recoupement entre le constat de sa propre aptitude à juger et la prise de conscience qu'autrui partage cette faculté.

En ce sens, l'éducation à la culture générale intègre les avantages de l'éducation démocratique par la constitution d'un horizon intellectuel suffisamment étendu pour incorporer une saisie délibérative de la normativité. Réciproquement, c'est à mesure que le regard évaluatif est capable d'embrasser un large horizon que la liberté de délibération gagne en importance. En d'autres termes, l'importance accordée au devoir-être croît à mesure que se développe la conscience de l'être. Il est alors possible de proposer une caractérisation du traitement en égal de l'enfant : un enfant est traité en égal lorsqu'il lui est permis de prendre la mesure de son potentiel de compréhension de son environnement, c'est-à-dire lorsque lui ont été donnés les moyens de *se* cultiver en tant que sujet libre. L'ironie de ce traitement en égal tient à ce qu'une fois ce potentiel intégré, l'individu n'est déjà plus tout à fait un enfant.

c. Éducation à la culture générale et précipitation

La question se pose alors du rapport entre la précipitation et l'éducation à la culture générale : en quoi cette dernière contribue-t-elle à la prévention de la précipitation? De façon systématique, ainsi que nous l'avons mentionné plus haut, l'éducation à la culture générale dispose du bénéfice du doute dans la mesure où l'on accepte la thèse selon laquelle la relation éducative représente l'archétype des paradoxes de l'égalité différenciée. Ainsi, si notre synthèse de l'éducation des individus et de l'éducation démocratique se tient, une conception légitime du traitement des enfants en égaux en émerge. En raison de la complexité accrue de la relation éducative en fait d'égale liberté, il s'ensuivrait que le principe d'appropriation d'un potentiel à l'œuvre dans l'éducation à la culture générale s'appliquerait aux relations d'égalité différenciée parmi les membres de la communauté politique. Néanmoins, cette relation conceptuelle de l'éducation comme culture générale à la précipitation ne doit pas occulter son apport substantiel aux membres de la communauté politique. Il est possible de l'exprimer comme suit : si une communauté politique fondée en justice comme sollicitude se signale par la possibilité pour chacun de ses membres de vivre selon le principe d'intégrité éthique, la conception de la culture générale que nous assignons à l'éducation en représente la contrepartie institutionnelle. Par l'expérience liée à l'élargissement de son horizon normatif, l'individu devient capable de penser sa situation vis-à-vis des paramètres de sa communauté politique et d'en voir les éléments normatifs comme susceptibles d'appropriation. De ce point de vue, il est possible de considérer que l'éducation à la culture générale soulève, au sujet du libéralisme compréhensif de la justice comme sollicitude, un problème de continuité. De façon succinte, dans le cadre du processus du libéralisme dworkinien, l'obligation des institutions publiques en termes d'élaboration et d'identification des défis à relever se limite à une exigence de respect. Les obligations de justice dont hérite l'État concernent exclusivement les moyens nécessaires à la réalisation des projets de vie ainsi dégagés. L'éducation comme culture générale constitue dans ce contexte le critère de définition des

obligations de l'État quant à l'identification des paramètres normatifs nécessaires à l'intégrité éthique.

De ce point de vue, plus un système d'éducation respecte les exigences de la culture générale, plus le membre de la communauté politique sera en mesure d'évaluer la valeur normative de la pratique de la justice et ainsi, d'assigner un sens à son inscription dans la durée vis-à-vis de ses propres aspirations. C'est là, nous semble-t-il, la condition pour que le libéral intégré soit en mesure de prendre avantage des différentes figures d'égale liberté, y compris la composante politique invoquée par le néo-républicanisme de manière à s'affirmer comme membre à part entière de la communauté d'interprétation.

d. Éducation à la culture : une liberté positive?

À la fin de l'étude du néoclassicisme, nous avons suggéré l'éventualité que la réalisation de l'égale liberté s'incarne dans la configuration d'une liberté négative conjuguée à une liberté positive. Néanmoins, l'évocation de cette accentuation, déjà amorcée dans le ressourcisme dworkinien, doit inciter à la même prudence que la référence à un actant collectif communautaire. En effet, l'application de ces deux notions a bien souvent été l'occasion du pire lorsqu'elles ont donné lieu à des interprétations monolithiques de leur concept. Qui pourrait ignorer les mises en garde de Berlin quant à la politisation d'une valeur qui définit la liberté comme un accomplissement fondé en maîtrise de soi, mesuré en excellence, et correspondant à une nature à ce point indépendante de la volonté du sujet qu'elle peut aller à l'encontre de ses souhaits les plus ardents[1489]? Néanmoins, nous avons vu que le néo-républicanisme, par le biais de la notion de moyen non-substituable, ouvrait la porte à une interprétation de la liberté en exercice qui ne porte pas atteinte à l'indétermination éthique qui fonde l'autonomie du sujet.

[1489] BERLIN Isaiah, « Two Concepts of Liberty » in *Liberty*, p.179.

L'on peut alors s'interroger sur la place de l'éducation à la culture générale vis-à-vis des deux interprétations de la liberté. En effet, tant son antériorité par rapport aux différentes figures de l'égale liberté que son association au développement d'un pouvoir intellectuel suggèrent une forme de liberté en exercice : l'individu se libère à mesure qu'il se cultive. En revanche, dans la mesure où l'éducation est due aux enfants en raison de leur perfectibilité, donc leur absence de détermination, cette libération ne peut présupposer de résultat défini. En cela, elle se distingue des conceptions classiques de la liberté dont l'exercice s'accompagne nécessairement de l'atteinte d'un résultat précis : la connaissance du vrai. De surcroît, il est alors possible de considérer l'éducation comme un moyen non-substituable de l'égale liberté qui ne suppose pas de représentation particulière de la vie adéquate, outre l'idée passablement inclusive selon laquelle il est bon qu'une personne expérimente ses aptitudes personnelles – contrairement à l'idéal de vie civique. Certes, il sera possible de voir dans l'éducation comme culture générale une conception encore trop compréhensive du bien pour être articulée à la justice sans risquer dérives et déceptions. Néanmoins, pour paraphraser Dworkin, en quoi l'absence d'éducation telle que nous l'avons définie représente-t-elle un bénéfice?

CONCLUSION

Une fois un propos lancé, il importe de le développer et d'articuler les enjeux et problèmes qui gravitent autour de lui et, pour conclure, de réunir les fils qui se sont dégagés. Notre interrogation de départ sur la signification de la justice était large; cette amplitude a permis de relever diverses controverses au sujet du droit, de la justice distributive et de la démocratie qui engageaient tant leur volet méthodologique que substantiel. Au cours de leur analyse, nous en sommes venu à la conviction que l'actualisation de la justice devait être liée à l'éducation.

À partir de l'horizon dégagé par notre thème initial, la justice, nous nous sommes tourné vers la conception qu'en propose Ronald Dworkin, par la suite désignée sous le nom de justice comme sollicitude. Appellation qui nous a semblé justifiée en raison de la composante solidariste du libéralisme dworkinien qui, dépassant la seule exigence de coexistence pacifique d'individus libres, place le traitement de chacun en égal au cœur de la justice. Nous utiliserons cette conclusion pour boucler notre démarche réflexive en répondant aux deux questions soulevées au début de cette thèse, la première portant sur l'unité des thèses de Dworkin, la seconde sur les enjeux soulevés par son actualisation.

La justice comme sollicitude : les figures de l'égale liberté selon Dworkin

Reprenant à notre compte la méthode privilégiée par Dworkin, l'interprétation créative, nous avons considéré ses écrits comme le matériau préinterprétatif dont il s'agissait de reconstruire l'articulation à la lumière d'une valeur fondatrice à identifier. D'emblée, la question de l'unité du système de Dworkin s'est posée, malgré l'intuition égalitaire qui anime son oeuvre. Était-il possible de reconstituer autour de cette ligne de force une articulation harmonieuse et cohérente d'écrits qui touchent autant le droit et la politique que l'éthique? Nous appuyant sur l'interprétation créative, nous avons procédé à la reconstitution de son œuvre et des débats auxquels elle participe.

En tant qu'herméneutique des pratiques sociales, l'interprétation créative consiste à assigner à la pratique concernée l'objectif normatif qui la présente sous son *meilleur* jour, c'est-à-dire qui en rende compte non seulement avec cohérence mais surtout qui lui confère une raison d'être morale. Or, ainsi que le soutiennent Posner et Rorty, une telle démarche peut se voir contestée par les diverses formes de scepticisme axiologique, en l'occurrence, ses variantes externes, neutralistes et austères, et ses variantes internes qui défendent l'indétermination de la valeur de vérité des énoncés axiologiques.

En réponse à cette objection, la critique sceptique, il devenait alors primordial de mettre en évidence les critères de vérité des énoncés axiologiques, puisqu'en l'absence de tels critères, l'interprétation créative ne tient pas. Il en est ressorti ce que Dworkin désigne par l'expression réalisme d'apparence, lequel comporte deux traits essentiels, soit l'anti-archimédisme et l'autonomie de l'expérience éthique. Tandis que le premier affirme l'impossibilité de poser un jugement sur la vérité des énoncés axiologiques qui n'en soit pas un lui-même, le second souligne le caractère indépassable de l'expérience éthique : celle-ci constitue une dimension fondamentale de l'existence humaine. Le sujet n'a d'autre choix que de construire la géode normative qui assignera un sens à sa vie. De même, conformément à la justification par abduction des géodes normatives, les différentes conceptions du bien-être incluent dans le même ensemble les convictions éthiques, morales et politiques puisque leur scission en catégories distinctes supposerait l'existence d'un critère de définition archimédien. Toutefois, ces deux caractères du discours axiologique admettent une variation considérable de convictions normatives et ne peuvent à eux seuls départager les systèmes de valeurs, encore moins les buts assignés aux pratiques sociales.

Il s'est alors posé la question du critère par lequel opérer une telle discrimination normative. À cet effet, nous avons mis en relief la thèse de l'intégration de Dworkin selon laquelle, du fait de la continuité des divers registres de la valeur – l'éthique, la morale personnelle et la morale collective – il est possible de différencier les systèmes de valeurs

personnels, les conceptions du bien, selon leur aptitude à fonder des principes de justice assignables aux pratiques sociales et réciproquement. À la jonction de cette articulation se trouve le modèle de défi qui, à titre de modèle de la vie réussie, fournit les valeurs fondamentales sur lesquelles appuyer les objectifs normatifs des pratiques sociales.

Selon ce modèle, la réussite d'une vie est assimilable à une performance répondant à un défi dont l'individu doit identifier les paramètres. S'opposant au modèle d'impact, selon lequel la valeur d'une vie ne se mesure qu'à ses conséquences, le modèle de défi soutient les deux principes de dignité humaine, à savoir l'importance accordée à la réussite de chaque vie plutôt qu'à son gâchis et la responsabilité spéciale de chaque sujet quant à l'élaboration du schème normatif qui évaluera cette réussite.

Qualifiés de logiquement antérieurs par Dworkin, ces principes de dignité humaine constituent le cadre nécessaire à l'expression de l'expérience éthique des personnes, tant en ce qui concerne la reconnaissance de la présence d'un défi à relever que du caractère personnel de son évaluation. Dans la mesure où il importe que chacun relève le défi approprié, la justice constitue une condition du bien-être puisqu'une personne privée de son dû, ou obtenant plus qu'elle ne le mérite, ne peut relever le défi approprié. Réciproquement, les principes d'égale importance et de responsabilité spéciale constituent les critères d'évaluation des buts assignés aux institutions chargées de rendre la justice. La réciprocité de la justice et du bien-être dégage ainsi l'image d'une communauté libérale intégrée, au sein de laquelle la sphère politique prolonge les convictions personnelles par le biais de pratiques institutionnelles interprétées à la lumière de la contrepartie politique des principes de dignité humaine : l'égale liberté. En tant qu'expression publique des principes d'égale importance et de responsabilité spéciale, l'égale liberté s'impose comme le but abstrait assignable à toute pratique sociale.

Il devenait possible de présenter le libéralisme compréhensif de Dworkin comme la déclinaison de l'égale liberté à travers différentes figures qui, retraçant la dynamique de l'égalité au sein des sociétés modernes, visent à en garantir la réalité. En effet, l'idée d'une

liberté égale pour tous pose un problème de commensurabilité : comment s'assurer que la liberté soit effectivement la même pour tous, sachant que l'on ne peut préjuger de son usage? Il nous est dès lors apparu pertinent de considérer la juxtaposition des figures politique, juridique et matérielle de l'égale liberté comme l'illustration d'une augmentation des rapports d'équivalence d'individu à individu se voulant de plus en plus étroite. Cette juxtaposition s'incarne dans la démocratie partenariat, le droit-intégrité et l'égalité des ressources.

La démocratie partenariat se définit comme une action collective commune qui maintient la distance entre la responsabilité collective et le jugement personnel par l'intermédiaire des principes d'intérêt, de participation et d'indépendance.

En tant qu'interprétation de l'égale importance, le principe d'intérêt exige de la part du gouvernement qu'il traite ses citoyens de manière à ce que tous éprouvent un intérêt pour la vie de la communauté politique, donc n'en soient pas exclus. Le principe de participation en représente la réciproque : si tous éprouvent un intérêt pour la sphère publique, chacun doit pouvoir y faire une différence. Enfin, le principe d'indépendance spécifie les limites du pouvoir d'État en fait de jugement moral : s'il ne peut entraver le jugement de ses citoyens de quelque manière que ce soit, il peut toutefois agir à titre de délégué, lorsque son action est susceptible d'améliorer plus efficacement les conditions de réalisation de leur bien-être. À ce titre, il dérive du principe de responsabilité spéciale.

Le droit-intégrité constitue la seconde figure de l'égale liberté et, à partir de la notion de droits moraux contre l'État, Dworkin en développe l'interprétation juridique laquelle assigne au droit son objectif normatif : l'*intégrité*. Définie comme l'exigence voulant que l'État s'adresse à tous d'une seule voix, l'intégrité s'oppose à la fois au positivisme juridique et au pragmatisme juridique, dont les représentant attitrés sont Hart et Posner. Tandis que le premier conçoit le droit comme un ensemble de règles rendues explicites par un test de *pedigree* dont l'idéal des attentes protégées constitue l'objectif normatif, le second conteste l'emprise de la doctrine passée sur l'avenir et lui substitue un critère du bien commun, en ce

qui concerne Posner, l'augmentation de la richesse, en vue duquel le juge rend ses décisions sans se préoccuper du poids des précédents. Face aux apories des deux conceptions, qui se concluent respectivement sur l'attribution d'un pouvoir arbitraire au juge qui devient un législateur suppléant et à la négation des droits, l'intégrité renvoie l'image du juge surhumain Hercule, à la fois tourné vers la doctrine établie, le passé, et les droits fondamentaux qui guident le droit vers l'avenir, pour en faire une synthèse. Selon cette perspective, Dworkin compare le droit à un roman à la chaîne dont le juge intègre est l'auteur, prenant à la fois acte des décisions précédentes et rendant la sienne de manière à ce que le droit parle de la même voix à tous. Outre la cohérence de principe, l'intégrité garantit ainsi l'autonomie du droit par le recours à une argumentation de principe distincte des arguments de politique invoqués par les membres du pouvoir législatif.

Enfin, notre présentation de la conception dworkinienne de la justice fut complétée par sa composante matérielle, l'égalité des ressources. En réponse à la fragilisation de la communauté politique par les inégalités matérielles, l'égalité des ressources pose la question de la liberté de moyens et de sa compatibilité avec la liberté d'acte et de fin traditionnellement associée à l'égale liberté en droit. De ce fait, il est possible de séparer les théories qui contestent cette compatibilité, représentées en l'occurrence par le libéralisme de Berlin et le libertarisme de Nozick, des théories libérales solidaristes qui l'acceptent.

Les objections formulées par Berlin au sujet de la confusion entre la liberté négative exprimée en droits-libertés et sa rivale positive axée sur l'origine de la capacité d'action nous ont servi de point de départ pour envisager la question de la redistribution des ressources. Sous ce rapport, celle-ci représente un moyen qu'il importe de ne pas confondre avec la liberté négative sous peine de devenir le jouet de l'illusion projetée par le monisme axiologique lequel entretient le mirage d'une liberté positive. Au delà des compréhensions divergentes de la liberté qui l'opposent à celles de Dworkin, la critique de Berlin porte ainsi au cœur du projet d'une théorie continue de la valeur qui anime la justice comme sollicitude.

Conséquemment, nous est alors apparu en quoi la doctrine de la propriété de soi du libertarisme de Nozick prolongeait la conception de la dignité humaine en tant qu'aptitude à choisir défendue par Berlin. De ce point de vue, seuls les droits peuvent être distribués à satiété, donc également, puisque toute redistribution des ressources empiéterait sur le droit de l'individu à disposer de sa personne et de ses ressources légitimement acquises au profit d'un intérêt collectif controversé. Le libertarisme semble alors comparable à l'argumentation de principe du droit-intégrité qui s'oppose à l'évaluation des droits d'une personne, en fonction d'une quelconque utilité sociale – dans le cas précis, une distribution égalitaire.

Étant donné ces objections, il était nécessaire de démontrer en quoi l'égale liberté en droit est compatible avec sa contrepartie matérielle sans que cela ne menace la cohérence de la justice comme sollicitude. Nous avons alors présenté deux versions du libéralisme solidariste : l'égalité de bien-être et l'égalité des ressources. Ces dernières diffèrent par leur *distribuendum*, à savoir l'égalisation de la satisfaction des aspirations de chacun ou l'égalisation des outils nécessaires à la réalisation des dites aspirations. En dépit d'un lien apparemment plus étroit avec le traitement de chacun en égal, l'égalité de bien-être se révèle battue en brèche par la diversité des aspirations individuelles et du caractère foncièrement subjectif de la satisfaction qui en est dérivée. Dès lors, son égalisation semble exiger précisément le type de contrôle redouté par le libertarisme.

En revanche, les variantes ressourcistes de l'égalité matérielle apparaissent plus prometteuses en raison de la place accordée à l'égale liberté en droit. En premier lieu, nous avons présenté la théorie de la justice comme équité de Rawls. Il en est ressorti la possibilité d'agencer la redistribution des richesses à la liberté par le biais du critère de priorité lexicale, selon lequel l'égalité en droit a préséance sur la redistribution préconisée par le principe de différence. De ce fait, Rawls ouvre la porte à une relation entre les deux objets de l'égale liberté qui ne soit pas concurrentielle.

En second lieu, nous avons présenté le ressourcisme de Dworkin. Organisé autour du test de l'envie, selon lequel personne ne devrait envier le lots de ressources de son voisin, l'égalité des ressources combine un système d'enchère hypothétique qui permet l'égalisation des coûts d'opportunité associés aux choix individuels et un mécanisme d'assurance qui protège des circonstances. L'enchère hypothétique répond au principe de responsabilité spéciale et l'assurance à celui d'égale importance.

Deux différences se sont dégagées de la comparaison de ces deux théories : d'une part, l'articulation de la liberté et de l'égalité et, d'autre part, la conception de la notion de ressource. Alors que Rawls établit une priorité stricte à l'égalité en droit sur l'égalité matérielle rendant la première indépendante de la seconde, Dworkin, conformément à la justification par abduction qui préside à son interprétation de l'équilibre réfléchi, lie directement les deux valeurs morales dans le cadre d'une association constitutive. De ce point de vue, l'égalisation des ressources est justifiée par la liberté, entre autre parce que les premières se prêtent à une distribution indépendante de leur usage conforme à la seconde, tandis que la liberté se trouve renforcée par l'attention accordée au sort matériel de chacun. Reflet qui ne se limite pas au domaine conceptuel puisque Dworkin lui adjoint le critère de brimade, voulant que si la réduction des inégalités ne peut s'effectuer au détriment de la liberté, on ne peut considérer comme une atteinte à la liberté la réduction d'une capacité d'action qui profite d'une distribution inégalitaire. Dworkin répond ainsi aux objections de Berlin et Nozick en démontrant la possibilité d'une association entre égale liberté en droit et égale liberté matérielle qui ne soit pas sur le mode de la proportion inverse, ni n'empiète, dans une situation réelle, sur la propriété de soi.

Mais la divergence la plus importante entre ces deux représentants du libéralisme solidaire concerne la notion de ressources à égaliser. Si selon Rawls, cette notion recouvre uniquement les biens sociaux premiers, l'égalisation de ce que Dworkin désigne par l'expression ressources transférables ne suffit pas; elle doit aussi intégrer les ressources non-

transférables, c'est-à-dire les inégalités naturelles. Complétant le mécanisme d'enchère qui préside à la distribution des ressources, un système d'assurance saurait préserver les individus de l'impact de ce qui, selon Rawls, ne peut pas faire l'objet d'une redistribution. Mise en parallèle avec le capabilisme de Sen, la justice comme sollicitude semble alors dotée d'une dimension supplémentaire mesurée positivement selon l'affranchissement de circonstances indues. Cette dimension suggère la présence d'un lien entre les deux formes de liberté, dès lors que l'égale liberté constitue l'objectif normatif assigné à la justice. Avec cette troisième figure de l'égale liberté et son association constitutive de la liberté avec l'égalité matérielle, s'est achevée notre présentation de la justice comme sollicitude à titre de théorie de la justice unifiée qui trouve son objectif normatif dans les principes de dignité humaine.

La justice comme sollicitude : actualisation et précipitation

À la suite de cette démarche proprement interprétative, au sens où Dworkin distingue les stades pré-interprétatif, interprétatif et post-interprétatif, nous avons entrepris d'explorer le moment post-interprétatif de la justice comme sollicitude, en tant qu'insertion de la justice dans la durée. Du fait de l'accent placé sur les différentes figures de l'égale liberté, il nous est apparu pertinent d'appréhender son œuvre à travers la problématique de l'identité entendue comme une reconnaissance universelle, mais néanmoins différenciée des individus. Au sein du rapport d'équivalence qui en résulte, la frontière entre le même et le différent respecte-t-elle les principes de dignité humaine?

En ce sens, se trouve convoquée la question de l'impact de la justice comme sollicitude sur la construction autonome des projets de vie des membres de la communauté. Le raisonnement qui sous-tend cette question est relativement simple : puisque la justice comme sollicitude s'appuie sur une conception du bien pour guider l'élaboration d'une égale liberté rendue la plus réelle possible par la pluralité des rapports d'équivalence, dont certains

se rapprochent de la liberté positive, son actualisation pourrait engendrer une vision morale du justiciable.

Au cours de cette exploration, nous avons relevé que la justice comme sollicitude s'exposait alors à une dérive particulière, la précipitation, qui conduit à l'apparition de sous-groupes interférant avec l'intégration de chacun au sein d'une communauté fondée en égale liberté. En réponse à ce problème, nous avons émis l'hypothèse que la justice comme sollicitude devait accorder une place spéciale à l'éducation, à titre de condition d'actualisation. Le survol de cette démonstration nous permettra d'en évaluer la portée.

Nous avons mis en relief une propriété du moment post-interprétatif qui, voué à devenir le matériau pré-interprétatif de la pratique sociale concernée, effectue un tri des représentations axiologiques qui en autorisent la compréhension. Il s'agit d'une conséquence de l'épistémologie interprétative voulant que le registre normatif sous-détermine la compréhension des pratiques sociales. De ce point de vue, l'interprétation créative de la justice correspond à la modification de l'horizon normatif qui distingue le même du différent et donc qui définit le traitement de chacun en égal, à titre de participant au débat public.

Dans ce contexte, la précipitation désigne le processus par lequel l'interprétation de l'égale liberté engendre l'apparition de représentations morales de certains justiciables qui restreint leur participation au débat public. Il s'agit d'une dérive de l'égale liberté dont le volet différencié répond à l'universalité par l'assimilation du sujet à une identité de groupe. Tel est le cas du justiciable dont les indemnités légitimement reçues le différencient de ses homologues et l'assimilent à une universalité réductrice, celle de bénéficiaire. La précipitation opère donc un renversement du particulier et de l'universel qui, de condition, devient conditionné. Nous avons montré que la justice comme sollicitude s'exposait à la précipitation en raison de la recherche d'une commensurabilité accrue qui accompagne le processus de différenciation visant à rendre l'égale liberté plus réelle. La justice comme sollicitude se

retrouve donc confrontée au dilemme de la relation d'aide : comment traiter en égal celui dont les circonstances limitent l'autonomie?

Deux positions susceptibles de remédier à la précipitation ont été examinées, nommément, le néoclassicisme de Strauss qui interroge le lien entre justice comme sollicitude et bien et le républicanisme de Pettit et Spitz qui en évalue la relation aux pratiques institutionnelles. Adoptant la perspective straussienne de la querelle des Anciens et des Modernes et de la crise de la Modernité qui s'ensuit, nous avons mis en évidence le caractère incomplet de la justice comme sollicitude qui, privée d'une réflexion sur le bien naturel de l'être humain qui la guiderait, ne peut proposer un véritable critère du juste. De ce point de vue, le problème de la précipitation ne tiendrait pas tant à la différenciation, mais bien à son caractère purement artificiel. Toutefois, le droit naturel s'avère lui aussi incapable de proposer un critère de justice fondé en vertu, la question du contenu de la vertu et *a fortiori* des personnes vertueuses dépassant le cadre de la sphère politique.

Face à cet obstacle une lecture différente du néoclassicisme a pu être envisagée, selon laquelle sa contribution au sujet de la justice comme sollicitude représente moins une alternative proprement politique qu'une invitation à réfléchir sur le type de régime, au sens classique du terme, auquel correspondent les sociétés contemporaines. À l'aide de la distinction entre meilleur régime théorique et meilleur régime pratique, il devenait possible de s'interroger sur le déploiement pratique d'une liberté positive mesurée en richesse que la précipitation légitimerait, aux dépens de l'égale liberté fondée sur les principes de dignité humaine qui resterait de l'ordre du théorique. Proposant une compréhension de la différence entre les deux types de régime comme prémisse du thème de la relation du philosophe et de la Cité, il nous est apparu que l'indétermination de l'être humain représente une limite de l'idée de justice en cela que la justice ne peut appréhender la complexité de cet être; ainsi l'exercice de la justice comporte-t-il toujours une part de réduction du justiciable à l'un de ses aspects. Hésitant ainsi entre une efficacité réductrice et un respect éthéré, la mise en œuvre des dits

principes appelle une prise de position de la part de l'individu qui, de cette façon, se rapproche de l'entreprise du philosophe. Sous ce rapport, la justice représente un paramètre normatif d'une vie réussie dont la relation avec les autres paramètres normatifs, malgré le caractère explicite de ses manifestations institutionnelles, n'est pas immédiatement donnée.

Réapparaît alors l'esquisse d'une version plus formelle de la liberté positive évoquée en fin de première partie, mais de ce fait plus adéquate, à savoir la capacité de l'individu à prendre position vis-à-vis de sa communauté politique et par conséquent à la justice, pour être en mesure de mener une vie authentique. Cette liberté constituerait le vecteur par lequel l'individu accède à l'intégrité éthique qui, à ce titre, serait antérieure aux différentes figures de l'égale liberté, plus volontiers instrumentales, mais surtout, qui développerait sa résilience vis-à-vis de la précipitation.

Toutefois, dans la mesure où cette variante de la liberté positive ne pouvait, au sein de la justice comme sollicitude, obéir à l'idée que les Anciens s'en faisaient, la question de son contenu était inévitable. De ce point de vue, la compréhension néo-républicaine de la liberté comme absence de domination présentait un intérêt certain. Envisageant la domination sous la forme de l'*imperium*, soit le pouvoir arbitraire des gouvernants sur les gouvernés, et du *dominium*, le pouvoir arbitraire entre personnes privées, l'analyse néo-républicaine soulève la question de la configuration de l'action collective intégrée de la démocratie partenariat. Il est ainsi apparu que la mise en œuvre de la justice comme sollicitude ne pouvait faire l'économie d'une réflexion sur les modalités de la participation civique.

L'interprétation néo-républicaine de la précipitation justifierait cet ajout à la justice comme sollicitude. La réciprocité de l'*imperium* et du *dominium*, l'un entretenant l'autre, met en évidence les risques auxquels s'expose une pratique de la justice dont le traitement de chacun en égal se limite à la lutte contre le *dominium*, fût-il en droit ou en ressources. En effet, la négligence de l'*imperium* mène à la perte d'imputabilité de l'État dont la domination croît à mesure qu'augmente la dépendance de groupes particuliers vis-à-vis du pouvoir

exécutif chargé de limiter les inégalités et qui, en retour, s'impose comme l'unique interprète adéquat du traitement de chacun en égal. De ce point de vue, le néo-républicanisme signale une dérive potentielle de l'intégrité, assimilable à un mouvement de repli des institutions publiques vers leur propre perpétuation au détriment de la communauté politique. Réciproquement, l'implication civique représenterait la prise de position évoquée par le néoclassicisme grâce à laquelle l'individu se prémunirait de la précipitation.

Nous avons alors soutenu l'idée selon laquelle la réalisation de l'égale liberté comme non-domination devait intégrer une exigence de séparation verticale du pouvoir exécutif, non dans le but principal d'instaurer plusieurs paliers législatifs, mais d'assurer l'intégration des citoyens par le biais de comités locaux qui participeraient à l'application des politiques ou des lois dont la marge d'interprétation est importante et qui obéissent à une exigence de différenciation. Cette solution s'appuie sur le recoupement entre le problème posé par la bureaucratie dont le pouvoir augmente aussi bien en dépit de la volonté souveraine qu'en *vertu* de celle-ci et le problème de la continuité des convictions morales personnelles et politiques. Ce recoupement tendrait à indiquer que l'émergence d'un authentique souci pour la participation directe à la chose publique s'effectue à l'échelle où intérêt privé et intérêt public coïncident, donc, à la mesure de la capacité de représentation de l'individu. Le souci pour la justice commence par l'injustice qu'il est possible de constater et s'entretient par celle à laquelle il est possible de remédier.

Néanmoins, ce que cette solution gagne d'une main, elle risque de le perdre de l'autre. Ainsi, les modalités d'une participation accrue à la vie civique doivent être exclusivement déterminées par l'individu sans quoi sa responsabilité spéciale se dissolverait immédiatement dans la liberté politique. Or, dans le contexte d'appauvrissement de la sphère publique qui caractérise les sociétés contemporaines, l'individu a peu de chance d'apprécier les bénéfices de la participation civique qui n'apparaissent généralement qu'à celui qui s'y est déjà engagé. Dit autrement, la motivation à la participation seule ne suffit pas, encore faut-il pouvoir se

faire une idée de l'horizon au sein duquel elle s'effectue, quelle qu'en soit l'échelle. À nouveau s'imposait la question de la capacité de l'individu à se situer vis-à-vis de sa communauté politique, donc à entretenir une vision d'ensemble.

L'éducation comme condition de la justice

Fort de la réflexion suscitée par le néoclassicisme et le républicanisme, nous avons pu établir les éléments suivants. Le néoclassicisme nous a indiqué la nécessité pour l'individu de prendre position vis-à-vis des principes de justice afin de se prémunir de la dimension potentiellement réductrice de l'égalité différenciée et le risque posé par des formes dévoyées de la liberté positive pour cette entreprise. Le républicanisme semblait alors constituer une solution possible dans la mesure où sa conception participative de la citoyenneté autorise la revendication d'une différence fondée en réciprocité au sein de la sphère publique. Ainsi, la participation civique représenterait un paramètre de la vie bonne au même titre que la justice. Néanmoins, cette solution reste incomplète car ledit paramètre ne peut être rigoureux sans enfreindre le pluralisme axiologique et la responsabilité spéciale, mais perd de sa valeur intrinsèque lorsqu'il est considéré commen un paramètre souple.

Nous inspirant de la position de Renaut, nous avons alors souligné le caractère archétypique de la relation à l'enfant dans l'activité éducative, lequel pose avec le plus d'acuité la question de l'égalité différenciée. La problématique de l'actualisation de la justice comme sollicitude dans la durée ne dépendait donc pas en premier lieu de l'identification d'un bien naturel, ni d'une participation accrue au débat public, bien qu'il ne s'agisse pas là d'enjeux négligeables, mais de l'éducation scolaire en tant qu'outil privilégié de la résolution du problème posé par la représentation d'une communauté politique composée d'êtres libres.

Qui plus est, à titre de processus de transmission des contenus nécessaires à la reproduction sociale, l'éducation s'avère une porte nécessaire pour l'avenir de la communauté politique tout en donnant à l'individu les moyens de poser son regard sur celle-ci. Enfin, tant

le traitement accordé aux enfants que la sélection des contenus transmis qui constituent les projets éducatifs portent directement sur le développement éthique des futurs citoyens. Pour ces raisons, nous avons postulé l'antériorité de la relation éducative sur les autres formes d'égale liberté.

Par conséquent, s'est alors posée la question du type d'éducation qui convient à un individu identique en dignité, mais dont la différence en compétence engage directement l'horizon de compréhension sur lequel se détachera son autonomie éthique et morale. Nous avons alors adopté pour schème d'analyse l'opposition mise de l'avant par Cevey entre surplus de projet éducatif, ce qui nie l'égalité de l'élève pour en faire l'objet de l'éducateur, et manque de projet éducatif, ce qui livre l'enfant à lui-même et à n'importe quelle impression qui pourrait l'affecter.

À travers cette perspective nous avons étudié deux modèles d'éducation susceptibles de compléter la justice comme sollicitude, à savoir l'éducation démocratique défendue par Gutmann et l'éducation des individus de Mill. Ces deux conceptions s'opposent tant au sujet du partage de l'autorité éducative qu'au contenu moral à transmettre aux élèves. Ainsi, Gutmann préconise le partage de l'autorité éducative entre les parents, l'État et les enseignants en vue d'inculquer les aptitudes délibératives nécessaires au bon fonctionnement de la démocratie, tandis que Mill conteste autant l'autorité parentale qu'étatique pour agencer l'éducation morale autour de l'épanouissement de la spontanéité de l'enfant. Les deux positions qui s'affrontent retracent chacune un aspect de l'égale liberté des futurs citoyens, qu'il s'agisse de l'absence de répression ou de la capacité à poser des choix indépendants. Dworkin n'ayant proposé qu'une esquisse sur le sujet, il convenait de déterminer quelle conception de l'éducation pouvait s'harmoniser avec la justice comme sollicitude.

L'éducation démocratique nous a dès lors semblé digne d'intérêt en raison d'un double avantage. D'un point de vue institutionnel, elle esquisse les grandes lignes de l'instance de participation locale évoquée lors de l'analyse du républicanisme. D'un point de vue

substantiel, elle transmet aux futurs citoyens les aptitudes délibératives nécessaires à la perpétuation de cette participation. À l'aide d'un critère unique, la non-discrimination, Gutmann garantit le traitement en égal tant des citoyens que des futurs citoyens. L'éducation démocratique semble ainsi proposer une réponse adéquate à la précipitation, les membres de l'unité politique s'appropriant les outils par le biais desquels prendre position vis-à-vis des différentes figures de l'égale liberté. Leur intégration à la communauté politique apparaît, si ce n'est assurée, du moins facilitée.

Néanmoins, si l'éducation démocratique apporte une amélioration substantielle à l'intégration des individus au sein de la communauté politique, elle ne suffit pas à la tâche. En effet, la valeur accordée à la liberté comme délibération varie en fonction de la représentation de la communauté politique, et plus particulièrement de l'appréhension des phénomènes susceptibles de devenir des questions de principes, plutôt que des caractéristiques descriptives du fonctionnement social.

Sous ce rapport, nous estimons que la conception de l'éducation de Mill peut contribuer à combler cette lacune, d'où notre proposition d'une synthèse des deux conceptions. Dans cette optique, une éducation est en accord avec la justice comme sollicitude lorsqu'elle a pour but la culture générale, entendue comme le processus par lequel un individu se dote des moyens nécessaires pour envisager une situation à partir du plus grand nombre de points de vue possibles. Cette conception représente une interprétation de l'éducation milléenne, dont le but consiste à fournir le plus grand choix parmi les différentes conceptions du bien, en cela qu'elle insiste en premier lieu sur le développement chez l'individu de l'aptitude à changer de perspective puis à prendre conscience de l'émancipation qui en résulte. À ce titre, les différents contenus disciplinaires constituent chacun à leur manière un mode d'appréhension d'un environnement, et réciproquement, une manière de le saisir dans sa complexité pour à terme y apposer une valeur. Là ressort la contribution de l'éducation à la délibération qui incarne le principal vecteur d'entraînement à la réflexion normative.

Contribution qui acquiert une valeur indispensable, dans la mesure où la délibération convoque la forme de changement de perspective la plus fondamentale : l'adoption de la perspective d'autrui, comme étant lui-même doté de la faculté de juger.

Nous estimons donc être en position de soutenir la position suivante au sujet de l'actualisation d'une justice fondée en égale liberté. À partir du moment où l'égalité de tous en liberté est affirmée, sa réalisation suppose la résolution du problème de l'identité différenciée. Plus cette égalité différenciée comporte différentes facettes, plus il revient au sujet de se les approprier, c'est-à-dire, d'empêcher que la différenciation ne s'exerce au détriment de sa dignité de membre de la communauté politique. À titre de lieu où se joue à la fois la construction de l'identité personnelle et la modalité la plus problématique de la relation en égale liberté, l'éducation constitue le moyen non-substituable de la compréhension de la justice et le moyen privilégié par lequel l'individu prend position vis-à-vis de la reproduction sociale, c'est-à-dire s'affirme autant producteur que produit. Toutefois, cette compréhension n'équivaut pas à la transmission d'un *corpus* de valeurs données, mais bien à la prise de conscience par le sujet de son pouvoir intellectuel.

Tant la présentation unifiée que nous avons offerte du libéralisme de Dworkin sous la désignation de la justice comme sollicitude que le rôle primordial que l'éducation s'ouvrent vers plusieurs pistes de réflexion supplémentaires. Ainsi, notre interprétation de la justice comme sollicitude a accordé la primauté à une lecture kantienne de l'interprétation créative; il resterait à évaluer jusqu'à quel point la préoccupation de Dworkin pour l'enchâssement des convictions substantielles dans l'histoire des pratiques sociales plaide en faveur d'une lecture plus fortement gadamérienne de son œuvre. Questionnement au sujet duquel Dworkin lui-même pourrait apporter des éléments de réponse, son système étant encore en évolution.

Ensuite, il convient de s'interroger sur l'apparition de la précipitation au sein de conceptions de la justice qui ne présentent pas la même composante distributive. À titre d'exemple, on peut se demander si le réal-libertarisme développé par Van Parijs, qui propose

la distribution d'un revenu universel, ou le développement durable de la personne défendu par Deschavanne et Tavoillot, s'exposent à une objection similaire. Dans cette optique, le rôle de l'éducation vis-à-vis de l'insertion de la justice dans la durée est vraisemblablement appelé à varier, même si son statut premier perdure.

Au cours du dernier chapitre de cette thèse, nous avons proposé l'amorce d'une conception de l'éducation à même de résoudre le problème de la précipitation. Elle reste sujette à un certain nombre d'approfondissements, notamment en ce qui a trait à l'élucidation épistémologique du recoupement entre la question proprement éthique du traitement des enfants et la question de leur développement tel qu'appréhendé par les différents paradigmes psychologiques – le behaviorisme de Kohlberg, l'humanisme de Rogers, la psychanalyse de Freud, etc. Qui plus est, les questions de la pédagogie appropriée à une éducation humaniste ou à la formation des enseignants convoquent à nouveau la problématique de la distribution des ressources en éducation pour exiger l'élaboration d'un critère de justice applicable à l'éducation à la justice. Preuve s'il en est que, décidément, la justice est équivoque…

BIBLIOGRAPHIE

Nombre total d'éléments bibliographiques : 147

1. MONOGRAPHIES

a. Monographies de Ronald Dworkin

1. DWORKIN Ronald, *Life's dominion : an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*, 1ère éd., New-York : Knopf, 1993. 273 p. ISBN 0394589416.
2. DWORKIN Ronald, *L'empire du droit*, traduit de l'américain par Élisabeth Soubrenie, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 1994. xii, 468 p. Recherches politiques. Traduction de : *Law's Empire*. ISBN 2130451454.
3. DWORKIN Ronald, *Prendre les droits au sérieux*, traduit de l'anglais par Marie-Jeanne Rossignol et Frédéric Limaire, traduction révisée et présentée par Françoise Michaut, préface de Pierre Bouretz, 1ere éd., Paris : Presses Universitaires de France, 1995. 515 p. Léviathan. Traduction de : *Taking Rights Seriously*. ISBN 2130459080.
4. DWORKIN Ronald, *Une question de principe*, traduit de l'américain par Aurélie Guillain, 1ere éd., Paris : Presses Universitaires de France, 1996. viii, 504 p. Recherches politiques. Traduction de : *A matter of principle*. ISBN 2130478387.
5. DWORKIN Ronald, *Freedom's Law : the Moral Reading of the American Constitution*, 1ère éd., Cambridge, Massachusetts : Harvard University Press, 1996. 404 p. ISBN 0674319273.
6. DWORKIN Ronald, *Sovereign Virtue, The Theory and Practice of Equality*, 1ère éd., Cambridge, Massachusetts : Harvard University Press, 2000. 511 p. ISBN 0674002199.
7. DWORKIN Ronald, *Justice in robes*, 1ère éd., Cambridge, Massachusetts : The Belknap Press of Harvard University Press, 2006. 308 p. ISBN 0674021673.
8. DWORKIN Ronald, *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, 1ère éd., Princeton, New Jersey : Princeton University Press, 2006. 177 p. ISBN-13 9780691126531.

b. Monographies d'autres auteurs

1. ALLARD Julie, *Dworkin et Kant : réflexions sur le jugement*, 1ère éd., Bruxelles : Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001. 181 p. Collection de philosophie politique et juridique, ISBN 2800412593.

2. ARENDT Hannah, *Du mensonge à la violence, Essai de politique contemporaine*, traduit de l'anglais par Guy Durand, 2e éd., Paris : Calmann-Lévy, 1994. 249 p. Pocket, Agora. Traduction de : *Crises of the Republic*. ISBN 9782266128131.

3. BAYLES Michael D., *Hart's legal philosophy : an examination*, 1ère éd., Boston : Kluwer Academic Publishers, 1992. xi, 316 p. ISBN 0792319818.

4. BERLIN Isaiah, *Liberty*, 1ère éd., Henry Hardy éd., avec un essai sur Berlin et ses critiques par Ian Harris, Oxford : Oxford University Press, 2002. xxxiv, 382 p. ISBN 9780199249893.

5. BUBER Martin, *Je et Tu*, traduit de l'allemand par G.Bianquis, avant-propos de Gabriel Marcel, préface de Gaston Bachelard, 1ère éd., Lonrai : Éditions Aubier, 1969. 172 p. Bibliothèque philosophique. Traduction de : *Ich und Du*. ISBN 2700730887.

6. CEVEY Roger, *Regard éthique sur le geste éducatif*, préface de France Jutras, 1ère éd., Montréal : Liber, 2005. 140 p. ISBN 2895780706.

7. DE KONINCK Thomas, *La nouvelle ignorance et le problème de la culture*, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 2000. 203 p. Intervention philosophique. ISBN 2130505635.

8. DE KONINCK Thomas, *Philosophie de l'éducation, Essai sur le devenir humain*, préface de Federico Mayor, postface de Mohamed Achaari, Alain Chanlat et Abdelkarim Errouaki, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 2004. 296 p. Thémis philosophie. ISBN 2130517390.

9. ECO Umberto, *Le Pendule de Foucault*, traduit de l'italien par Jean-Noël Schifano, 1ère éd., Paris : Éditions Grasset et Fasquelle, 1990. 656 p. Le livre de poche. Traduction de : *Il Pendolo di Foucault*. ISBN 2253059498.

10. EWALD François, *L'État providence*, 1ère éd., Paris : Éditions Grasset et Fasquelle, 1986. 608 p. ISBN 2246307317.

11. GADAMER Hans-George, *Vérité et méthode : les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, Éd. intégrale revue et complétée par Pierre Fruchon, Jean Grondin et Gelbert Merlio, Paris : Seuil, 1996. 533 p. Ordre philosophique. Traduction de : *Wahrheit und Methode*. ISBN 2020194023.

12. GARANDEAU Mikaël, *Le libéralisme*, 1ère éd., Paris : Flammarion, 1998. 252 p. Corpus. ISBN 2080730169.

13. GIRARD René, *La violence et le sacré*, 2e éd., Paris : Hachette Littératures, 1998. 486 p. Pluriel. ISBN 2012788971.

14. GRONDIN Jean, *L'herméneutique*, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 2006. 128 p. Que sais-je? ISBN 2130555241.

15. GUEST Stephen, *Ronald Dworkin, William Twining, Neil MacCormick*, éd., 1ère éd. Stanford, California : Stanford University Press, 1991. ix, 320 p. Jurists : Profile in Legal Theory. ISBN 0804720193.

16. GUIBET LAFAYE Caroline, *La justice comme composante de la vie bonne*, 1ère éd., Sainte-Foy : Les Presses de l'Université Laval, 2006. xi, 232 p. Inter-Sophia. ISBN 2763782987.

17. GUIBET LAFAYE Caroline, *Justice sociale et éthique individuelle*, 1ère éd., Sainte-Foy : Les Presses de l'Université Laval, 2006. xiii, 441 p. Inter-Sophia. ISBN 2763783651.

18. GUTMANN Amy, *Democratic Education*, avec une nouvelle préface et épilogue, 2e éd., Princeton, New Jersey : Princeton University Press, 1999. xiv, 348 p. ISBN 0691009163.

19. HAACK Susan, *Evidence and Inquiry : Towards Reconstruction in Epistemology*, 2e éd., Oxford U.K., Cambridge U.S.A. : Blackwell, 1995. x, 259 p. ISBN 063119679X.

20. HABERMAS Jürgen, *Droit et démocratie : Entre faits et normes*, traduit de l'allemand par Rainer Rochlitz et Christian Bouchindhomme, 1ère éd., Paris : Gallimard, 1997. 551 p. NRF Essais. Traduction de : *Faktizität und Geltung*. ISBN 2070733521.

21. HARRIS James William, *Legal Philosophies*, 2e éd., London, Toronto : Butterworths, 1997. xiv, 318 p. ISBN 0406507163.

22. HART Herbert L.A., *Le concept de droit*, traduit de l'anglais par Michel Van De Kerchove, avec la collaboration de Joëlle van Drooghenbroeck et Raphaël Célis, 1ère éd., Bruxelles : Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976. 314 p. Traduction de : *The Concept of Law*. ISBN 2802800582.

23. HEATH Joseph, *La société efficiente : pourquoi fait-il si bon vivre au Canada?* Traduit de l'anglais par Jean Chapdelaine Gagnon, 1ère éd., Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 2002. 429 p. Champ Libre. Traduction de : *The efficient society*. ISBN 2760618382.

24. HÖFFE Otfried, *La justice politique : Fondement d'une philosophie critique du droit et de l'État*, traduit et adapté de l'allemand par Jean-Christophe Merle, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 1991. 397 p. Léviathan. Traduction de : *Politische Gerechtigkeit : Grundlegung einer Kritischen Philosophie von Richt und Staat*. ISBN 2130434894.

25. HOGGETT Paul, *Emotional Life and the Politics of Welfare*, préface de Fiona Williams, 1ère éd., New-York : St. Martin's Press, 2000. xii, 229 p. ISBN 0312235305.

26. HONNETH Axel, *La société du mépris, Vers une nouvelle Théorie critique*, édition établie par Olivier Voirol, textes traduits par Olivier Voirol, Pierre Rusch et Alexandre Dupeyrix, 1ère éd., Paris : Éditions La Découverte, 2006. 349 p. Armillaire. ISBN 10 : 2707147729.

27. HOLMES Stephen, *The Anatomy of Antiliberalism*, 1ère éd., Cambridge, Massachusetts : Harvard University Press, 1993. xvi, 330 p. ISBN 0674031806.

28. KANT Immanuel, *Métaphysique des mœurs II, Doctrine du droit, Doctrine de la vertu*, traduction, présentation, bibliographie et chronologie par Alain Renaut, 1ère éd., Paris : Flammarion, 1994. 411 p. GF Flammarion. ISBN 2080707167.

29. KANT Immanuel, *Critique de la faculté de juger*, suivi de *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique* et de *Réponse à la question : Qu'est-ce que les lumières?*, édition publiée sous la direction de Ferdinand Alquié. Traduit de l'allemand par Alexandre J-L. Delamarre, Jean-René Ladmiral, Marc B. de Launay, Jean-Marie Vaysse, Luc Ferry et Heinz Wismann. Paris : Gallimard, 1985. 561p.

30. KOLM Serge-Christophe, *Modern Theories of Justice*, 1ère éd., Cambridge, Massachusetts : The MIT Press, 1996. ix, 525 p. ISBN 0262112086.

31. KORSGAARD Christine Marion, *The Sources of Normativity*, 1ère éd., Cambridge; New-York : Cambridge University Press, 1996. xv, 273 p. ISBN 052155960X.

32. KYMLICKA Will, *Les théories de la justice : libéraux, utilitaristes, libertariens, marxistes, communautariens, féministes…*, traduit de l'anglais par Marc Saint-Upéry, 1ère éd., Montréal : Boréal, 1999. 363 p. Publ. en collab. avec : La Découverte. Traduction de : *Contemporary Political Philosophy*. *An Introduction*. ISBN 2890529738.

33. LAMBERT Roger, *La justice vécue et les théories éthiques contemporaines : initiation aux débats contemporains sur la justice et le droit*, 1ère éd., Sainte-Foy, Québec : Presses de l'Université Laval, 1994. 243 p. ISBN 27663773842.

34. LOCKE John, *Traité du gouvernement civil*, traduction de David Mazel; chronologie, introduction, bibliographie, notes par Simone Goyard-Fabre, 2e éd. corrigée, Paris : Flammarion, 1992. Flammarion Grand Format, GF 408. Traduction de : *Two Treatises of Government*. 408 p. ISBN 2080704087.

35. MACKIE John Leslie, *Ethics : Inventing Right and Wrong*, 1ère éd., Harmondsworth : Penguin, 1977. 249 p. Pelican books. Philosophy. ISBN 0140219579.

36. NOZICK Robert, *Anarchie, État et utopie*, Traduction de l'anglais par Évelyne d'Auzac de Lamartine révisée par Pierre-Emmanuel Dauzat, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 1988. Quadrige, 406. Traduction de : *Anarchy, State and Utopia*. 442 p. ISBN 213053672.

37. PERETTI-WATEL Patrick, *La société du risque*, 1ère éd., Paris : Éditions la Découverte et Syros, 2001. 123 p. Repères. ISBN 2707133574.

38. PETTIT Philip, *Republicanism, A Theory of Freedom and Government*, 2e éd. New York : Oxford University Press, 1999, c1997. 328 p. Oxford Political Theory. ISBN 0198296428.

39. POSNER Richard A., *Economic Analysis of Law*, 6e éd., New York : Aspen Publishers, 2003. xx, 747 p. ISBN 0735534748.

40. POSNER Richard A., *Law, Pragmatism, and Democracy*, 1ère éd., Cambridge, Massachusetts : Harvard University Press, 2003. xii, 398 p. ISBN 067401081.

41. RANCIÈRE Jacques, *Le maître ignorant : cinq leçons sur l'émancipation intellectuelle*, 1ère éd., Paris : Fayard, 1987. 233 p. Faits et cause. ISBN 2264040173.

42. RAWLS John, *Libéralisme politique*, traduit de l'américain par Catherine Audard, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 1995. 450 p. Philosophie morale. Traduction de : *Political Liberalism*. ISBN 2130471935.

43. RAWLS John, *Le droit des gens*, traduit de l'américain et avant-propos de Bertrand Guillarme, commentaire par Stanley Hoffmann, 1ère éd., Paris : Éditions Esprit, 1996. 154. Bibliothèques 10/18. ISBN 2264028041.

44. RAWLS John, *Théorie de la justice*, traduit de l'anglais (États-Unis) par Catherine Audard, nouv. éd., Paris : Seuil, 1997. 665 p. Points. Essais. Traduction de : *A theory of justice*. ISBN 2020299763.

45. RAZ Joseph, *Ethics in the Public Domain : Essays in the Morality of Law and Politics*, édition révisée, Oxford : Oxford University Press, 2001. x, 380 p. Clarendon Paperbacks. ISBN 0198260695.

46. RENAUT Alain, *Que faire des universités?*, 1ère éd., Paris : Bayard Éditions, 2002. 107 p. ISBN 2227020199.

47. RENAUT Alain, *La libération des enfants : contribution philosophique à une histoire de l'enfance*, 1ère éd., Paris : Hachette littératures, 2003. 456 p. Pluriel. ISBN 2012791190.

48. RENAUT Alain, *Qu'est-ce qu'une politique juste? Essai sur la question du meilleur régime*, 1ère éd., Paris : Éditions Grasset et Fasquelle, 2004. 277 p. ISBN 2253082716.

49. RENAUT Alain, *La fin de l'autorité*, 1ère éd., Paris : Flammarion, 2004. 266 p. ISBN 2082103307.

50. RENAUT Alain, *Qu'est-ce qu'un peuple libre? Libéralisme ou républicanisme*, 1ère éd., Paris : Éditions Grasset et Fasquelle, 2005. 267 p. Essai. ISBN 2246674611.

51. RENAUT Alain, *Égalité et discriminations, un essai de philosophie politique appliquée*, 1ère éd., Paris : Éditions du Seuil, 2007. 210 p. La couleur des idées. ISBN 9782020815611.

52. RICŒUR Paul, *Soi-même comme un autre*, 2e éd., Paris : Éditions du Seuil, 1990. 424 p. Points. Essais. ISBN 2020299720.

53. RICŒUR Paul, *Le juste*, vol. I et II, 1ère éd., Paris : Éditions Esprit, 1995-2001. Préciser les pages. Philosophie. ISBN 2909210162 et 290921026X (vol. II).

54. RICŒUR Paul, *Le juste, la justice et son échec*, 1ère éd., Paris : Éditions de l'Herne, 2005. 76 p. Carnets. Extrait du cahier de l'Herne Ricœur, no 81. ISBN 2851976427.

55. RORTY Richard, *L'homme spéculaire*, traduit de l'anglais par Thierry Marchaisse, 1ère éd., Paris : Éditions du Seuil, 1990. 438 p. Ordre Philosophique. Traduction de : *Philosophy and the mirror of nature*. ISBN 2020122650.

56. ROUSSEAU Jean-Jacques, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, texte établi, présenté et annoté par Jean Starobinski, 1ère éd., Paris : Éditions Gallimard, 1992. 283 p. Folio/Essais. ISBN 2070325415.

57. ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social*, texte établi, présenté et annoté par Pierre Burgelin, 2e éd., Paris : Flammarion, 1992. 187 p. Garnier Flammarion. Texte intégral. ISBN 2080700944.

58. ROUSSEAU Jean-Jacques, *Émile ou de l'éducation*, chronologie et introduction par Michel Launay, 1ère éd., Paris : Flammarion, 1966. 629 p. Garnier Flammarion. ISBN 2080701177.

59. SANDEL Michael J., *Le libéralisme et les limites de la justice*, traduit de l'américain par Jean-Fabien Spitz, 1ère éd., Paris : Édition du Seuil, 1999. 329 p. Couleur des idées. Traduction de : *Liberalism and the limits of justice*. ISBN 2020326302.

60. SEN Amartya, *Inequality Reexamined*, 1ère éd., New York : Russell Sage Foundation, Cambridge, Massachusetts : Harvard University Press, 1992. xiv, 207 p. ISBN 0674452569.

61. SEN Amartya, *Repenser l'inégalité*, traduit de l'anglais par Paul Chemla, 1ère éd., Paris : Édition du Seuil, 2000. 281 p. L'histoire immédiate. Traduction de : *Inequality Reexamined*. ISBN 2020201631.

62. SPECTOR Céline, *Le pouvoir*, 1ère éd., Paris : Flammarion, 1997. 238 p. Corpus. ISBN 20800730029.

63. SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de Généalogie conceptuelle*, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 1995. 509 p. Léviathan. ISBN 2130471897.

64. STRAUSS Leo, *Droit naturel et histoire*, traduit de l'anglais par Monique Nathan et Éric de Dampierre, 1ère éd., Paris : Flammarion, 1986. 323 p. Champs. Traduction de : Natural right and history. ISBN 2080811584.

65. STRAUSS Leo, *Le libéralisme antique et moderne*, traduit de l'américain par Olivier Sedeyn, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 1990. 390 p. Politique d'aujourd'hui. Traduction de : *Liberalism Ancient* and Modern. ISBN 2130429602.

66. STRAUSS Leo, *Qu'est-ce que la philosophie politique?*, traduit de l'anglais par Olivier Sedeyn, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 1992. 296 p. Léviathan. Traduction de : *What is political philosophy?* ISBN 213043973X.

67. STRAUSS Leo, *La Cité et l'Homme*, traduction et présentation d'Olivier Sedeyn, nouvelle édition, Paris : Librairie Générale Française, 2005. 478 p. Le Livre de Poche. Biblio essais. Traduction de : *The City and the Man*. ISBN 2253111171.

68. TAPPOLET Christine, *Émotions et valeurs*, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 2000. 296 p. Philosophie morale. ISBN 2130508421.

69. THOREAU Henry D., *Désobéir*, traduit de l'américain par Sophie Rochefort-Guillouet et Alain Suberchicot, textes réunis et présentés par Michel Granger, 1ère éd., Paris : Éditions de l'Herne, 1994. 222 p. Bibliothèques 10/18. ISBN 2264024976.

70. TOCQUEVILLE Alexis de, *L'ancien régime et la révolution*, préface, notes et bibliographie par Françoise Mélonio, 2e éd., Paris : Flammarion, 1988. 411 p. GF-Flammarion. ISBN 2080705008.

71. VAN PARIJS Philippe, *Qu'est-ce qu'une société juste? Introduction à la pratique de la philosophie politique*, 1ère éd., Paris : Éditions du Seuil, 1991. 316 p. La couleur des idées. ISBN 2020131161.

72. VILLEY Michel, *Le droit et les droits de l'homme*, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 1983. 169 p. Questions. ISBN 2130379281.

73. VILLEY Michel, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, 4e éd., Paris : Dalloz, 2001. 340 p. Bibliothèque Dalloz. ISBN 224704128.

74. WAHL Jean, *Les philosophies pluralistes d'Angleterre et d'Amérique*, 2e éd., Paris : Les Empêcheurs de penser en rond, 2005. 403 p. ISBN 2846711216.

75. WALZER Michael, *Sphères de justice : une défense du pluralisme et de l'égalité*, traduit de l'américain par Pascal Engel, 1ère éd., Paris : Éditions du Seuil, 1997. 475 p. La couleur des idées. Traduction de : *Spheres of justices : a defense of pluralism and equality*. ISBN 2020153769.

76. WEBER Max, *Le savant et le politique : une nouvelle traduction : la profession et la vocation de savant : la profession et la vocation de politique*, préface, traduction et notes de Catherine Colliot-Thélène, 1ère éd., Paris : La Découverte, 2003. 206 p. La Découverte/Poche. Sciences humaines et sociales. Traduction de : *Wissenschaft als Beruf et de Politik als Beruf*. ISBN 2707140473.

77. WILLIAMS Bernard, *In the Beginning Was the Deed : Realism and Moralism in political argument*, textes sélectionnés, édités et introduits par Geoffrey Hawthorn, 1ère éd., Princeton, New Jersey : Princeton University Press, 2005. xx, 174 p. ISBN 10 : 0691124302.

2. OUVRAGES COLLECTIFS

1. AUDARD Catherine, éd., *Anthologie historique et critique de l'utilitarisme, vol.1 « Jeremy Bentham et ses précurseurs (1711-1832) », vol.2 « L'utilitarisme victorien : John Stuart Mill, Henri Sidgwick et G.E.Moore (1838-1903), vol.3 « Thèmes et débats de l'utilitarisme contemporain »*, textes choisis et présentés par Catherine Audard, traductions inédites de Catherine Audard, Mikaël Biziou, Frédéric Brahami, *et al.* 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 1999. vol.1, 340 p. vol.2, 278 p. vol.3, 374 p. Philosophie morale. ISBN 2130495974 (vol.1), 2130495982 (vol.2), 2130495990 (vol.3).

2. BERTEN André, SILVEIRA Pablo da, POURTOIS Hervé, *Libéraux et communautariens*, 2e éd., Paris : Presses Universitaires de France, 2002, c1997. 412 p. ISBN 2130482635.

3. BOURDIEU Pierre, dir., avec les contributions de ACCARDO Alain, *et al.*, *La misère du monde*, 1ère éd., Paris : Éditions du Seuil, 1993. 947 p. Libre examen. ISBN 2020196743.

4. BURLEY Justine, éd., *Dworkin and his critics : with replies by Dworkin*, 1ère éd., Malden, Massachusetts : Blackwell, 2004. xxiii, 412 p. Philosophers and their critics. ISBN 0631197656.
5. COHEN Marshall, éd., *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, 1ère éd., Totowa, New Jersey : Rowman & Allanheld, 1983. xii, 304 p. ISBN 0847671240.
6. CURREN Randall R., éd., *A Companion to the Philosophy of Education*, 1ère éd., Malden, Massachusetts : Blackwell, 2003. xvii, 638 p. Blackwell companions to philosophy. ISBN 0631228373.
7. DESCHAVANNE Éric et TAVOILLOT Pierre-Henri, *Philosophie des âges de la vie, Pourquoi grandir, Pourquoi vieillir?* 2e éd., Paris : Hachette Littératures, 2008. 540 p. Pluriel. ISBN 9782012794009.
8. EWALD François, GOLLIER Christian, DE SADELEER Nicolas, *Le principe de précaution*, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 2001. 127 p. Que sais-je? ISBN 2130514472.
9. FREEMAN Samuel Richard, éd., *The Cambridge Companion to Rawls*, 1ère éd., New York : Cambridge University Press, 2003. xi, 585 p. Cambridge companions. ISBN 0521657067.
10. FREY R.G. et HEATH WELLMAN Christopher, éd., *A Companion to Applied Ethics*, 1ère éd., Malden, Massachusetts : Blackwell, 2003. xviii, 698 p. Blackwell companions to philosophy. ISBN 1557865949.
11. GOODIN Robert E et PETTIT Philip, éd. *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, 2e éd., Cambridge, Massachusetts : Blackwell, 1995. xiii, 679 p. Blackwell companions to philosophy. ISBN 0631199519.
12. MESURE Sylvie et RENAUT Alain, *Alter Ego, Les paradoxes de l'identité démocratique*, 1ère éd., Paris : Aubier, 1999. 304 p. Alto. ISBN 270073677X.
13. RAZ Joseph, éd., *Authority*, 1ère éd., Washington Square, New York : New York University Press, 1990. vi, 330 p. Readings in Social and Political Theory. ISBN 0814774156.
14. RENAUT Alain et SOSOE Lukas, *Philosophie du droit*, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 1991. 484 p. Recherches politiques. ISBN 2130439403.
15. RENAUT Alain, dir., avec l'assistance de TAVOILLOT Pierre-Henry et SAVIDAN Patrick, *Histoire de la philosophie politique, t. 3 « Lumières et romantisme » et t. 5. « Les philosophies politiques contemporaines »*, 1ère éd., Paris : Calmann-Lévy, 1999. ISBN 2702130410.
16. RIPSTEIN Arthur, éd., *Ronald Dworkin*, 1ère éd., Cambridge : Cambridge University Press, 2007. x, 186 p. Contemporary Philosophy in Focus. ISBN 9780521664127.
17. SARAT Austin, éd., *Law, Violence, and the Possibility of Justice*, 1ère éd., Princeton, New Jersey : Princeton University Press, 2001. 181 p. ISBN 0691048444.
18. SINGER Peter, éd., *A Companion to Ethics*, 1ère éd., Cambridge Massachusetts : Blackwell, 1991. xxii, 565 p. Blackwell companions to philosophy. ISBN 0631162119.
19. WEINSTOCK Daniel et NADEAU Christian, éd., *Republicanism : History, Theory and Practice*, 1ère éd., Londres : Frank Cass Publishers, 2004. vii, 200 p. ISBN 0714684805.

20. WESCHE Steffen, ZANETTI Véronique, BERTEN André, *Dworkin : un débat = Dworkin : in der diskussion = Dworkin : debating Dworkin*, 1ère éd. Paderborn : Mentis Verlag; Bruxelles : Éditions Ousia, 1999. 525 p. Recueil. ISBN 389785080X.

3. OUVRAGES DE RÉFÉRENCE

1. *Dictionnaire constitutionnel*, DUHAMEL Olivier et MÉNY Yves dir., avec l'assistance de VENNESSON Pascal, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 1992. vi, 1112 p. ISBN 2130442560.
2. *Dictionnaire de philosophie politique*, RAYNAUD Philippe et RIALS Stéphane dir., 3e éd., Paris : Presses Universitaires de France, 2003. xv, 892 p. Quadrige. Dicos poche. ISBN 213052947X.
3. *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, CANTO-SPERBER Monique dir., 3e éd., Paris : Presses Universitaires de France, 2001. xxii, 1809 p. ISBN 2130510868.

4. ARTICLES DE PÉRIODIQUES

a. Articles de Ronald Dworkin

1. DWORKIN Ronald, « Judicial Discretion », *The Journal of Philosophy*, American Philosophical Association, 1963, vol.69, no 21, pp.624-638.
2. DWORKIN Ronald, « Equality, Democracy and Constitution : We the People in Court », *Alberta Law Review*, 1990, vol.XXVIII, no 2, pp.324-346.
3. DWORKIN Ronald, « Foundations of Liberal Equality », in G.B.Petersen, éd., *The Tanner Lectures on Human Values*, Salt Lake City : Utah University Press. 1990, vol. XI, pp.3-119.
4. DWORKIN Ronald, « Reply to Paul Ricœur », *Ratio Juris*, Oxford, GB et Cambridge, ÉU : Blackwell Publishers. 1994, vol.7, no 3, pp. 287-290.
5. DWORKIN Ronald, « Objectivity and Truth : You'd Better Believe It », *Philosophy & Public Affairs*, Princeton, New Jersey : Princeton University Press. 1996, vol. 25, no 2, pp. 87-139.
6. DWORKIN Ronald, « *Sovereign Virtue* Revisited », *Ethics*, The University of Chicago Press, Journals Division. 2002, vol.113, no 1, pp.106-143.
7. DWORKIN Ronald, *« Equality, Luck and Hierarchy »*, *Philosophy & Public Affairs*, Princeton, New Jersey : Princeton University Press. 2003, vol.31, no 2, pp.190-198.

b. Articles d'autres auteurs

1. ALEXANDER Larry, « Stricking back at the Empire : a brief survey of problems in Dworkin's theory of law », *Law and Philosophy*, D.Reidel Publishing Company. 1987, vol.6, pp.419-438.

2. ALTMAN Andrew, « Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin », *Philosophy and Public Affairs*, Princeton, New Jersey : Princeton University Press. 1986, vol.15, n° 3, pp.205-235.
3. ANDERSON Elizabeth S., « What is the point of Equality? », *Ethics*, The University of Chicago Press, Journals Division. 1999, vol.109, pp.287-337.
4. ARNESON Richard J., « Equality and Equal Opportunity for Welfare », *Philosophical Studies*, Kluwer Academic Publishers. 1989, vol.56, pp.77-93.
5. CLAYTON Matthew, « Liberals Equality and Ethics », *Ethics*, The University of Chicago Press, Journals Division. 2002, vol.113, pp.8-22.
6. COHEN Gerald A., « On the currency of Egalitarian Justice », *Ethics*, The University of Chicago Press, Journals Division. 1989, vol. 99, pp.906-944.
7. FLEURBAEY Marc, « Equality of Resources Revisited », *Ethics*, The University of Chicago Press, Journals Division. 2002, vol.113, n° 1, pp.82-105.
8. FRYDMAN Benoît, « Pourquoi Dworkin intéresse les philosophes? », *Revue Internationale de Philosophie*, Wetteren : Universa Pvba. 2005, vol.59, n° 233, pp. 291-302.
9. HABERMAS Jürgen, « Human Rights and Popular Sovereignty : The Liberal and Republican Versions ». *Ratio Juris*, Oxford, GB et Cambridge, ÉU : Blackwell Publishers. 1994, vol.7, n° 1, pp.1-13.
10. LEYDET Dominique et POURTOIS Hervé, « Pluralisme et conflit dans les théories contemporaines de la démocratie », *Archives de philosophie du droit*, Paris : Sirey. 2005, vol.49, pp.71-94.
11. OTSUKA Michael, « Luck, Insurance and Equality », *Ethics*, The University of Chicago Press, Journals Division. 2002, vol.113, n° 1, pp.40-54.
12. POGGE Thomas W., « Can the Capability Approach Be Justified? », *Philosophical Topics*, numéro spécial « Global Inequalities », Martha Nussbaum et Chad Flanders, éd., Fayetteville : The University of Arkansas Press. 2004, vol.30, n° 2, pp.167-228.
13. RICŒUR Paul, « The Plurality of Sources of Law », *Ratio Juris*, Oxford, GB et Cambridge, ÉU : Blackwell Publishers. 1994, vol.7, n° 3, pp.272-286.
14. ROEMER John E., « Equality of Resources implies Equality of Welfare », *The Quarterly Journal of Economics*, The MIT Press. 1986, vol.101, n° 4, pp.751-784.
15. SCHEFFLER Samuel, « What is Egalitarianism? », *Philosophy & Public Affairs*, Princeton, New Jersey : Princeton University Press. 2003, vol.31, n° 1, pp.5-39.
16. SPITZ Jean-Fabien, « The concept of Liberty in « A Theory of Justice » and Its Republican Version », *Ratio Juris*, Oxford, GB et Cambridge, ÉU : Blackwell Publishers. 1994, vol.7, n° 3, pp.331-347.
17. STEIN Marc S., « The distribution of life-saving medical resources : equality, life expectancy, and choice behind the veil », *Social philosophy and Policy*, Oxford : Blackwell. 2002, vol.19, n° 2, pp.212-245.
18. SWIFT Adam, « Response to Spitz », *Ratio Juris*, Oxford, GB et Cambridge, ÉU : Blackwell Publishers. 1994, vol.7, n° 3, pp.348-352.
19. VAN DER VEEN Robert, « Equality of Talent Resources : Procedures or Outcomes? », *Ethics*, The University of Chicago Press, Journals Division. 2002, vol.113, n° 1, pp.55-81.

20. VEENHOVER Ruut, « Le bonheur du plus grand nombre comme but des politiques sociales », *Revue québécoise de psychologie*, traduit de l'anglais par Léandre Bouffard, Québec : Marquis. 2007, vol.28, no 1, pp.35-60. Traduction de : « The Greatest Happiness Principle : Happiness as an Aim in Public Policy ».

21. WILLIAMS Andrew, « Dworkin on Capability », *Ethics*, The University of Chicago Press, Journals Division. 2002, vol.113, n° 1, pp.23-39.

5. DOCUMENTS ÉLECTRONIQUES

1. GUTMANN Amy et THOMPSON Dennis, « Pourquoi la démocratie délibérative est-elle différente? », traduit de l'anglais par Learry Gagné, *Philosophiques*, Société de philosophie du Québec. Automne 2002, vol.29, n° 2, pp.194-213. *« La démocratie délibérative »*.URL= http://www.erudit.org/revue/philoso/2002/v29/n2/006247ar.html

2. LEYDET Dominique, « Introduction », *Philosophiques*, Société de philosophie du Québec. Automne 2002, vol.29, n° 2, « La démocratie délibérative ». URL= http://www.erudit.org/revue/philoso/2002/v29/n2/006247ar.html

3. MICHELMAN Frank, « Democracy and Positive Liberty », *Boston Review*. Octobre-novembre 1996. URL = <http://bostonreview.net/BR21.5/michelman.html.> Copyright Boston Review.

4. MILL John Stuart, *De la liberté*, traduit de l'anglais par Laurence Lenglet à partir de la traduction de Dupond White en 1860, édition électronique réalisée par Jean-Marie Tremblay, Chicoutimi : Université du Québec à Chicoutimi, 2002. 88 p. Les classiques des sciences sociales. Traduction de : On Liberty. URL =

5. http://classiques.uqac.ca/classiques/Mill_john_stuart/de_la_liberte/de_la_liberte.pdf

6. POURTOIS Hervé, « Pertinence et limites du principe d'égalité des chances en matière d'éducation scolaire ». URL =

7. http://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/etes/documents/DOCH_159_Pourtois_.pdf

8. RAWLS John, « Justice as Fairness : Political not Metaphysical », *Philosophy and Public Affairs,* JSTOR. 1985, Vol. 14, n° 3, pp.223-251. URL = http://links.jstor.org/sici=0048-3915%28198522%2914%3A3%3C223%3AJAFPNM%3E2.0.CO%3B2-0

9. SCHNEIDER Cornelia, « The Constitutional Protection of Rights in Dworkin's and Habermas Theories of Democracy », *UCL Jurisprudence Review*. 2000, Stephen Guest (éd.). http://www.ucl.ac.uk/laws/jurisprudence-review/content/jr_sneider_2000.pdf

10. SPITZ Jean-Fabien, « Le républicanisme, une troisième voie entre libéralisme et communautarisme? », *Le Banquet*, Paris : CERAP. 1995, vol. 7. URL = http://www.revue-lebanquet.com/docs/a_0000135.html/

11. STAVROPOULOS Nicos, « Interpretivist Theories of Law », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2003 Edition)*, Edward N. Zalta (éd.), URL = http://plato.stanford.edu/win2003/entries/law-interpretivist/

TABLE DES MATIÈRES

VOLUME I 2

REMERCIEMENTS 3

SOMMAIRE 4

INTRODUCTION 7

PREMIÈRE PARTIE : LE LIBÉRALISME D'INTÉGRATION 27

Chapitre 1. Des pratiques sociales à l'éthique 28

1. L'ANTI-ARCHIMÉDISME DWORKINIEN 28

2. L'INTERPRÉTATION CRÉATIVE 32

a. Des concepts et de leur construction 33

b. La valeur du fait et le fait de la valeur 35

Stades d'interprétations 38

c. Pourquoi interpréter? L'interprétation entre factualisme et pragmatisme. 41

Le factualisme sémantique 41

Le défi pragmatiste de Richard A. Posner 43

3. SCEPTICISME CONTRE CONSTRUCTION ÉTHIQUE 48

a. Neutre et austère : le scepticisme externe 53

Quelle neutralité? Le problème des énoncés externes 54

Le scepticisme austère 59

b. Le réalisme d'apparence : une éthique autonome et continue 62

Scepticisme interne, indétermination ou incertitude? 64

c. La géode normative : cohérence et individualisme éthique 68

d. Une éthique du jugement réfléchissant 73

4. RÉCAPITULATION 77

Chapitre 2. De l'éthique au politique 80

1. LE CONTRACTUALISME COMME STRATÉGIE DISCONTINUE 84

2. LIBÉRALISME INTÉGRÉ : MODÈLE DE DÉFI ET INDIVIDUALISME ÉTHIQUE 91

Importance contre cosmos 95

Indexation et transcendance 96

Éthique et morale 96

Réussite et adhésion 97

Unité d'éthicité 98

a. Modèle d'impact et conséquences 99

b. Modèle de défi et habileté 100

c. Modèles d'éthicité et résolution des dilemmes 101

Importance contre cosmos 101

Indexation et transcendance : le principe d'importance égale 102

Éthique et morale : la justice paramètre de la vie bonne 106

Réussite et adhésion : intégrité éthique et responsabilité spéciale 109

Unité d'éthicité : le principe de priorité éthique 113

d. Récapitulation 127

Le solipsisme du libéral intégré 127

Chapitre 3. Du politique au droit 133

1. PREMIÈRE FIGURE DE L'ÉGALE LIBERTÉ : QU'EST-CE QUE LA DÉMOCRATIE? 133

a. Une personne, un vote : la démocratie majoritaire 136

b. Concurrence et représentation: la démocratie pragmatique 143
c. Démocratie partenariat 150
2. Deuxième figure de l'égale liberté : le droit-intégrité et la communauté de principe 156
a. Le modèle de l'intention originelle 159
Quel auteur? 161
Quelle intention? 162
b. Le positivisme sémantique 165
Des règles appuyées sur des principes 170
c. Prendre les droits au sérieux 175
d. La thèse des sources : l'autorité du droit 188
3. Le droit comme interprétation : conventionnalisme, pragmatisme et intégrité 196
a. Le conventionnalisme 198
b. Le pragmatisme 207
c. Le droit-intégrité 220
d. Pourquoi obéir à la loi? La primauté de l'intégrité 228
Monologue contre discussion : Habermas au sujet du droit-intégrité 242

Chapitre 4. Du droit à l'égalité 248
1. Troisième figure de l'égale liberté : l'égalité de ressources 248
a. Égalité de quoi? De la concurrence des objets 250
b. Un objet particulier : compatibilité des modalités de la liberté 250
Liberté d'acte, liberté de fin et liberté de moyens 251
Liberté de moyen et limitation de l'État 252
2. Une seule égale liberté : l'égalité en droit 254
a. Isaiah Berlin et le conflit des valeurs 255
Liberté négative et liberté positive 255
Le mirage monologique 257
b. Hors de la liberté point de salut : le libertarisme 259
Redistribuer, c'est usurper 260
La richesse de Wilt Chamberlain 262
3. Respect et sollicitude : le libéralisme solidariste 264
a. L'égalité de bien-être 268
Le bien-être agrégé 268
Trois objections 270
La satisfaction individuelle 272
Objection initiale : les préférences onéreuses 273
L'égalité de bien-être comme réussite 274
Entre objectivité et état de conscience 275
b. Les conceptions ressourcistes de la justice 277
Le ressourcisme agrégatif 278
Égalité de ressource individuée : la justice comme équité de Rawls 278
Justice comme équité : une ouverture à l'égalité de moyen 280
c. L'égalité de ressource de Dworkin 282
Sensible aux aspirations, insensible aux circonstances 282
Qu'est-ce que l'égalité? 284
Ressources impersonnelles : l'enchère hypothétique 285
Ressources personnelles : le mécanisme d'assurance 289
La chance optionnelle 290
La chance brute 291

La compensation des handicaps 293
Travail, talents et profits : le modèle de l'assurance prudente 294
L'équilibre interne de l'assurance 297
Impôts et modèle d'assurance prudente 299
Comparaison : égalité de ressource et principe de différence 301
4. DROITS AUX RESSOURCES : L'ASSOCIATION CONSTITUTIVE DE L'ÉGALITÉ ET DE LA LIBERTÉ 303
a. Pluralisme axiologique et archimédisme 303
b. Stratégie de l'intérêt et stratégie constitutive 305
La justice rawlsienne comme stratégie de l'intérêt 305
Égalité des ressources et stratégie de l'intérêt 306
c. Égalité des ressources et stratégie constitutive 308
Les coûts d'opportunité, miroir de l'égalité des ressources et de la liberté 308
Les principes complémentaires : neutralité, correction, authenticité et indépendance 310
d. De l'idéal à la réalité 313
La situation idéale-réelle 315
Situation réelle-réelle et principe de brimade 317
Étude de cas : le libertarisme 318
5. LIBERTÉ, ÉGALITÉ, FRATERNITÉ… CAPABILITÉ? LES THÉORIES CONVERSIONNISTES DE LA JUSTICE 320
a. Égalité de ressource et stratégie constitutive 321
b. Exploration : égalité de ressource et capacité 323
6. RÉCAPITULATION 328

VOLUME II 331

DEUXIÈME PARTIE : L'ACTUALISATION DE LA JUSTICE COMME SOLLICITUDE 332

Liminaire 333

Chapitre 5. La précipitation 338
1. LE CYCLE DE L'INTERPRÉTATION ET LE CERCLE DE L'IDENTITÉ 338
a. La précipitation sociale comme déviance de l'effectuation 342
Précipitation de la justice comme sollicitude 344
2. JUSTICE DISTRIBUTIVE ET PRÉCIPITATION : L'ASCRIPTION DU BÉNÉFICIAIRE 346
a. Une question de langage 347
b. L'accentuation d'un paradigme : de l'égale liberté à la solidarisation probabilitaire 348
Les limites des coûts d'opportunité 348
Le risque comme critère de commensurabilité 352
L'égale liberté dans la raison probabilitaire 353
c. L'utopie assurantielle 356
Partage des coûts et comparaison verticale universelle 356
Justice et précipitation : une question de bien-être? 360
La minorité du bénéficiaire 364

Chapitre 6. Deux lectures de la justice comme sollicitude : néoclassicisme et républicanisme 367
1. LA MEILLEURE FIN POSSIBLE : LE NÉOCLASSICISME DE LÉO STRAUSS 367
2. LA CRISE DE LA MODERNITÉ 371
a. La querelle des Anciens et des Modernes : les trois vagues de la Modernité 373

b. L'historicisme et la dissolution des valeurs 378
c. Des faits sans valeur, le positivisme de Max Weber 382
3. UNE TÉLÉOLOGIE DE L'EXCELLENCE : LE DROIT NATUREL 386
a. L'apparition de la question du droit naturel 386
b. Le droit naturel classique 391
4. LA JUSTICE COMME SOLLICITUDE SOUS LA LUNETTE NÉOCLASSIQUE 400
a. Le juge, principe aristocratique de la démocratie constitutionnelle? 401
b. Une autre lecture possible? 414
5. UNE QUESTION DE DOMINATION : LA LIBERTÉ RÉPUBLICAINE 426
a. Trois concepts de liberté 427
Le schème conceptuel de la liberté négative 429
Les apories de la liberté comme absence d'ingérence 432
6. LIBERTÉ, ÉGALITÉ, PARTICIPATION 436
a. Les atteintes à la liberté : interférence ou domination ? 437
La liberté comme absence de domination : condition d'existence et institutions 439
b. Nature humaine et participation politique 445
La communauté politique républicaine 447
7. LA PRÉCIPITATION COMME DÉVIANCE DE L'IMPERIUM 451
a. Imperium et bureaucratisation de la justice comme sollicitude 454
Du savoir procédural à la bureaucratie 458
b. Une égale liberté politique plus complète ? 461
La vie civique comme paramètre de la vie bonne 465
c. Participation contre précipitation 468

Chapitre 7. L'éducation libérale 471
1. PRODUIRE LES PRODUCTEURS : ÉDUCATION JUSTE, ÉDUCATION À LA JUSTICE 471
a. Deux axes de réflexion 477
2. L'ÉDUCATION CONTEMPORAINE 479
a. Une figure supplémentaire de l'égale liberté? 484
3. L'ÉDUCATION DU LIBÉRAL INTÉGRÉ 488
a. Démocratie partenariat et éducation à la délibération 488
4. L'ÉDUCATION DÉMOCRATIQUE D'AMY GUTMANN 496
5. UN EXCÈS DE PROJET ÉDUCATIF ? 497
a. L'État-famille 497
b. L'État des familles 499
6. UN MANQUE DE PROJET ÉDUCATIF ? 502
a. L'État des individus 502
b. Une question de contenu : le choix, mesure de l'originalité et de l'authenticité? 506
7. L'ÉTAT DÉMOCRATIQUE DE L'ÉDUCATION 515
8. DISCUSSION : QUELLE ÉDUCATION POUR LA JUSTICE COMME SOLLICITUDE? 523
a. Points communs et différences 523
b. Une éducation à la culture générale 528
c. Éducation à la culture générale et précipitation 535
d. Éducation à la culture : une liberté positive? 537

CONCLUSION 539

BIBLIOGRAPHIE 556
1. MONOGRAPHIES 556
a. Monographies de Ronald Dworkin 556
b. Monographies d'autres auteurs 556

2. OUVRAGES COLLECTIFS 562
3. OUVRAGES DE RÉFÉRENCE 564
4. ARTICLES DE PÉRIODIQUES 564
a. Articles de Ronald Dworkin 564
b. Articles d'autres auteurs 564
5. DOCUMENTS ÉLECTRONIQUES 566
TABLE DES MATIÈRES 567