

Rawls et le devoir de *fair play*
(C. Spector, U. Bordeaux Montaigne)

Si elle a suscité de nombreux commentaires et d'innombrables critiques, la théorie rawlsienne de la justice n'est connue en France que de façon mutilée et partielle. En particulier, la généalogie de la pensée rawlsienne à partir de ses premiers articles est peu abordée¹. Concentrée sur le dispositif de la position originelle et du voile d'ignorance, l'exégèse a laissé dans l'ombre des pans entiers de la théorie. Cette contribution entend revenir sur l'un de ces moments occultés : la question du devoir de *fair play*, qui fait partie des préoccupations originelles de Rawls – même si elle passe au second plan dans la *Théorie de la justice*, au profit du concept de « sens de la justice »².

L'intérêt d'une réflexion sur le *fair play* est notamment contextuel. L'époque où Rawls rédige ses premiers articles est marquée par les mouvements pour les droits civiques ou les débats sur la pauvreté dans le cadre de la Grande Société³. Même si Rawls est plus influencé par ses collègues (notamment le juriste Herbert Hart) que par les mouvements sociaux en cours, le philosophe a sans doute filé la métaphore sportive du *fair play*, dominante dans les débats publics. Le *fair play* est alors la vertu privilégiée dans les compétitions sportives : elle enjoint de suivre les règles du jeu et de respecter l'adversaire. Plus encore, dans les années 1950, le domaine du sport semble être le seul susceptible d'intégrer les minorités afro-américaines à la démocratie. La « démocratie juste »⁴ semble à certains égards pensée sur le modèle dominant du sport : lorsque nous participons à un jeu comme le jeu politique, nous avons l'obligation d'en respecter les règles et d'être « beaux joueurs ». Dans cet esprit, la *Théorie de la justice* comparera la société bien ordonnée à un jeu : « tout comme des joueurs ont pour but commun de bien jouer et de façon correcte (*fair*), de même les membres d'une société bien ordonnée ont pour but commun de coopérer afin de réaliser leur propre nature d'une manière qu'autorisent les principes de justice »⁵.

¹ Une exception cependant : l'excellente introduction de S. Mestiri, *Rawls. Justice et équité*, Paris, P.U.F., 2009. Voir également en français C. Audard, *Qu'est-ce que le libéralisme?*, Paris, Gallimard, 2009, chap. 6 ; B. Guillarme, *Rawls et l'égalité démocratique*, Paris, P.U.F., 1999.

² Nous nous permettons de renvoyer à nos articles, C. Spector, « Le sens de la justice. Une utopie réaliste ? », *Raison publique*, mis en ligne le 16 avril 2012 (<http://www.raison-publique.fr/article520.html>) ; C. Spector, « Du *fair play* au sens de la justice. Généalogie de la morale rawlsienne », in *Le Sens de la justice. Une « utopie réaliste » ?*, *Rawls et ses critiques*, S. Guérard de Latour, G. Radica et C. Spector édés., Paris, Garnier, à paraître en 2014, ainsi que l'ensemble des articles réunis dans ce volume.

³ Voir la thèse d'histoire de Nicholas Martin-Breteau (EHESS), « Corps politiques : Sport et combats politiques des Africains-Américains à Washington, D.C., et Baltimore (v. 1890-v. 1970) », CENA, EHESS, sous la direction de François Weil, soutenue en 2013. N. Martin-Breteau montre qu'entre les années 1920 et 1960, le discours du *fair play* infusait toute la société américaine, jusqu'aux discours de Harry Truman ou aux décisions de la Cour Suprême. Rawls fut profondément influencé par le contexte historique dans lequel il écrivit ses premiers articles (p. 480-497). En 1947 (bien avant la décision de la Cour Suprême interdisant la ségrégation raciale dans les écoles dans *Brown v. Board of Education* en 1954 et ouvrant le Mouvement pour les droits civiques), l'intégration du joueur noir Jackie Robinson dans l'équipe des Brooklyn Dodgers de la Major League Baseball fut un événement, qui semblait annoncer une ère nouvelle de la démocratie américaine. Nous remercions N. Martin-Breteau de ses suggestions précieuses sur cet article.

⁴ Voir V. Nurock, *Rawls. Pour une démocratie juste*, Paris, Michalon, 2008.

⁵ Nous citerons la *Théorie de la justice* dans la traduction de Catherine Audard (*Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Paris, Seuil, 1997, désormais *TJ*) ; *A Theory of Justice*, Cambridge (MA.), The Belknap Press of Harvard University Press, 1971. Voir ici *TJ*, § 79, p. 570.

Pourtant, Rawls ne se contente pas de proposer un usage métaphorique du *fair play* : il place le concept au cœur de sa philosophie morale et politique. Défini comme une forme d'engagement réciproque mais non contractuel, le principe de *fair play* fonde désormais de manière immanente le devoir d'obéissance aux règles d'une pratique mutuellement avantageuse. En invoquant le devoir de *fair play*, Rawls soutient que nous avons des devoirs naturels à l'égard de nos semblables dès lors que nous sommes engagés ensemble au sein d'une telle pratique. La simple acceptation de bénéfices produits par la coopération nous oblige à l'égard de l'ensemble des participants à cette pratique ; nous devons accomplir notre part et nous acquitter de notre contribution à l'effort commun lorsque notre tour vient. Ancré dans un sentiment moral, le *fair play* s'apparente ainsi à la loyauté et à la gratitude, et nous incline à nous abstenir de poursuivre nos intérêts à tout prix. Enfin, ce principe décide de la teneur de nos obligations, ce qui ouvre la voie à un droit de résistance pour certaines minorités « opprimées ». Mais le *fair play* suffit-il à fonder l'obligation morale et l'obligation politique ?

Du fair play au sens de la justice

Répondre à cette question délicate suppose de revenir à la formation du concept dans les premiers articles de Rawls. Dès l'article de 1958 intitulé « Justice as Fairness », l'auteur évoque le sens du *fair play* comme solution à l'instabilité causée par le « passager clandestin » (*free rider*). Comment faire en sorte que le système résiste à cette perturbation de manière endogène ? « Justice as Fairness » y répond sans équivoque : si les parties acceptent des principes ou des règles comme équitables (*fair*) et n'ont pas de raison de s'en plaindre, alors il existe *ipso facto* un devoir *prima facie* (antérieur à toute autre considération) des parties d'agir selon ces règles. Le devoir de *fair play* est une conséquence logique du concept de coopération mutuellement avantageuse⁶. Il y va d'une forme de cohérence avec soi-même : dès lors que nous avons accepté les bénéfices de la coopération, nous avons le devoir d'accomplir notre part du marché lorsque notre tour vient, en l'absence même d'engagement contractuel. Un exemple classique en la matière serait celui d'une communauté de voisinage où il faudrait, à tour de rôle, tondre le gazon. Avoir profité du gazon fraîchement tondu nous oblige à tondre la pelouse à notre tour le jour venu, même si nous n'avons rien promis.

Le devoir de *fair play* se conçoit ainsi dans le cadre d'un dialogue avec le juriste Herbert Hart⁷. Dans l'un de ses articles canoniques (« Are there Natural Rights ? », 1955), Hart affirmait qu'il existe des devoirs issus de notre simple engagement dans des pratiques communes, sans qu'il soit nécessaire de faire référence à un contrat explicite ni à une promesse⁸. L'obligation est immanente à la pratique, qui suscite ses propres règles. Mais Rawls précise de manière décisive l'intuition de Hart : seules les pratiques *justes* (mutuellement avantageuses) engendrent un tel devoir. Il y conjugue en outre une réflexion analytique issue d'un contexte post-wittgensteinien, puisqu'il s'agit ici de savoir ce que signifie au juste « suivre une règle »⁹. Le devoir de *fair play* « n'est pas une obligation qui

⁶ Sur le concept de société comme *cooperative venture for mutual advantage*, que Rawls abandonnera dans *Libéralisme politique* en substituant à l'avantage mutuel l'idée de réciprocité, voir B. Barry, *Theories of justice*, Berkeley, University of California Press, 1989.

⁷ J. Rawls, « Justice as Fairness » (1958), in *Collected Papers*, S. Freeman éd., Cambridge, Harvard University Press, 1999, p. 47-72.

⁸ H. Hart, « Are there any Natural Rights? », *Philosophical Review*, n° 64 (avril 1955). Voir la traduction de Charles Girard, « Existe-t-il des droits naturels ? », *Klesis*, n°21 (2011), p. 239-254.

⁹ Rawls a mené sa réflexion sur le sujet dans « Two Concepts of Rules » (1955), in *Collected Papers*, *op. cit.*, p. 20-46. Nous remercions notre collègue J.-P. Narboux pour ses suggestions précieuses.

présuppose un acte performatif délibéré au sens d'une promesse ou d'un contrat ; il suffit d'avoir accepté les bénéfices d'une pratique pour être lié, et devoir accomplir en temps et en heure sa part de marché. Inversement, agir de manière injuste ne revient pas tant à tricher ou à transgresser une loi qu'à tirer profit d'une lacune ou d'une ambiguïté des règles, à invoquer des circonstances atténuantes qui permettent de ne pas s'exécuter, à insister sur le fait que les autres doivent suivre les règles à notre avantage alors même que ces règles ne devraient pas s'appliquer »¹⁰. Plus généralement, l'injustice comme rupture du *fair play* consiste à « agir à l'encontre de l'intention d'une pratique ». Le sens du *fair play* est de l'ordre du sentiment, et non exclusivement de la raison : on parle de « sens » dans la mesure où ce qui est équitable doit être pour ainsi dire *senti* ou *perçu*. Rawls dénonce alors l'erreur des tenants du contrat social qui supposent que l'obligation politique requiert formellement une promesse : l'hypothèse semble superflue. Dans toute cette argumentation, l'auteur ne postule que des « personnes » qui se reconnaissent mutuellement comme telles (avec des intérêts et des facultés semblables). Dans ce cas, même si une personne peut être injustement avantagée ou en situation de pouvoir impunément profiter d'un gain illicite, elle aura le devoir de s'en abstenir et de surmonter la tentation du *free-riding*.

La réflexion sur le *fair play* est donc bien une réflexion morale : à quelles conditions devons-nous nous abstenir de pousser au plus loin notre avantage immédiat ? Pourquoi limiter notre liberté de suivre notre intérêt ? Au nom de quoi accepter cette discipline du désir ? Rawls rejoint ici une thématique des plus classiques dans l'histoire de la philosophie. Mais le traitement qu'il propose dans « Justice as Fairness » est original, conjuguant morale et politique sous les auspices d'une théorie générale de la coopération sociale. Après l'énoncé des deux principes de justice, le philosophe s'interroge : que signifie que les individus qui choisissent les principes de justice soient mutuellement désintéressés (*mutually disinterested*) ? Ce postulat ne vise pas à nier que les membres d'une même famille sont unis par des liens d'affection, ou prêts à sacrifier leur intérêt étroit. Mais Rawls entend considérer de façon réaliste que la société est constituée par des associations (ou des familles) mutuellement désintéressées. Dans cette hypothèse, il n'est pas nécessaire de supposer que les personnes soient *mutually disinterested* en toutes occasions, mais seulement dans les circonstances ordinaires où elles participent aux pratiques communes. Qu'elles soient mutuellement désintéressées signifie qu'elles ne tiennent pas compte, dans la définition des finalités de leur action, des fins poursuivies par autrui. Cette hypothèse vise à simplifier les conditions de la position originelle et à mettre entre parenthèses l'envie.

Envisageant la procédure de choix des principes de justice, Rawls imagine donc une situation où des contraintes analogues à celles d'*avoir une moralité* conduisent des êtres rationnels et mutuellement désintéressés à agir « raisonnablement », dans les circonstances où un juste arbitrage est requis entre leurs revendications concurrentes, voire conflictuelles (*pressing claims*). Parvenir à l'équilibre équitable entre ce que chacun considère être son *dû* ou son *droit* suppose que tous soient placés en situation contrainte d'impartialité. Le point de vue moral (« *having a morality* ») consiste à reconnaître que les principes s'appliqueront impartialement à tous, dont nous-mêmes, et à montrer de la honte, du remord ou une volonté de réparer en cas de violation des principes. En un mot, atteindre le point de vue moral revient à prendre un ferme engagement à l'avance (*firm commitment in advance*) de suivre les principes de justice, alors même que ces principes pourraient tourner à notre désavantage. Rawls précise une fois encore qu'il ne suppose ici aucune théorie générale des motivations¹¹ –

¹⁰ J. Rawls, « Justice as Fairness » (1958), art. cit., p. 60-61, notre traduction.

¹¹ *Ibid.*, p. 56.

même si nul n’aurait besoin de justice, à l’évidence, dans une communauté de saints où tous seraient mus par le dévouement et l’aptitude au sacrifice (*selflessness*)¹².

Dans « Justice as Fairness », la théorie du *fair play* se trouve de la sorte incluse dans le cadre d’une théorie des sentiments moraux. Le *fair play* s’apparente à la loyauté ou à la gratitude, à la reconnaissance affective de notre dette à l’égard des autres ou des institutions dont nous avons profité et dont nous avons l’intention de profiter à l’avenir. Mais Rawls place également sa théorie sous le patronage du Wittgenstein des *Investigations philosophiques*. De même que la compassion ne se manifeste que par le désir d’aider autrui en détresse – ce qui constitue le véritable « critère » de reconnaissance de ce sentiment –, de même la reconnaissance du devoir de *fair play* fait partie du critère de reconnaissance d’une personne dotée des mêmes aspirations et des mêmes sentiments que nous (« *is a necessary part of the criterion for recognizing another as a person with similar interests and feelings as oneself* »). Une personne qui ne manifesterait jamais aucun désir d’aider des individus dans la douleur témoignerait par là-même d’une absence de reconnaissance de leur douleur, car reconnaître la douleur déclenche une action destinée à délivrer de la souffrance. En note, Rawls précise le sens de sa référence aux *Investigations philosophiques* : « *that the response of compassion, under appropriate circumstances, is part of the criterion for whether or not a person understands what “pain” means is, I think, in the Philosophical Investigations* ». Toutefois, il affirme aussi ne pouvoir s’étendre sur ce point, et renvoie, quoiqu’il juge le texte obscur, à l’ouvrage de Max Scheler, *The Nature of Sympathy*¹³. Le fait de reconnaître qu’une autre personne souffre se manifeste dans l’action empathique. Cette réaction « primitive et naturelle » est l’une des réponses émotionnelles sur lesquelles se fondent différentes formes de conduite morale.

Pourtant, l’article intitulé « The Sense of Justice » (1963) semble faire passer au second plan la question du *fair play*, qui n’intervient plus désormais qu’au titre du deuxième stade de l’éducation morale (la « morale de l’association »)¹⁴. Le concept dominant est désormais celui de « sens de la justice » défini comme capacité à comprendre et à appliquer les principes de justice qui seraient choisis par des êtres rationnels en situation d’égale liberté. Dans cette configuration, l’apprentissage du sens de la justice suppose, après la « morale de l’autorité » dans la famille et avant la « morale des principes » à l’égard de l’institution, la « morale de l’association » : dans tout système de coopération, les individus tendent à pratiquer la réciprocité s’ils voient que les autres « font leur part » et coopèrent équitablement. Les attitudes naturelles que sont l’amitié et la confiance ancrent alors le désir de coopération ; la transgression du devoir de *fair play* donne lieu à une culpabilité spécifique. Cette subordination de la question du *fair play* se traduit par la relégation de la question à une note (la note 4) et à une section (la section IV) de l’article. Alors que la note rappelle que l’« on peut considérer comme typique de ce que la justice exige en certains cas le devoir *prima facie* de *fair play* », la section IV expose ce que Rawls nomme la « seconde loi psychologique » de réciprocité en vertu de laquelle les individus engagés dans un schème de coopération éprouvent de la culpabilité à ne pas « faire leur part » s’ils voient les autres s’acquitter de la leur¹⁵.

¹² La question de la morale surrogatoire des saints et des héros, qui suppose une maîtrise de soi et une vertu extraordinaire d’amour de l’humanité, au-delà des exigences de la justice, sera abordée dans la *Théorie de la justice*, § 19 et § 30.

¹³ « Justice as Fairness », p. 62, note.

¹⁴ J. Rawls, « Le sens de la justice », trad. V. Nurock révisée par B. Guillarme, *Les Cahiers philosophiques*, n° 110, 2007, p. 72-92, ici p. 75.

¹⁵ *Ibid.*, p. 79 (p. 297-299 dans l’article original).

Dans « Legal Obligation and the Duty of Fair Play » (1964), Rawls esquisse cependant un second mouvement, qui tend plutôt à étendre la portée du concept. Neutralisant la dimension compassionnelle associée à l'idée de sentiment moral, il redéfinit le *fair play* et va désormais jusqu'à inclure l'obligation politique dans le devoir de *fair play*. Dans cette hypothèse, les citoyens n'ont pas d'obligation à l'égard de l'Etat, mais seulement les uns à l'égard des autres : « *My thesis is that the moral obligation to obey the law is a special case of the prima facie duty of fair play* »¹⁶. Comme Hart, Rawls entend proposer une théorie de l'obligation politique qui ne dérive pas celle-ci de nos actes volontaires (promesses, conventions). Dans un Etat de droit qui garantit les libertés et l'égalité des chances, le citoyen qui a accepté la Constitution et profité de ses avantages se voit imputé une obligation de lui obéir, fondée sur le principe de *fair play*. Dans cet article comme dans d'autres (jusqu'à « Justice as Reciprocity » en 1971), Rawls réfère ainsi le devoir de *fair play* à la théorie classique du *consentement tacite* chez des auteurs comme Locke : « *what Locke means by tacit consent is analogous to the duty of fair play, if not identical with it* ». Rawls mentionne le paragraphe 119 du second *Traité du gouvernement civil*, qui invoque la possibilité d'une obligation sans convention réelle. Il ajoute par ailleurs que Hobbes, qui mentionne l'idée de convention tacite, n'en appelle pas à la loi naturelle selon laquelle il faut tenir ses promesses, mais à une loi naturelle de gratitude ; or selon Rawls, son argument serait mieux étayé par un recours au devoir de *fair play*. Enfin, ce devoir comporte certaines affinités avec le concept humien de convention, qui théorise la coordination dans le cadre d'une critique du contractualisme¹⁷.

Or cette nouvelle manière d'aborder l'obligation politique influe sur la question très débattue de la désobéissance civile. Dans la *Théorie de la justice*, Rawls précisera que dans le cadre d'une société « presque juste » (qui, quoique bien ordonnée pour l'essentiel, comprend un certain nombre de graves violations de la justice), une telle désobéissance ne doit être envisagée qu'avec la plus grande circonspection. Parce que nous avons « normalement » le devoir d'obéir à des lois injustes en vertu de notre devoir de soutenir une constitution juste, nous ne pouvons envisager la désobéissance civile qu'en dernier recours, en cas de violation grave du premier principe (relatif aux libertés égales pour tous) ou du principe d'égalité des chances (le principe de différence *stricto sensu* étant laissé de côté ici, car sa transgression serait plus délicate à vérifier)¹⁸. Rawls pense bien entendu à l'exclusion des minorités afro-américaines, privées du droit de vote, d'accéder à certaines fonctions publiques ou entravées dans leur liberté de mouvement. Le principe de loyauté aux institutions joue alors un double rôle : d'une part, il lie en général tous les citoyens, dont les minorités permanentes, aux lois votées par la majorité¹⁹ ; d'autre part, il peut aussi les dispenser de leur obéir, lorsque les conditions d'un jeu équitable ne sont pas réunies. Il faut considérer ici non seulement la régularité de la procédure électorale, mais aussi le fait que la procédure s'est déroulée dans un contexte équitable²⁰.

¹⁶ Voir J. Rawls, « Legal Obligation and the Duty of Fair Play » (1964), in *Collected Papers, op. cit.*, p. 117-129, ici p. 117. Sur la théorie moderne de l'obligation politique, voir B. Bernardi, *Le Principe d'obligation*, Paris, Vrin, 2007.

¹⁷ J. Rawls, « Justice as Reciprocity » (1971), in *Collected papers, op. cit.*, p. 190-224, ici p. 211. Sur le passage hobbesien de la loyauté à la gratitude, il renvoie à H. Warrender, *The Political Philosophy of Hobbes*, p. 51-52 et p. 233-237. Voir également Hume, *Traité de la nature humaine*, trad. Ph. Saltel, Paris, GF-Flammarion, 1993 III, II, 2, et *Enquête sur les principes de la morale*, trad. M. Malherbe, Paris, Vrin, 2002, appendice 3.

¹⁸ Voir ici *TJ*, § 53, p. 395 ; § 55-57.

¹⁹ Sur ces minorités permanentes, culturelles ou politiques, voir L. Foisneau, « What is "political" about minority rights? », in *Spheres of Global Justice*, J.-C. Merle, L. Foisneau, C. Heiblum et J. C. Velasco (dir.), vol. 1, Dordrecht, Springer, 2013, p. 143-154

²⁰ Voir L. Foisneau, « Rawls et la justification de la règle de la majorité », *Raisons politiques*, n° 53, 2014/1, p. 63-79.

Aussi faut-il distinguer deux fonctions politiques du devoir de *fair play*. Dans une démocratie constitutionnelle qui respecte les principes de justice relatifs à la liberté et l'égalité, le citoyen est censé obéir à une loi adoptée par la majorité, même s'il la trouve injuste. Dans le cas d'une loi qui porterait atteinte à nos intérêts immédiats, le devoir de loyauté ou de gratitude nous oblige en général à ne pas frauder et à ne pas nous dérober à nos responsabilités, dès lors que nous acceptons les bénéfices du système. Mais Rawls examine également la possibilité d'une loi portant atteinte aux intérêts ou aux droits d'une minorité, et donne notamment l'exemple d'une mesure fiscale défavorisant sciemment certains groupes sociaux ou religieux. Dans ce cas, l'obéissance à la loi est tributaire de plusieurs facteurs : la justice de la Constitution ; la gravité de l'injustice inhérente à la loi ; la question de savoir si la loi résulte d'une intention délibérée de nuire à certaines minorités ; l'espoir bien fondé que la loi sera abrogée. La conclusion résonne de manière singulière dans le contexte des mouvements en faveur des droits civiques. Si une minorité s'avère exclue durablement des bienfaits de la coopération, elle peut être déliée de son obligation²¹. Un article paru cinq ans plus tard en précisera les conditions : certains membres d'une minorité peuvent à juste titre se juger déliés de leur devoir d'obéissance aux lois votées par une majorité, s'ils pensent par là même contribuer à une réforme du droit et des politiques publiques « substantiellement » injustes (contrevenant au principe de maximisation des égales libertés ou au principe de juste égalité des chances)²². En s'adressant au « sens de la justice » de la majorité, certaines minorités peuvent ainsi faire entendre leurs revendications portant sur les droits et les libertés. Dans ce cas, la minorité témoigne que les clauses équitables de la coopération sociale ne sont pas honorées, et ce en sa défaveur. A condition de n'intervenir qu'en dernier ressort, la désobéissance civile peut ainsi contribuer à réformer une société dans le sens de la justice (de l'égalité des droits et de l'égalité des chances).

Le devoir de fair play dans la Théorie de la justice

Doit-on s'en tenir pour autant à cette première généalogie ? Il n'est pas anodin que dans tous ses articles, Rawls confesse que ses remarques sur le devoir de *fair play* sont « *unhappily obscure* ». Or s'il ne progresse pas dans sa formulation entre « Justice as Fairness » et « Justice as Reciprocity », le philosophe relègue au second plan la question du *fair play* dans la *Théorie de la justice*. Dans cette œuvre, la réflexion se déplace notamment vers le « principe d'équité » (*principle of fairness*). Rawls aborde cette question en deux lieux distincts : le premier (aux § 18-19) évoque l'obligation spécifique des personnes incarnant l'autorité politique, qui ont accepté d'être mandataires ; le second (aux § 51-52) articule le principe d'équité et loyauté. La section 18 annonce d'abord qu'il s'agira d'utiliser le principe d'équité afin d'expliquer toutes nos obligations, distinctes des devoirs « naturels ». Nous ne sommes obligés d'obéir qu'aux institutions justes (ce qui place Rawls dans le sillage de Locke ou de Rousseau plutôt que de Hobbes) : « Le principe pose qu'une personne est obligée d'obéir aux règles d'une institution à deux conditions : tout d'abord que l'institution soit juste (ou équitable), c'est-à-dire qu'elle satisfasse les deux principes de la justice, ou que l'on ait profité des possibilités qu'elle donne de promouvoir nos intérêts personnels. L'idée principale est la suivante : quand un certain nombre de personnes s'engagent dans une entreprise de coopération mutuellement avantageuse selon des règles, et imposent à leur liberté des limites nécessaires pour produire des avantages pour tous, ceux qui se sont soumis à ces restrictions ont le droit d'espérer un engagement semblable de la part de ceux qui ont tiré avantage de leur propre obéissance. Nous n'avons pas à tirer profit de la coopération des autres sans

²¹ J. Rawls, « Legal Obligation and the Duty of Fair Play », art. cit., p. 126.

²² Voir J. Rawls, « The Justification of Civil Disobedience » (1969), in *Collected papers, op. cit.*, p. 176-189.

contrepartie équitable »²³. Les acquis des articles précédents consacrés au *fair play* se trouvent ainsi résumés : si les obligations résultent parfois d'actes volontaires, elles peuvent également procéder d'engagements tacites²⁴. Rawls met l'accent sur le devoir naturel « fondamental » de respecter les institutions justes qui s'appliquent à nous ; si la structure de base de la société est juste, chacun a le devoir naturel d'y participer²⁵.

Pourtant, le principe d'équité (*principle of fairness*) ne joue pas tout à fait le même rôle que le devoir de *fair play*. Il permet surtout de théoriser les obligations de hauts responsables, notamment dans le domaine politique : ceux qui sont les plus avantagés dans la société parce qu'ils ont accédé à des postes de responsabilité auront des obligations plus fortes. Selon Rawls, nous sommes moralement obligés d'assumer les charges qui sont la contrepartie des avantages que nous avons reçus en acceptant des offices publics. Le devoir de *fairness*, dès lors, n'est plus associé aux devoirs dits « naturels », comme le devoir de justice, mais à ces engagements volontaires qui sont régis par le célèbre adage : « Noblesse oblige »²⁶.

Dans la *Théorie de la justice*, il revient donc désormais au sens de la justice de favoriser la stabilité de la société bien ordonnée²⁷, et au principe d'équité de servir de clé de voûte à l'analyse de la coopération sociale. L'analyse du principe d'équité se poursuit en effet lorsque Rawls aborde la distinction entre « devoir » et « obligation », et s'interroge sur les raisons pour lesquelles les devoirs « naturels » seraient effectivement choisis dans la position originelle (puisque'il n'existe aucun *a priori* moral). La réponse est sans équivoque : de tels devoirs constituent des éléments essentiels d'une conception du juste (*right*) en définissant nos liens institutionnels et interpersonnels. Non seulement nous sommes tenus de contribuer aux institutions justes, mais nous devons « aider à l'établissement d'institutions justes lorsqu'elles n'existent pas, du moins si cela est possible pour nous à un coût peu élevé »²⁸. A ce stade, Rawls se demande surtout si les partenaires dans la position originelle ne feraient pas mieux de poser que la nécessité d'obéir à des institutions justes dépend de certains actes *volontaires* de leur part. Or il répond par la négative : l'obligation d'obéir aux institutions justes ne repose pas sur un consentement explicite.

Le contractualisme rawlsien n'est donc pas un conventionnalisme radical. Rawls nomme « naturels » les devoirs indépendants de tout acte volontaire, c'est-à-dire pré-supposés par le choix de la position originelle. Dans un passage laborieux et un peu obscur, il s'attache à récuser le fait que l'obligation politique est source de nos obligations mutuelles. Les rapports sociaux – fussent-ils politiques – peuvent être conçus indépendamment de l'action de l'Etat ou du Souverain. L'enjeu est d'envergure : sachant que la stabilité de la société bien ordonnée est menacée par deux tendances de la nature humaine (une tendance égoïste associée à la figure du passager clandestin, une tendance à la défiance), « baser nos relations politiques sur un principe d'obligation compliquerait le problème de la confiance »²⁹. Fonder les rapports politiques sur l'obligation risquerait en effet, comme dans le système hobbesien, d'impliquer un recours plus important à la coercition afin de garantir la confiance. Lier la loyauté à l'égard de la Constitution à la reconnaissance volontaire des avantages réels qu'elle nous procure serait périlleux, surtout s'il s'agit du système au sein duquel nous sommes nés et avons été

²³ *TJ*, chap. 2, § 18, p. 142.

²⁴ *Ibid.*, p. 143.

²⁵ *Ibid.*, p. 145.

²⁶ *TJ*, § 18-19, p. 51-52.

²⁷ Voir le chapitre 8, que nous avons analysé dans « Le sens de la justice. Une utopie réaliste ? », *Raison publique*, mis en ligne le 16 avril 2012 (<http://www.raison-publique.fr/article520.html>).

²⁸ *TJ*, § 51, p. 376.

²⁹ *Ibid.*

socialisés. L'acte de consentement de type contractualiste pourrait ressembler à un mythe – comme l'avait notamment vu Hume. Or cet inconvénient est levé si l'on reconnaît, antérieurement à l'Etat, un *devoir naturel d'équité* (sur lequel les partenaires de la position originelle se mettraient d'accord, plutôt que sur le principe d'utilité) – devoir d'équité que Rawls juxtapose aux autres devoirs dits « naturels » que sont le *respect* ou la *bienveillance*, conçus comme des devoirs larges au sens kantien³⁰. A cet égard, la section 52 consacrée aux arguments en faveur du principe d'équité permet de comprendre à quel point le principe d'équité joue dorénavant le rôle d'un principe architectonique dans la théorie rawlsienne de l'obligation : « Alors qu'il y a différents principes du devoir naturel, toutes les obligations naissent du principe d'équité »³¹.

Dans cet esprit, le politique apparaît désormais comme une sous-section du social. Le principe de loyauté à l'égard des institutions est un cas particulier du principe d'équité appliqué à la pratique sociale de la promesse. Rawls poursuit ici l'argument de Searle : la promesse est une conduite définie par un système public de règles qui sont un ensemble de conventions sociales constitutives³². La règle de base qui commande l'usage des mots « je promets de faire X » s'énonce ainsi : *si quelqu'un prononce les mots « je promets de faire x » dans les circonstances appropriées, il doit faire x, à moins que certaines conditions qui l'excuseraient ne se produisent*. La règle de la promesse n'est pas un principe moral ; elle ressemble plutôt aux règles du jeu qui déterminent la justice (*fairness*) d'une pratique ou d'une interaction réussie. Pour énoncer une promesse qui vaille, il faut être pleinement conscient, dans un état d'esprit rationnel, averti du sens des mots. Ces mots doivent être prononcés « librement et volontairement, sans menaces ni coercition, dans des situations où l'on dispose d'une « marge adéquate de négociation »³³ ; nul ne doit tenir sa promesse si celle-ci est faite en dormant, dans un délire, sous contrainte, ou quand des informations ont été volontairement dissimulées. Telle est la définition de la promesse faite *bona fide*. Le principe de loyauté s'identifie donc à celui de tenir ses promesses *bona fide*³⁴.

Rawls en conclut que la coopération doit beaucoup aux promesses, c'est-à-dire à un mode d'agencement horizontal et non vertical :

Le rôle des promesses est analogue à celui que Hobbes attribuait au souverain. De la même façon que le souverain conserve et stabilise le système de coopération sociale en instituant publiquement un système pénal efficace, de même c'est en tenant mutuellement leur parole que les hommes, en l'absence de système coercitif, établissent et stabilisent leurs entreprises privées³⁵.

Les promesses pourraient donc être tenues en l'absence de *gardien des promesses*. En vertu du principe d'équité, nous sommes dans l'obligation de faire ce que nous avons promis³⁶.

³⁰ Nous laisserons ici de côté la difficulté relative à l'articulation d'une théorie néo-kantienne et d'une théorie du choix rationnel.

³¹ *Ibid.*, § 52, p. 384.

³² Voir J. Searle, *Speech Acts*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969, chapitre 3.

³³ *TJ*, p. 386.

³⁴ *Ibid.*, p. 387.

³⁵ *Ibid.*, p. 388.

³⁶ *Ibid.* Sur la question chez Hobbes et Rousseau, voir C. Spector, « Y a-t-il un gardien des promesses ? L'hétéronomie de la conscience dans l'*Émile* », in *Penser l'homme*, C. Habib et P. Manent éd., Paris, Classiques Garnier, 2013, p. 167-182. Et sur le thème plus général de la promesse, A. Boyer, *Chose promise*, Paris, P.U.F., 2014.

Tout au long de cette analyse, Rawls prolonge la réflexion d'Harold Prichard sur le rôle de la promesse dans la constitution et la stabilisation des formes de la coopération³⁷. Prichard soulignait en effet que l'obligation n'est pas un *fait* que l'on puisse créer ; lorsque nous promettons, ce que nous créons n'est pas l'obligation de respecter nos promesses ou d'accomplir une action, mais *autre chose* – autre chose qui donne précisément lieu à l'obligation. Or cette « autre chose » ne peut être qu'une promesse générale et préalable de tenir nos promesses ou un engagement préalable de respecter nos engagements. Promettre suppose d'appartenir à un groupe d'individus qui s'attendent à ce que chacun respecte ses promesses et agisse en fonction de cette croyance. Prichard loge ainsi un redoutable problème au cœur de la coopération sociale : promettre ne peut prendre sens qu'entre individus entre lesquels existe au préalable une *promesse de respecter ses promesses*, qui est en réalité un accord de n'utiliser certains sons que d'une certaine manière – accord qui n'est pas tout à fait un accord en ce sens³⁸.

Rawls entend surmonter l'aporie évoquée par Prichard en invoquant la confiance. C'est à la confiance qu'il incombe d'accroître la valeur et l'étendue de la coopération par le seul fait de reconnaître publiquement les principes de justice. Le philosophe en conclut qu'il est rationnel, du point de vue de l'individu dans la position originelle, de reconnaître le principe d'équité ; ce principe permet de ne pas multiplier inutilement les exigences morales. En dernière instance, les règles morales ne découlent pas de la seule existence des institutions. Rawls récuse cette position strictement institutionnaliste : le principe d'équité doit être considéré comme l'origine de nos obligations. Ainsi peut-on répondre au défi lancé par Prichard. A la question de savoir quel est ce *quelque chose* impliqué dans les accords *bona fide* qui ressemble bien à un accord de respecter les accords et qui cependant, au sens strict, ne peut en être un, Rawls répond :

Il suffit, pour une théorie des obligations fiduciaires, d'une juste pratique de la promesse comme système de règles constitutives publiques [notion empruntée à Searle] et du principe d'équité. Et ni l'un ni l'autre impliquent l'existence d'un accord antérieur réel de respecter les accords. L'adoption du principe d'équité est purement hypothétique ; nous avons seulement besoin du fait que ce principe serait reconnu.

Le principe d'équité suffit à obliger ceux qui tirent avantage du système de coopération³⁹. Rawls prétend de la sorte donner sa propre réponse à la question classique de l'origine de l'obligation : la *Théorie de la justice* rend raison du respect loyal de nos obligations en faisant l'économie du *Léviathan*.

Deux critiques : Nozick et Simmons

Plusieurs difficultés demeurent pourtant en suspens. La première est relative à la généalogie de la pensée rawlsienne : pourquoi Rawls a-t-il progressivement minoré le devoir de *fair play*, au point de lui substituer, dans la *Théorie de la justice*, une analyse du « sens de la justice » et du « principe d'équité » ? Il n'est pas exclu que Rawls ait dû abandonner le devoir de *fair play*, ou du moins en minorer l'importance, face aux obscurités et aux

³⁷ *TJ*, p. 388-389. Voir H. A. Prichard, « The Obligation to keep a Promise », *Moral Obligation*, Oxford, Clarendon Press, 1949, p. 169-179. Il semble que Prichard ait influencé Austin à Oxford ; il fut également en contact brièvement avec Wittgenstein lors d'un passage de celui-ci à Oxford en 1947, peu de temps avant la mort de Prichard, alors qu'il jouait le rôle de répondant (l'anecdote, qui mentionne le fait que Prichard déformait le nom de Wittgenstein, est racontée par H. Hart). Voir <http://plato.stanford.edu/entries/prichard/>

³⁸ Prichard, *Moral Obligation*, *op. cit.*, p. 179.

³⁹ *TJ*, p. 391.

difficultés intrinsèques du concept, d'abord étroitement lié à l'empathie. L'intellectualisme croissant de la théorie rawlsienne est patent ici. Dans la *Théorie de la justice*, le philosophe n'évoque même plus le *fair play* dans sa description de la genèse du sens de la justice. Les vertus relatives à l'association qu'il invoque désormais sont l'équité (*fairness*), la fidélité et la confiance, l'intégrité et l'impartialité⁴⁰.

L'idée d'une obligation immanente aux pratiques coopératives se heurte par ailleurs à des obstacles majeurs. Deux critiques peuvent être invoquées ici. La première est strictement contractualiste, et émane du philosophe « libertarien » Nozick. Au chapitre 5 de *Anarchie, Etat et utopie*, Nozick souligne en effet que Rawls ne prouve en rien que le simple fait d'avoir reçu des bénéfices issus d'une coopération sociale oblige. Le contre-exemple en serait un système de divertissement organisé par une communauté de voisinage, où chacun serait censé venir à tour de rôle diffuser musiques et histoires drôles. Est-on obligé par le simple fait d'avoir écouté occasionnellement les divertissements conçus et diffusés par d'autres ? La réponse de Nozick est négative. Du moins faut-il que les bénéfices escomptés soient supérieurs aux coûts estimés de la participation au schème coopératif⁴¹. L'argument de Hart en faveur de l'existence d'un droit naturel dépendait du caractère exécutoire de toutes les obligations ; or nul n'a le droit de forcer un individu à s'enrôler dans un schème coopératif. En d'autres termes, nul ne peut octroyer des bénéfices à quelqu'un (voire les lui imposer), puis exiger de lui un paiement. Il n'existe a fortiori aucune dette sociale dont quiconque pourrait se prévaloir : il est indispensable que l'individu ait explicitement *consenti* à coopérer pour qu'une obligation soit créée. Le principe de *fair play* ne peut se séparer du principe de consentement ; il se résout en lui.

La seconde objection est plus longuement déployée par John Simmons. Dans « The Principle of Fair Play » (1979), Simmons réfute certes l'argument de Nozick : le principe de *fair play* ne dit pas que tous les participants de systèmes de coopération doivent « accomplir leur part », mais que ceux qui acceptent les bénéfices de la coopération doivent coopérer à leur tour. Simmons distingue ainsi *accepter* les bénéfices et les *recevoir*⁴². De ce point de vue, les *insiders* d'une pratique sont ceux qui ont positivement accepté (et pas simplement reçus) certains avantages sociaux. Nozick a donc tort : imaginons le cas d'une communauté qui aurait besoin d'eau, et où l'on se proposerait de creuser collectivement un puits. Si l'individu Jones refusait de participer au travail d'excavation, mais venait en cachette la nuit puiser de l'eau, il se comporterait à l'évidence comme un *free-rider*. L'exemple montre qu'il est obligé d'aider en amont s'il veut bénéficier en aval du service collectif. A cet égard, le principe de *fair play* ne peut se rabattre purement et simplement sur le principe de consentement⁴³.

Mais Simmons précise dans un second temps sa propre critique du principe de *fair play*, qu'il énonce à partir d'une différence perçue entre la version donnée par Rawls et celle qui était initialement proposée par Hart. Rawls a en effet ajouté que le devoir de *fair play* ne pouvait valoir que dans le cas d'une coopération *équitable*, et que ce devoir n'était impératif que lorsque la *plupart* des membres de la coopération sociale, voire *presque tous*, contribuaient effectivement à la production des bénéfices. Or est-il exact de dire que les individus sont obligés dès lors qu'ils ont obtenu une part équitable (*fair share*) des bénéfices ? Simmons décèle un paralogisme : en réalité, *tout le monde* doit avoir reçu une part équitable pour que *qui que ce soit* soit lié par le devoir de *fair play*. Rawls semblait suggérer qu'il suffit

⁴⁰ J. Rawls, *A Theory of Justice*, op. cit., § 71, p. 472.

⁴¹ R. Nozick, *Anarchie, Etat et Utopie*, trad. E. d'Auzac de Lamartine, Paris, P.U.F., 1988, p. 122-124.

⁴² A. John Simmons, « The Principle of Fair Play », *Philosophy and Public Affairs*, vol. 8, n°4, Été 1979, p. 307-337, ici p. 324.

⁴³ *Ibid.*, p. 326.

qu'un individu particulier ait reçu sa juste part (*fair share*) pour être obligé ; le raisonnement semble donc vicié. De surcroît, la question des bénéfices « ouverts » (*open benefits*) se pose en société : dans une communauté politique réelle où l'on se trouve « jeté » par la naissance, il est souvent difficile de savoir si l'on a accepté certains bénéfices, en particulier ceux qui émanent du gouvernement ; il est donc délicat d'appliquer le principe de *fair play* au fait de payer ses impôts ou de s'acquitter de son service militaire, surtout si l'on pense que le coût engendré par l'Etat est plus élevé que les bénéfices qu'il procure. Selon Simmons, il est donc irréaliste de penser la société à grande échelle sur le modèle des petites communautés. Le principe de *fair play* ne rend pas compte de l'obligation politique, car nous ne nous percevons pas réellement comme *membres* d'une vaste coopération sociale⁴⁴.

*

Même s'il n'a pas directement répondu à ces objections – la *Théorie de la justice* a été publiée antérieurement à elles –, Rawls a dû percevoir les difficultés inhérentes au concept de *fair play*. Dans ses premiers articles, l'insistance mise sur le sens du *fair play* et sur l'aptitude empathique (innée ? acquise ?) à reconnaître autrui comme une personne égale lui semblait à lui-même « malheureusement obscure ». Les articles ultérieurs ne sont pas parvenus à clarifier sa pensée sur ce point. Ainsi s'explique sans doute l'importance progressive prise par deux autres concepts : celui de « sens de la justice », celui de « principe d'équité ». En déplaçant son analyse, Rawls ne se libère certes pas de toutes les difficultés fondamentales liées à son analyse purement immanente de la coopération sociale⁴⁵. Mais il tente manifestement de résoudre les problèmes qu'il a lui-même perçus.

En dernière instance, la volonté de fonder nos obligations sur le principe de *fair play* se heurte en effet à plusieurs écueils : la confiance ne suffit peut-être pas à garantir de manière immanente le respect des règles de la coopération sociale ; encore faut-il être sûr que chacun contribue effectivement à sa mesure, et qu'il contribue à la hauteur exacte de ce dont il profite. L'idée selon laquelle nous recevons des bénéfices sociaux ne suffit pas à nous inciter à coopérer *de toutes nos forces*, si nous ne sommes pas sûrs que nous ne jouirons pas de tous les effets produits par nos efforts. Or la théorie rawlsienne écarte certaines questions de justice distributive, notamment relatives au mérite⁴⁶. Elle élude également les effets de justice restauratrice : ainsi des effets induits par l'histoire de l'oppression de certaines minorités, qui peuvent les conduire à penser que la société, devenue moins oppressive, doit néanmoins compenser les injustices historiques (comme dans le cas de l'esclavage). Enfin, il semble difficile de compter sur un sentiment aussi fragile que la reconnaissance que nous éprouvons à l'égard d'institutions qui nous procurent de véritables bienfaits. Non seulement les individus ne mesurent que rarement le coût social des services publics dont ils profitent (ce qui les conduit à refuser les augmentations d'impôts), mais ils ont souvent l'impression que d'autres en profitent davantage – ce qui les conduit parfois à préférer que nul n'en profite. L'envie, qui se traduit par le désir que d'autres se voient privés de certains avantages sociaux (comme la CMU ou l'Aide Médicale d'Etat en France) risque de faire échouer l'espoir que la confiance suffise à éliminer l'instabilité introduite par le « passager clandestin ». Sans doute pourrait-on espérer qu'une société juste parvienne à diminuer l'envie ; mais elle ne parviendra

⁴⁴ *Ibid.*, p. 376-377.

⁴⁵ Voir l'ensemble des critiques recueillies dans *Le Sens de la justice. Une « utopie réaliste » ?*, Rawls et ses critiques, ainsi que notre introduction au volume.

⁴⁶ S. Scheffler, « Justice and Desert in Liberal Theory », *California Law Review*, Vol. 88, No. 3 (May, 2000), p. 965-990.

vraisemblablement pas à l'éliminer totalement⁴⁷. En confondant la faute et la fraude, en espérant que tous les maux se résoudre dans une société juste sous l'effet de la loyauté et de la gratitude, Rawls risque donc bien d'*oublier le mal*⁴⁸.

⁴⁷ Voir M. Bankovsky, « Portée et pertinence morale de "l'envie excusable" chez Rawls : questions critiques », in *Le Sens de la justice. Une « utopie réaliste » ?*, *op. cit.*

⁴⁸ Voir J.-P. Dupuy, *Avons-nous oublié le mal ?*, Paris, Bayard, 2002.