

Les Théories de la Justice Vues par un Économiste

De «l'Économie du Bien-Être» au «Post-Welfarisme» Contemporain

Claude Gamel, Aix-Marseille University (Aix-Marseille School of Economics), CNRS & EHESS

LES THÉORIES DE LA JUSTICE VUES PAR UN ÉCONOMISTE

De « l'économie du bien-être » au « post-welfarisme » contemporain*

Claude Gamel**

5 octobre 2012

Résumé. A l'égard des théories de la justice, le droit et l'économie semblent évoluer de manière divergente : alors que la recherche de ce qui est « juste » n'appartient plus à l'argumentation du juriste, ni à la finalité du droit, l'économiste s'est réapproprié l'examen des questions de justice, thème central de la « philosophie économique ». Le débat entre « ancienne » et « nouvelle » économie du bien-être a longtemps donné une orientation « welfariste » à sa réflexion (I) ; le présent texte présente un aperçu de l'éventail des principales pistes aujourd'hui explorées, lesquelles s'identifient chacune à une approche méthodologique spécifique : le « contractualisme » de Rawls a ouvert une première piste « post-welfariste » (II), qui a renouvelé l'économie normative. Dans un tel contexte, « l'évolutionnisme » de Hayek, théorie « non-welfariste » restée longtemps marginalisée, a aussi pu bénéficier d'une audience accrue (III). Enfin, plus récemment, le « comparatisme » de Sen constitue une seconde théorie « post-welfariste », qui revendique sa complète autonomie par rapport à la première (IV). Chacune de ces quatre approches de l'économie a évidemment des prolongements dans le domaine du droit.

Mots clés : économie du bien-être, welfarisme, contractualisme, évolutionnisme, comparatisme.

Abstract. Concerning theories of justice, law and economics seem to advance along divergent lines: whereas the jurist does not argue any longer for what is “just” nor does he care about the aim of the law, the economist again gives attention to questions of justice, which is one important subject of “economic philosophy”. For a long time the debate about “old” and “new” welfare economics gave the analysis a “welfarist” orientation (I); in this paper we also glance over the main research fields explored nowadays by the economist, all of them being identified with its specific methodological approach: Rawls’ “contractualism” gives access to the first “post-welfarist” field, which has renewed normative economics (II). In such a favorable context, Hayek’s “evolutionism” receives more attention as a “non welfarist” theory which otherwise could have remained at the margin of the economic thought (III). Lastly, Sen’s “comparatism” has become a second “post-welfarist” theory which insists on his complete autonomy towards the first one (IV). Each of these four economics-based approaches can of course be prolonged up to the domain of law.

Key words: welfare economics, welfarism, contractualism, evolutionism, comparatism.

Classification JEL : A12, B41, D63, K10.

* Version révisée d'une communication présentée au colloque « Théories du droit, théories de la justice – Rupture ou dialogue ? », Laboratoire de Théorie du droit (université d'Aix-Marseille) et *Jurisprudence – Revue critique* », Aix-en-Provence, 16 septembre 2011 ; à paraître dans *Jurisprudence – Revue critique*, n°3, 2012 (université de Savoie/Lextenso Editions).

** Université d'Aix-Marseille (Aix-Marseille School of Economics), CNRS & EHESS.
claude.gamel@univ-amu.fr ; <http://www.greqam.fr/spip.php?rubrique1205&a=751>.

Introduction / Droit et économie : des évolutions contrastées ?

Mon propos est de présenter, dans un colloque consacré aux rapports entre théories du droit et théories de la justice, comment ces dernières sont perçues par un économiste. A l'égard des questions de justice, la comparaison de la démarche des deux disciplines - droit et économie - est sans doute pertinente, car elle semble révéler un contraste frappant : en effet, si l'on en croit le texte de présentation du colloque, « la modernité a exclu "la justice", comprise comme la recherche de ce qui est "juste", du discours des juristes : sauf exception, elle n'appartient plus à leur argumentation ; elle ne sert plus à définir la finalité du droit ». Or, ce que je voudrais essayer de montrer ici, c'est qu'on pourrait pratiquement affirmer l'inverse à propos de l'économie.

Il y a une quarantaine d'années, l'économie normative, démembré spécialisé de la discipline où sont *a priori* évoquées les questions de justice, se réduisait à la « nouvelle » économie du bien-être (*New Welfare Economics*) d'inspiration foncièrement utilitariste : ainsi qu'on le verra plus loin, l'objectif était bien de maximiser une fonction d'utilité collective – rechercher « le plus grand bonheur du plus grand nombre » comme aurait dit Bentham -, mais en évitant les comparaisons interpersonnelles d'utilité et en se contentant de préférences ordinales et de la recherche unanimiste d'un « optimum de Pareto »¹. Dans cette perspective, le statut « positif » et « objectif » de la discipline en sortait, semblait-il, renforcé, puisque l'optimalité de Pareto n'est pas vraiment un critère de justice, mais plutôt un critère d'efficacité, qui limite les jugements de valeur en ne tolérant que des transformations sociales qui font consensus.

C'est dans ce contexte que la publication en 1971 de *A Theory of Justice* de Rawls va constituer un évènement important qui va bouleverser l'économie normative : « mon but, affirmait d'emblée Rawls (1987 : 49), est d'élaborer une théorie de la justice qui représente une solution de rechange à la pensée utilitariste en général et donc à toutes les versions différentes qui peuvent en exister ». Indubitablement, l'ouvrage de Rawls va immédiatement intéresser les économistes importants de l'époque, comme Arrow ou Hayek, ou qui vont le devenir par la suite, comme Sen ou Kolm. Il faut dire que Rawls fréquente personnellement plusieurs d'entre eux en participant à des séminaires d'économie à l'université de Harvard² et il a donc une bonne connaissance de la théorie économique de l'époque, ce qui est plutôt rare pour un philosophe, connaissance (ensembles convexes, courbes d'indifférence, critère de Pareto,...) qu'il exploite d'ailleurs dès les premiers chapitres de sa théorie de la justice. En d'autres termes, l'impact de l'ouvrage de Rawls chez les économistes s'explique aisément et a largement contribué à ouvrir la phase actuelle de l'économie normative, souvent qualifiée de « post-welfariste » ou de « non welfariste »³ : en diversifiant ainsi les approches, les économistes, contrairement, semble-t-il, aux juristes, se sont réappropriés dans les dernières décennies l'examen des questions de justice, lesquelles constituent désormais un thème

¹ Un état de la société est dit « optimal au sens de Pareto », s'il n'existe aucun autre état social meilleur au sens du critère de Pareto ; selon le « critère de Pareto », un état x de la société est meilleur qu'un état social y, si au moins un individu préférerait vivre dans l'état x plutôt que dans l'état y, alors que tous les autres seraient « indifférents » à vivre en x ou en y ; l'unanimité au sens large du terme (« qui ne dit mot consent ») provient du fait qu'en l'espèce aucun individu ne s'opposerait au passage à l'état social x en préférant inversement vivre en y plutôt qu'en x. Pour appliquer un tel critère, il suffit que les préférences des individus soient « ordinales » : ceux-ci doivent être uniquement capables de classer leurs choix, mais pas de mesurer le niveau d'utilité associé à chacun d'entre eux, ni la variation d'utilité en passant de l'un à l'autre.

² Sur ce point, cf. les souvenirs personnels d'un des participants [Kolm (2003)].

³ On qualifie aujourd'hui de « welfariste » toute approche de la justice, où les utilités ou préférences individuelles sont considérées comme les seuls matériaux pertinents pour évaluer le bien-être collectif ; l'utilitarisme classique est ainsi une approche welfariste de la justice, mais il en existe d'autres. *A contrario*, les théories « non welfaristes » de la justice refusent de considérer l'utilité des individus comme un argument essentiel de l'analyse.

central de ce qu'on appelle de nos jours la « philosophie économique » (*Philosophy and Economics*).

Plus précisément, mon propos ici sera de donner un aperçu de l'éventail des principales perspectives aujourd'hui explorées par les économistes en matière de justice sociale. Et il va de soi que la sélection opérée se concentre sur les tendances largement reconnues et ne prétend nullement à l'exhaustivité (de nouvelles approches en gestation sont volontairement laissées de côté⁴), ni même à l'objectivité (la place ici accordée à telle ou telle théorie, plus que le fait de l'avoir sélectionnée, pourrait être contestée et, en ce sens, il s'agit bien des théories de la justice vues par *un* économiste⁵).

Ces restrictions indispensables étant posées, quatre branches nous semblent devoir être retenues, que l'on abordera dans un ordre essentiellement chronologique, car les premières ont largement suscité l'apparition des dernières :

- En tout premier lieu (I), il nous faut revenir sur l'approche « welfariste » de la justice, brièvement évoquée ci-dessus, qui n'a pas disparu, loin de là ; « l'économie du bien-être » ne fait que partager aujourd'hui le champ de l'économie normative dont elle avait, jusqu'à la fin des années 1960, la quasi exclusivité ; ce rappel est d'autant plus indispensable qu'il permet de mesurer le chemin parcouru depuis dans trois autres directions que l'on qualifiera pour cette raison de « post-welfaristes ».
- La première de ces directions post-welfaristes est bien sûr constituée des travaux d'économistes issus du « contractualisme » rawlsien (II) ; il s'agira d'expliquer moins ce que les économistes ont massivement retenu de Rawls que d'insister sur l'innovation fondamentale que son analyse introduit selon nous pour les théories économiques de la justice.
- L'évolutionnisme contemporain (III), que l'on qualifiera aussi de « non welfariste », est la plus indépendante des théories de la justice, car elle existait déjà en marge du welfarisme initial et a trouvé un écho largement amplifié à travers l'œuvre de Hayek *Law, Legislation and Liberty*, parue peu de temps après *A Theory of Justice* de Rawls. De notre point de vue, l'évolutionnisme hayékien, s'il est très critique à l'égard de l'expression même de « justice sociale », développe néanmoins une conception implicite de la justice en société.
- Enfin, dernière direction majeure apparue dans le panorama des théories post-welfaristes de la justice, l'approche de la justice de Sen que lui-même qualifie de « comparatiste » dans son récent ouvrage de 2009 *The Idea of Justice* ; on verra que cet ouvrage traduit une évolution progressive depuis les années 1970 de la pensée de Sen, qui, séduit à l'origine par le regard critique introduit par Rawls, s'en détache peu à peu pour proposer à travers le « comparatisme », une approche alternative au « contractualisme » rawlsien.

I/ Le « welfarisme » longtemps dominant : le champ clos de l'économie du bien-être.

L'emprise de l'économie du bien-être sur l'économie normative remonte aux origines de la théorie économique moderne, et, plus précisément, de la théorie microéconomique ; dès

⁴ Le « libéralisme de gauche » de philosophes comme Cohen (1995) ou Vallentyne et Steiner (2000) reste à cet égard très prometteur, mais il n'a pas encore de retombées assez précises en économie normative.

⁵ En revanche, des théories comme celle de « l'habilitation » [Nozick (1974)] ou de la « non envie » [Kolm (1972), Varian (1974)] aurait certainement eu leur place dans des exposés plus complets, ainsi qu'à un moindre degré, les travaux sur l'égalitarisme et la responsabilité de Dworkin (1981-b), Arneson (1990) ou Roemer (1998) ; cf. respectivement Gamel (1992) et (2006).

lors que celle-ci s'est appuyée sur la notion d'utilité pour analyser le comportement des agents sur les marchés, on peut considérer que celle-ci est devenue une version raffinée d'une philosophie particulière, l'utilitarisme, dont elle adoptait le « principe d'utilité », non seulement en matière de comportement individuel mais aussi en matière de norme collective de justice. Or c'est précisément le caractère opérationnel de cette norme qui va aussitôt poser problème : comment en effet réaliser « le plus grand bonheur du plus grand nombre » ou, ce qui revient au même, comment maximiser l'utilité collective de la population, définie comme la simple somme des utilités des individus qui la composent ? Cette question va provoquer à l'intérieur de l'économie normative un schisme opposant ce qu'il est convenu d'appeler encore aujourd'hui « l'ancienne » à la « nouvelle » économie du bien-être.

Du côté de l'ancienne économie du bien-être, dominante au moins jusque dans les années 1920, le principe d'utilité appliqué à la norme de justice suppose, d'une part, que chaque individu soit capable de mesurer le niveau d'utilité qu'il ressent et, d'autre part, que ce niveau d'utilité puisse être comparé au niveau d'utilité indiqué par les autres individus, puisqu'il s'agit d'en faire la somme ; le premier problème est celui de la mesure « cardinale » de l'utilité, le second celui de la « comparaison interpersonnelle » de ces utilités.

Par ailleurs, en admettant ces problèmes résolus, d'autres questionnements surgiraient si l'on parvenait ainsi à instaurer la maximisation de l'utilité collective ; tout d'abord, le plus grand bonheur du plus grand nombre n'assure pas forcément le plus grand bonheur de tout le monde ; le plus souvent il faudra donc sacrifier des individus à la réalisation de cette norme et, comme l'utilitarisme est purement « conséquentialiste », il n'y a pas *a priori* de limite à l'ampleur des sacrifices individuels à consentir (en termes de revenus, voire de droits élémentaires) pour le bonheur collectif. Ensuite la norme du plus grand bonheur suppose la recherche de l'agrégat maximal, peu importe en fait la répartition plus ou moins inégalitaire de ce quantum ; or, dans certaines configurations, une telle norme pourrait tout aussi bien légitimer une aggravation des inégalités de bien-être⁶.

Les remarques précédentes contiennent autant d'objections fondamentales formulées par les adversaires de l'ancienne économie du bien-être :

- Malgré les recherches importantes menées à l'époque, il demeure vain de vouloir mesurer cardinalement l'utilité d'un individu, comme on peut le faire pour la température dans une pièce, pour laquelle il existe plusieurs échelles de mesure (degré Celsius, degré Fahrenheit,..) et une clé de conversion de l'une à l'autre. *A fortiori* les utilités de deux individus restent incomparables, car les échelles de mesure que l'un et l'autre utilisent ont toutes chances d'être distinctes et il n'existe aucune clé de conversion fiable entre elles.
- Dans ces conditions, vouloir additionner des niveaux d'utilité exprimés dans des échelles différentes pour mesurer l'utilité collective reste impossible et, même si cela se révélait un jour envisageable, un tel exercice donnerait un pouvoir énorme à « l'arbitre impartial et bien intentionné » qui ferait ce calcul. Or quelle institution autre que l'Etat pourrait-elle être candidate à une telle fonction, Etat qui pourrait vite dérapier vers une forme autoritaire, voire totalitaire d'intervention sur la société ?

⁶ Pour éviter une telle dérive ou, du moins, une telle incertitude, les économistes de l'ancienne économie du bien-être vont ajouter à leur analyse une hypothèse *ad hoc*, en supposant l'identité fondamentale des fonctions individuelles d'utilité, hypothèse simplificatrice d'autant plus aisément acceptée qu'il se révèle difficile, voire impossible, de spécifier dans le détail la psychologie de chaque individu et donc la nature de la fonction d'utilité qui lui serait propre. Mais, conséquence non recherchée d'une telle hypothèse, la maximisation de l'utilité collective d'individus aux fonctions d'utilité parfaitement identiques conduit l'ancienne économie du bien-être à recommander une répartition parfaitement égalitaire des ressources entre les individus. Ce penchant égalitariste de l'ancienne économie du bien-être est donc purement contingent et n'est absolument pas fidèle à la philosophie utilitariste qui en constitue les fondements.

- Enfin les tolérances utilitaristes de l'ancienne économie du bien-être sur le sacrifice légitime d'une minorité, voire sur l'aggravation dans certains cas des inégalités ne manqueront pas d'être critiquées et apparaîtront comme autant de points faibles de l'analyse.

Dès lors, on comprend que, dès les années 1930, de nombreux économistes aient pris leurs distances avec l'orthodoxie de l'époque, pour prôner l'émergence d'une « nouvelle » économie du bien-être moins sujette à caution. C'est dans cette perspective que les partisans de cette nouvelle école vont emprunter des concepts à l'économiste et sociologue du début du XX^e siècle Vilfredo Pareto, concepts qu'ils vont d'ailleurs détourner de l'usage que voulait en faire ce dernier, tout en lui rendant hommage en les appelant respectivement « critère » et « optimum » de Pareto. Comme on l'a évoqué précédemment (cf. introduction *supra*), ces notions vont permettre à la nouvelle économie du bien-être de poursuivre, à travers la recherche d'un « optimum de Pareto », l'objectif utilitariste de maximisation de l'utilité collective, mais en sélectionnant drastiquement les concepts et les outils à utiliser pour y parvenir :

- D'un point de vue technique, pour savoir si un état social est meilleur qu'un autre au sens de Pareto, il suffit que chaque individu soit capable de hiérarchiser ses choix, de les ordonner ; en d'autres termes, une conception ordinale des préférences, plus simple, se substitue à la vaine recherche de la mesure cardinale de l'utilité.
- Dès lors s'estompe la fiction d'un Etat « arbitre impartial et bien informé », capable d'imposer sa norme de justice sociale en manipulant le calcul du plus grand bonheur, puisque l'agrégation des utilités individuelles n'est plus nécessaire.
- A l'inverse seules sont acceptées les transformations sociales qui peuvent profiter à tous, ce qui donne une sorte de droit de veto à chaque individu autonome, lequel peut empêcher la transformation envisagée en s'y opposant.

Le résultat le plus important de la nouvelle économie du bien-être, qui illustre aussi la sélection draconienne des moyens à utiliser pour maximiser l'utilité collective, est fourni par le « premier théorème de l'économie du bien-être » ; celui-ci affirme en substance qu'« un état social où des marchés concurrentiels fonctionnent à l'équilibre constitue un optimum de Pareto ». En d'autres termes, l'équilibre des marchés résulte de la conclusion de contrats d'achat et de vente acceptés par des individus autonomes, qui ont tous considéré que leur situation personnelle était meilleure après la conclusion qu'avant (respect du critère de Pareto) ; à la fermeture du marché et dans le contexte en vigueur à ce moment-là (répartition donnée des revenus notamment), l'état social ne peut donc plus être encore amélioré à l'avantage de tous, ce qui permet *a contrario* de le considérer comme un optimum de Pareto.

Si ce premier théorème, d'orientation manifestement libérale, assure la convergence théorique entre l'équilibre général des marchés et l'optimalité de Pareto, il en existe un second, plus interventionniste, qui affirme qu'un optimum de Pareto quelconque peut être atteint dans les conditions de la concurrence pure et parfaite, dès lors que le régime initial des droits de propriété et/ou l'allocation initiale des ressources auront été modifiés en conséquence. En d'autres termes, si l'Etat ne se satisfait pas de l'optimum de Pareto issu du fonctionnement concurrentiel des marchés, à lui d'intervenir et de modifier les dotations initiales des individus (en agissant sur la répartition des revenus et des richesses) pour amener les marchés, une fois ces transferts de revenus opérés, à atteindre un autre optimum de Pareto (plus égalitaire, par exemple).

De tout cela, on retiendra que la nouvelle économie du bien-être a gagné en précision et en rigueur par rapport à l'ancienne, mais qu'à l'inverse de celle-ci elle a perdu l'énoncé d'une norme précise de justice (l'état social assurant dans l'absolu l'utilité collective maximale), même si celle-ci était en fait impossible à atteindre. Ne peuvent désormais être

considérés qu'une infinité d'états optimaux au sens de Pareto, incomparables les uns aux autres, relatifs aux états sociaux initiaux dont ils sont issus et entre lesquels il n'existe donc pas d'« optimum optimorum ».

Au total, le champ clos de l'économie du bien-être a été le théâtre au milieu du XX^e siècle d'un important bouleversement provoqué par la réflexion sur la meilleure manière d'appliquer le critère de justice sociale qui lui est propre, à savoir la maximisation de l'utilité collective. De nos jours, les outils et la méthode progressivement imposés par la « nouvelle » économie du bien-être sont toujours d'actualité pour la plupart des économistes, notamment pour ceux qui considèrent que la Pareto-optimalité - ou la Pareto-efficacité (expression plus souvent utilisée aujourd'hui) - est le critère dont on peut spontanément se contenter, lorsque les problématiques étudiées sont strictement économiques et/ou ne nécessitent pas une approche plus approfondie en matière de justice. Entre l'économie positive et l'économie normative version « nouvelle » économie du bien-être, il existe donc une certaine porosité qui rend floue la ligne de démarcation entre les deux.

En revanche, lorsqu'on prend conscience que ce « welfarisme », encore dominant par simple inertie dans toute la discipline, ne l'est plus, loin s'en faut, au sein de la seule économie normative, on mesure le chemin parcouru par les économistes, lorsqu'ils ont accepté de considérer des approches manifestement non welfaristes, de sorte qu'aujourd'hui cette économie normative, quant à elle, est déjà manifestement « post-welfariste ». La première théorie « post-welfariste » à retenir est issue de l'œuvre de Rawls et du contractualisme qui la caractérise.

II/ La première théorie « post-welfariste » : le contractualisme de Rawls.

Il est impossible d'exposer ici les multiples raisons qui ont conduit Rawls à vouloir développer « une solution de rechange à la pensée utilitariste ». Parmi celles-ci, figure en bonne place le caractère téléologique de la philosophie utilitariste, où le « bien » moral (« l'utile ») est défini prioritairement sur le « juste » (réduit à la maximisation du « bien ») ; selon Rawls, une véritable théorie de la justice doit avoir un caractère foncièrement déontologique et procéder de manière inverse, en définissant d'abord le « juste » (la « procédure » sociale, c'est-à-dire les règles du jeu social à respecter), avant de s'intéresser au « bien » (le respect de la « procédure » en question).

De ce caractère téléologique de l'utilitarisme découlent en particulier les deux critiques déjà évoquées à propos de l'ancienne économie du bien-être, à savoir l'insensibilité de la conception utilitariste de la justice à la répartition des satisfactions entre les individus, d'une part, et, d'autre part, le sacrifice *a priori* légitimé d'une minorité des individus au nom de la maximisation de l'utilité collective : « La pluralité des personnes n'est pas vraiment prise au sérieux par l'utilitarisme », affirme ainsi Rawls (1987 : 53).

Quoi qu'il en soit, ce souci de la procédure sociale se retrouve à un méta-niveau dans la genèse des principes de justice eux-mêmes, que Rawls va proposer. Comme on le sait, il s'inscrit dans le sillage de Rousseau en reprenant la fiction d'un « contrat social » à la source de la vie en société ; mais alors que la démarche de Rousseau est une œuvre de philosophie politique visant à faire émerger la « volonté générale », celle de Rawls est une œuvre de philosophie morale dont l'objectif est de jeter les bases d'une société juste. C'est pourquoi à la fiction rousseauiste d'une assemblée des citoyens constitutive de l'ordre social, Rawls va ajouter une seconde fiction, le « voile d'ignorance » dans la « position originelle » ; car il s'agit que chacun citoyen fasse abstraction de ses talents naturels susceptibles d'influer sur sa position sociale dans la société future. C'est à cette condition que, selon Rawls, les citoyens

sont censés émettre des choix à portée morale, qui ne soient pas biaisés par l'intérêt personnel. De plus, si chacun fait cet effort de distanciation à l'égard de sa propre personne, Rawls est convaincu que les principes de justice seront définis à l'unanimité et qu'il n'y aura nul besoin de voter.

Bien que les deux principes de justice de Rawls soient de nos jours bien connus, il est utile de les rappeler brièvement (selon notre traduction), avant d'en préciser la hiérarchie sans laquelle leur logique d'ensemble ne peut être réellement perçue :

- Le premier principe est un « principe d'égaux libertés » : « Chaque personne a un droit égal au système le plus étendu de libertés fondamentales, compatible avec le même ensemble de libertés pour tous les membres de la société ».
- Le « second principe de la justice » ne porte pas de nom particulier et comporte deux volets : « Les inégalités économiques et sociales doivent, d'une part, être agencées pour le plus grand avantage des individus les moins favorisés [« principe de différence »] et, d'autre part, liées à des fonctions et à des situations ouvertes à tous dans des conditions d'égalité réelle des chances [« principe de juste égalité des chances »] ».

Si le premier principe n'a rien de très original sur le fond⁷, il joue néanmoins un rôle fondamental, car il est aussi le premier dans la hiérarchie rawlsienne et l'emporte donc sur le second : par voie de conséquence, il n'est jamais légitime de réduire les inégalités économiques et sociales, si c'est au prix du rétrécissement de la sphère des libertés publiques, ce qui fait sans nul doute de Rawls un auteur politiquement libéral.

Mais la hiérarchie doit encore être affinée, puisque le second principe comporte deux volets ; or le principe de « juste égalité des chances » l'emporte sur le « principe de différence », la théorie rawlsienne se caractérise par une double hiérarchie :

« égaux libertés » > « juste égalité des chances » > « principe de différence ».

La première hiérarchie (« égaux libertés » > « juste égalité des chances ») implique notamment qu'entre deux organisations de la société équivalentes sur le plan des libertés publiques, il faudra choisir celle qui assure le mieux l'égalité réelle des chances (et pas une simple égalité formelle) entre les individus. Cela suppose notamment que les systèmes d'éducation et de santé soient organisés en conséquence (écoles gratuites ou chèques éducation, par exemple), à travers une tutelle publique sur la production et surtout sur la répartition de ces biens, qui sont par nature des biens privés et donc marchands. Quelles que soient les modalités retenues, on a la confirmation que Rawls est ainsi un philosophe très sensible à l'idée d'égalité, que l'on retrouve aux deux niveaux de cette première hiérarchie.

Si deux organisations de la société sont tout à fait équivalentes en termes d'égalité dans les libertés et en termes d'égalité des chances, alors entre en jeu la seconde hiérarchie (« juste égalité des chances » > « principe de différence ») : dans ce contexte, il faudra alors préférer, selon Rawls, l'organisation de la société qui offre aux plus pauvres la meilleure situation. Autrement dit, la philosophie rawlsienne de l'égalité atteint ici ses limites car, loin de tenter de résoudre le problème de la pauvreté par la solution radicale de l'égalité des revenus et/ou des richesses, Rawls préconise ce qu'on pourrait appeler de « justes inégalités ».

Ces inégalités sont justes, dès lors que l'écart des revenus entre riches et pauvres se ferait, non pas au détriment des plus pauvres, mais à leur avantage car, par définition, ils en seraient les premiers bénéficiaires ; et c'est ici que Rawls se révèle non seulement politiquement libéral (cf. *supra*), mais aussi économiquement libéral : avant de partager les richesses, il faut d'abord les produire et la fonction des inégalités économiques et sociales est

⁷ Il fait notamment écho à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, selon lequel « l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits ».

de stimuler l'ardeur des plus productifs, sans lesquels il n'y aurait que peu à partager : le plus défavorisé sera mieux loti dans une économie riche mais inégalitaire (parce qu'inégalitaire, pourrait-on même dire) sur le plan des revenus et des richesses, que dans une économie trop égalitaire, mais de ce fait plus pauvre, car ayant cassé ou abimé le ressort de l'incitation à produire.

Bien que Rawls soit indubitablement un philosophe libéral, il convient néanmoins de souligner combien son libéralisme est peu orthodoxe ; il fait en effet une distinction entre les « attentes légitimes » des individus dans une société juste, lesquelles résultent d'une logique fonctionnelle fondée sur des inégalités incitatrices (stimuler et attirer les talents là où ils peuvent le mieux contribuer à l'intérêt général) et le « mérite moral » de ces mêmes individus, que Rawls conteste absolument ; ceux-ci ne sont en effet responsables ni du milieu social qui les a vu naître, ni des talents naturels que la « loterie naturelle » leur a accordées. C'est précisément pour lutter contre ces deux dimensions de « l'arbitraire moral » que les deux volets du second principe de la justice trouvent toute leur légitimité : « juste égalité des chances » pour corriger l'impact du milieu social de naissance, « principe de différence » pour faire bénéficier chacun, à commencer par les moins productifs, d'une partie des revenus que les talents des plus productifs ont générés.

Au total, le contractualisme de Rawls n'est pas seulement la première théorie post-welfariste de l'économie normative, mais fournit le fondement à une nouvelle théorie de la justice, l'« égalitarisme libéral », l'association de ces termes, souvent perçus comme antagoniques, permettant de traduire l'ambition du projet « rawlsien ». Même si de nombreux auteurs, philosophe comme Dworkin ou économiste comme Kolm⁸, ont reconnu l'influence que Rawls a pu avoir sur leur propre cheminement, cette ambition est loin d'avoir été complètement perçue par la majorité de la corporation des économistes, laquelle a complètement négligé l'enjeu idéologique (utilitarisme *versus* libéralisme), n'a même pas pris en compte, le plus souvent, la hiérarchie des principes de justice et ne s'est finalement intéressée qu'au niveau subalterne de cette hiérarchie (le principe de différence).

Sous la plume de beaucoup d'économistes, le « principe de différence » est même rebaptisé « critère du maximin », car cette expression renvoie à un critère classique de la théorie de la décision dans l'incertain où un joueur, par aversion du risque, choisit la stratégie qui lui offre le gain minimal le plus élevé possible. Bien entendu Rawls s'est toujours opposé à une telle dénaturation de sa pensée⁹, où les différences économiques et sociales qui restent acceptables ont d'abord, comme on vient de le rappeler, une logique « fonctionnelle ». C'est dire combien l'impact de la première théorie post-welfariste sur l'économie normative reste encore partiel : il se limite le plus souvent à « l'importation » d'un critère de répartition (le « maximin »), qui paraît néanmoins une alternative intéressante à l'égalitarisme supposée de l'ancienne économie du bien-être (cf. note 6) ou à l'indétermination de la nouvelle économie du bien-être en l'absence d'« optimum optimorum ».

En dépit de son impact somme toute encore restreint, cette première remise en cause de l'hégémonie welfariste dans le champ de l'économie normative a eu néanmoins le grand

⁸ Cf. notamment Dworkin (1981-b : 338-345) et Kolm (2003 : 23-28). En ce qui concerne Dworkin, il convient de noter, semble-t-il, une différence de perception entre juristes et économistes. Dworkin est connu des juristes par ses ouvrages majeurs de philosophie du droit, en particulier *Taking Rights Seriously* (1977), où il doute de la pertinence de la notion rawlsienne de position originelle, ainsi que lui-même le rappelle en conclusion du texte cité (1981-b : 345). Les économistes ne connaissent pas ces ouvrages, mais surtout deux articles publiés en 1981 (1981-a et 1981-b), où Dworkin expose sa conception de « l'égalité des ressources » par opposition à « l'égalité de bien-être », ce qui en fait pour eux un auteur « rawlsien », à la fois par anti-utilitarisme et par la proximité de la notion rawlsienne de « biens premiers » (cf. *infra* IV) et de la notion dworkinienne de « ressources ». Je remercie Mme Goyard-Fabre de m'avoir incité à préciser cette différence de perception.

⁹ Pour une analyse du malentendu entre Rawls et les économistes sur le « maximin », cf. Clément (2009).

mérite de ré-intéresser les économistes aux questions de justice, qu'ils avaient depuis longtemps négligées. Dans les années 1970 et 80, un tel contexte a sans doute aussi contribué à assurer une meilleure audience à l'évolutionnisme de Hayek, autre théorie non welfariste de la justice restée longtemps marginalisée.

III/ La théorie « non welfariste » autonome : l'évolutionnisme de Hayek.

Quelques années après *A Theory of Justice* paraît en 3 tomes *Law, Legislation and Liberty* de F. Hayek (1973, 1976, 1979) ; bien que le titre ne le souligne pas expressément, il s'agit là d'un autre ouvrage majeur pour notre propos. Le sous-titre est déjà plus explicite *A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, mais c'est surtout le sous-titre du tome 2 (1976) *The Mirage of Social Justice* qui a été remarqué, au point que l'on a surtout retenu de l'ouvrage la critique virulente de l'expression « justice sociale », vide de sens aux yeux de Hayek, alors qu'il contient néanmoins toute une conception de la justice en société. L'ouvrage est en outre remarquable par son caractère transdisciplinaire (droit, histoire, économie, mais aussi sciences cognitives, encore en gestation à l'époque) et par la dialectique qu'y développe Hayek : lorsque l'on accepte la dynamique hayékienne entre « ordre social spontané » et « organisations », cette dialectique projette le lecteur très loin en aval de ces prémisses, un peu comme dans l'œuvre de Marx, lorsque l'on souscrit à la dynamique de la lutte des classes. Si le mirage de la « justice sociale » découle en effet d'un processus de sélection des meilleures institutions sociales, cela n'empêche pas l'auteur de suggérer une théorie évolutionniste de la justice, dont les racines relèvent de l'école autrichienne et qui n'est évidemment en rien welfariste¹⁰.

Les institutions sociales sont « le résultat de l'action des hommes mais non d'un dessein humain », aime à répéter Hayek reprenant ici une citation de Ferguson¹¹. A l'image des insectes sociaux comme les abeilles ou les fourmis, les hommes vivent en société sans pour autant maîtriser un processus aussi complexe que celui de la vie sociale à laquelle ils participent : ce processus relève d'une sorte de « darwinisme » appliqué aux institutions : de même que seules survivent les espèces qui résistent à l'évolution des conditions de vie, de même les meilleures institutions sociales sont celles qui résistent au temps, à l'évolution des mœurs et au progrès des connaissances notamment.

Pour le dire autrement, fondamentale est pour Hayek la distinction entre « l'ordre social spontané » issu d'actions d'hommes nombreux, mais qui n'est le résultat du dessein d'aucun d'entre eux et les « organisations » que les hommes peuvent concevoir en leur assignant un objectif précis. Dans les secondes et à la différence du premier, le degré de complexité est suffisamment modéré pour que les hommes puissent encore en contrôler tous les éléments constitutifs. Une entreprise, une association, voire même une collectivité publique comme l'Etat, sont *a priori* des « organisations » - avec un objectif propre (le profit, un but non lucratif, ou l'intérêt général), un organigramme (défini par les statuts de l'entreprise, de l'association, voire par le droit constitutionnel ou public) et des moyens (matériels et humains) ; en revanche la société humaine au niveau local, national, voire

¹⁰ L'école « autrichienne » d'économie a pour origine l'œuvre de Menger et en particulier ses « principes d'économie » (1871) ; elle regroupe divers auteurs qui sont restés plus ou moins fidèles à sa pensée (Böhm-Bawerk, Schumpeter, Mises, Hayek,...). Co-fondateur avec Jevons et Walras de l'école « néo-classique » qui remplace la « valeur travail » des économistes classiques (Smith, Ricardo) par la « valeur utilité », Menger développe toutefois une conception « subjectiviste » de ladite valeur qui ne se prête à aucune mesure, comparaison ou addition entre les individus, ce qui empêche en particulier de considérer toute notion d'utilité ou de bien-être collectifs ; en ce sens, l'école autrichienne est radicalement « non welfariste » depuis ses origines.

¹¹ «Nations stumble upon establishments, which are indeed the result of human action, but not the execution of any human design.» [Ferguson (*An Essay on the History of Civil Society*, 1767) cité par Hayek (1980: 179)].

international relève d'un ordre spontané. Ce n'est pas une simple différence de degré (de complexité) qui sépare les deux objets sociaux, mais bien une différence de nature sur laquelle se fonde toute la dialectique hayékienne, l'ordre social spontané incluant et englobant tous les individus et toutes les organisations sociales qu'ils ont fondées.

Dans le champ de l'ordre social spontané, il est évidemment impossible de connaître tous les éléments constitutifs, nombreux et divers, ni toutes les circonstances particulières à chacun d'entre eux ; dès lors, le troisième temps de la dialectique réside dans le constat que seules sont à la portée de la connaissance humaine les règles générales dont le respect peut engendrer la formation d'un ordre social encore plus complexe et donc plus civilisé, même si par ailleurs, il demeure de toute façon impossible d'en maîtriser tous les détails. Or, pour l'essentiel, l'émergence des ces règles résulte d'un processus de sélection qui, lui, n'est pas spontané : par expérimentations, erreurs et tâtonnements, ce processus laisse peu à peu apparaître les « règles abstraites de juste conduite » qui conduisent de fait les gens à se comporter d'une manière qui rende la vie sociale possible. En outre, comme l'ordre social spontané n'est pas finalisé, les règles à appliquer ne le sont pas non plus ; elles doivent donc pouvoir s'appliquer à un nombre indéterminé de cas et « laisser chacun libre d'utiliser ce qu'il connaît en vue de ce qu'il veut faire » [Hayek (1980 : 66)].

C'est principalement au juge civil, chargé de corriger les perturbations survenant dans un ordre qui n'a été agencé par personne, qu'incombe la lourde tâche de perfectionner graduellement le système des règles existantes, en en posant de nouvelles susceptibles de faire jurisprudence. Celle-ci constitue d'ailleurs la source principale du droit (*nomos*) régissant l'ordre social spontané (*kosmos*), tandis que la législation au sens de Hayek (*thesis*) est constituée de règles finalisées et subsidiaires (loi de finances, par exemple) que se donnent l'Etat et les collectivités publiques pour le bon fonctionnement de leurs administrations (*taxis*). Ainsi la dialectique hayékienne revêt-elle une forme juridique essentielle, au point que Hayek la fait figurer dans le titre de tout l'ouvrage *Droit, législation et liberté* : dans une société libérale, la « liberté » est protégée par le « droit » de l'ordre social et pourrait être atrophiée par une emprise croissante de la « législation » sur le « droit », si l'Etat en intervenant par la loi voulait « organiser » tout l'ordre social. Ce qui menace l'ordre social libéral selon Hayek, ce n'est donc pas le « grand soir » révolutionnaire, mais un processus bien plus insidieux, c'est-à-dire l'érosion du droit par la législation qui aboutirait à faire de l'ordre social une « organisation ».

Dans cette perspective, la notion de justice sociale est proprement subversive et joue un rôle central car, tel un mirage, elle tend à faire croire que la société pourrait être « organisée » de manière juste, ce qui supposerait qu'on puisse la maîtriser et que des responsables des injustices puissent être identifiés. Or, dans la réalité, les faits observés peuvent être « bons ou mauvais » mais pas « justes ou injustes » [Hayek (1982 : 38)], car nul ne peut en être tenu pour responsable. Cela est notamment vrai dans la dimension juridique de l'ordre social spontané, où aucun juge ou aucune instance judiciaire n'a la maîtrise de toute la jurisprudence à laquelle il ne contribue que ponctuellement, mais cela est aussi le cas dans la dimension économique de l'ordre social - la « catallaxie » selon le néologisme employé par Hayek pour désigner « l'ordre de marché » - : chaque individu y poursuit des objectifs différents, mais seul le mécanisme impersonnel des prix oriente les efforts des hommes et personne ne maîtrise de manière délibérée la répartition des revenus et des richesses qui en est la conséquence.

En effet, les règles abstraites de juste conduite qui encadrent le jeu du marché ne peuvent jamais lever toutes les incertitudes sur les anticipations que forment les agents car, si elles empêchent les occasions les plus fréquentes de conflits, elles ne déterminent jamais positivement les actes que les individus devraient entreprendre pour toutes les éviter. Dès lors l'état de la répartition des revenus et des richesses n'est jamais complètement prévisible et

donc maîtrisable, ce qui signifie en particulier que la récompense du mérite des individus pour les efforts personnels qu'ils ont réalisés n'est jamais garantie par le marché¹². Il en est de même de la question de l'égalité des chances : la prospérité et la capacité d'adaptation de la « Grande Société » - autre nom donné par Hayek à l'ordre social spontané -, reposent sur des décisions que prennent avec plus ou moins de bonheur les individus d'une même génération ; or, dans le même mouvement, ces décisions créent, involontairement mais inévitablement, une inégalité des chances entre les individus des générations suivantes. Tous les efforts pour créer une réelle égalité des chances, même entre personnes aux aptitudes identiques, ne sont pas vains, mais ils seront forcément incomplets.

Au total, l'absence de maîtrise complète des processus sociaux débouche chez Hayek sur la discipline rigoureuse des seules « règles abstraites de juste conduite », laquelle ne peut conduire à satisfaire l'aspiration à la « justice sociale » du fait de l'impossibilité de corriger de manière volontariste l'ordre spontané du marché. Pour autant, l'œuvre de Hayek véhicule une conception, si ce n'est de la justice sociale, du moins de la justice en société, à travers les « principes de justice et d'économie politique » qui y sont décrits. On peut même soutenir que les règles abstraites de juste conduite auxquels sont astreints les individus dans la « Grande Société » hayékienne dessinent une version, certes beaucoup moins ambitieuse, mais néanmoins assez comparable aux principes rawlsiens de justice et à leur hiérarchie. Si les deux auteurs adoptent des paradigmes évidemment opposés (contractualisme *versus* évolutionnisme), cela ne les empêche pas de défendre sur le fond des conceptions de la justice beaucoup moins éloignées qu'il n'y paraît :

- Au premier principe « d'égaux libertés » de Rawls correspond la prééminence des « règles abstraites de juste conduite » qui se doivent d'être avant tout impartiales : si un avantage permettant de s'exonérer du risque de marché ne peut être garanti à chacun dans l'ordre social spontané, « le seul principe juste est par conséquent de ne concéder à personne un privilège de sécurité » [Hayek (1982 : 176)].
- Si, au second niveau de la hiérarchie rawlsienne, une « juste égalité des chances » est posée, Hayek se contentera de « chances aussi grandes que possible » pour chacun : « tout individu sera fondé en général à réclamer, non pas une chance égale en général, mais seulement que les mesures contraignantes du pouvoir aient pour effet vraisemblable de favoriser les chances de n'importe qui » [Hayek (1982 : 152)].
- Enfin si le principe rawlsien de différence justifie évidemment un puissant mécanisme de soutien aux bas revenus (type impôt négatif sur le revenu), on oublie trop souvent que Hayek était depuis longtemps partisan d'un mécanisme de revenu garanti, position qu'il réaffirme dans les années 1970 : « Il n'y a pas de raison pour que le gouvernement d'une société libre doive s'abstenir d'assurer à tous une protection contre un dénuement extrême, sous la forme d'un revenu minimum garanti, ou d'un niveau de ressources au-dessous duquel personne ne doit tomber » [Hayek (1982 : 105)].

Cependant, la réflexion de Hayek est évidemment plus « classiquement » libérale que l'« égalitarisme libéral », expression qui situe toute l'originalité de la pensée rawlsienne : Hayek insiste sur la liberté (au sens d'absence de coercition) comme valeur éthique première, protégée par des « règles de juste conduite » et assurant des chances accrues de réussite de chacun ; il n'accepte de s'en écarter, au profit d'une conception minimaliste de la liberté positive, qu'en cas d'extrême dénuement (par l'octroi d'un revenu minimum garanti). A

¹² «La fonction des prix est moins de rétribuer les individus pour ce qu'ils *ont fait* que de leur dire ce qu'ils *devraient faire* dans leur propre intérêt comme dans l'intérêt général. [...] Pour fournir une incitation suffisante à des mouvements qu'exige le maintien de l'ordre de marché, il sera souvent nécessaire que la rétribution des gens *ne corresponde pas* au mérite qu'on peut leur reconnaître » [Hayek (1982 : 86)].

l'inverse, Rawls met en avant l'idée d'égalité, qui doit structurer les libertés comme les chances offertes à chacun, mais n'accepte de s'en départir que si un tel écart profite à tous (selon le « principe de différence ») et permet notamment d'accroître le revenu minimum des plus démunis¹³.

Quoi qu'il en soit, les années 1970 ont ainsi vu l'émergence parallèle de deux pôles de référence dans la réflexion des économistes sur la justice. Si Rawls et Hayek ont d'emblée dominé les débats, sans réellement communiquer entre eux, ils ont été rejoints depuis par Sen, Alors que la démarche des deux premiers auteurs se situe aux antipodes l'une de l'autre, celle du troisième a été largement inspirée par celle du premier cité. En ce sens, le « comparatisme » de Sen constitue une seconde théorie post-welfariste, qui revendique aujourd'hui sa complète autonomie.

IV/ La seconde théorie « post-welfariste » : le comparatisme de Sen.

Sen partage avec Rawls le même scepticisme quant à la capacité de la pensée utilitariste de fournir les bases d'une réflexion sur la justice et, en tant qu'économiste, il lui sait gré d'avoir ainsi ouvert la voie à de nouvelles perspectives post-welfaristes (cf. *supra* I) ; mais, aspect essentiel pour notre propos ici, Sen va très vite contester la notion de « biens premiers », que Rawls introduit dans *A theory of justice* comme substitut à la notion d'utilité. Ces biens premiers sont des biens (au sens très large du terme) que, selon Rawls, tout individu cherche à acquérir et dont il dresse une liste exhaustive : droits et libertés fondamentales, liberté d'orientation vers diverses positions sociales, pouvoirs attachés aux fonctions sociales, revenu et richesse, bases sociales du respect de soi-même ; les droits et libertés fondamentales relèvent du « principe d'égalité », la liberté d'orientation de la « juste égalité des chances » et les trois autres biens du « principe de différence ».

Pour l'ensemble de ces biens premiers, Rawls considère que les institutions sociales ne sont ainsi astreintes qu'à une obligation de moyens (les fournir aux individus en quantité suffisante et en conformité avec les principes de justice qui les régissent). En aucun cas elles ne sont soumises à une obligation de résultat : les individus restent les seuls responsables de l'usage qu'ils font de ces biens premiers, grâce auxquels ils ont pu librement choisir la vie qu'ils mènent, même si, finalement, celle-ci ne correspond pas toujours à leurs attentes initiales, notamment en termes d'utilité, voire de bonheur¹⁴.

Face à cette théorie rawlsienne de l'égalité d'accès aux biens premiers, Sen va très vite avoir un regard critique et dès 1980, dans son célèbre article *Equality of what ?*, il suggère la notion théorique de « capacités » sur laquelle il construit sa propre réflexion sur la justice sociale, laquelle va ensuite irriguer un certain nombre de ses travaux plus appliqués, comme par exemple la définition de « l'indice de développement humain » exploité par l'ONU ou l'étude des liens entre démocratie et développement économique. Plus précisément, Sen justifie la notion de capacités à partir d'une critique fondamentale de la notion de biens premiers que l'on peut résumer en trois étapes :

- Même si les individus ont accès aux mêmes biens premiers, ils n'ont pas tous les mêmes aptitudes à convertir les biens premiers qu'ils détiennent en modes de vie accessibles grâce à ces biens. L'objet de la justice sociale, dit-il, c'est bien l'usage fait

¹³ Pour une comparaison entre Hayek, théoricien du « mirage de la justice sociale », et Rawls, auteur de « Théorie de la justice », cf. Gamel (2008).

¹⁴ Dans le prolongement de la démarche anti-utilitariste de Rawls, Dworkin (1981-a : 189) soulignera notamment que le fait que le bien-être d'un individu passe par la satisfaction de « goûts dispendieux » - assouvir une passion pour l'opéra, par exemple - n'est pas certainement pas une raison suffisante pour que la société les prenne en charge.

des biens premiers, plus que les biens eux-mêmes (auxquels Rawls lui semble attaché de manière « fétichiste »). Observation majeure aux yeux de Sen, la responsabilité de l'individu n'est pas forcément en cause dans l'usage que l'individu est capable de faire des biens premiers dont il dispose. Et Sen de citer un « quatuor » célèbre dans sa pensée : « l'esclave mal traité, la femme au foyer asservie, le chômeur découragé, le pauvre désespéré ». Entre ces quatre cas très différents, il existe néanmoins un point commun : les individus sont contraints de n'envisager que des modes de vie modestes et peu nombreux, car ce qui est en cause, ce sont non seulement les ressources très limitées dont ils disposent, mais plus fondamentalement encore, ce sont les choix étriés auxquels les astreint leur condition.

- D'où la deuxième étape de la démarche de Sen : pour que la responsabilité individuelle puisse s'exercer correctement et être éventuellement mise en cause, encore faut-il qu'ils aient eu le choix réel du mode de vie qui est le leur et Sen prend ici un exemple percutant, en comparant la situation d'une personne riche qui fait la grève de la faim et celle d'une autre qui meurt de faim, faute de pouvoir acheter de quoi manger. Au premier abord, leur situation en termes de bien-être physiologique est équivalente, mais le grand avantage que conserve le gréviste de la faim est d'avoir eu le choix de mettre en danger sa vie pour des convictions personnelles (dont il doit *a priori* assumer seul la responsabilité) et, pour lui, le choix reste ouvert, tant que sa lucidité lui laisse la possibilité de mettre fin à tout moment à la grève qu'il s'impose. A l'inverse, le pauvre qui meurt de faim n'a pas eu et n'a pas d'autre choix que d'accepter passivement son sort, à l'égard duquel la responsabilité de la collectivité ne peut être écartée. Dès lors, pour Sen l'espace pertinent pour juger de chaque cas particulier est bien celui de l'ensemble des modes de vie accessibles à l'individu et non pas le seul mode de vie effectivement observé. C'est cet ensemble de modes de vie accessibles que Sen appelle *capability* (« capacité »).
- Sur cette base, le point d'ancrage de la justice sociale chez Sen se trouve donc dans la comparaison, d'un individu à l'autre, de la « capacité » de chacun, c'est à dire de l'éventail des modes de vie auquel il peut avoir accès, et la norme sociale qu'il convient d'atteindre ou, au moins, d'approcher, serait donc l'égalité des « capacités ». En conséquence, la liberté de choisir réellement son mode de vie acquiert dans l'analyse de Sen un statut privilégié, peut-être encore plus protecteur que chez Rawls, puisque l'étendue de la liberté y est prise en compte, au-delà de la seule garantie des moyens de la liberté. En contrepartie, si l'égalité des « capacités » était atteinte, alors l'ensemble des modes de vie entre lesquels doit arbitrer l'individu serait, par définition, le même pour tous et donc le choix par deux individus de deux modes de vie différents ne pourrait impliquer aucune injustice susceptible de compensation. On comprend dès lors que cette « approche par les capacités » a beaucoup intéressé tous les spécialistes de sciences sociales et que les tentatives d'application de ce concept ont concerné de nombreux domaines (santé, éducation, droits de l'homme, cultures et mentalités,...).

Si Sen a clairement défini l'objectif à viser, il s'est en revanche volontairement et constamment refusé à indiquer comment exploiter concrètement le concept de capacités, et cela pour de fortes raisons que sa rigueur intellectuelle l'amène à souligner : en particulier, il lui est impossible de dresser une liste objective de caractéristiques précises (les *functionings*) qui auraient une portée universelle et que l'on trouverait inmanquablement dans les modes de vie entrant dans la capacité de tout individu, car ce serait faire bien peu de cas de la diversité des goûts et désirs personnels des individus. D'un autre côté, le concept est tellement riche et foisonnant que l'on est légitimement tenté de l'appliquer « tous azimuts » et au cas par cas,

sans réel souci de méthode et de cohérence d'ensemble (ne serait-ce que budgétaire), alors que, précisément, l'approche par les capacités pourrait simultanément légitimer de multiples interventions et dépenses publiques.

Loin de considérer les remarques précédentes comme des faiblesses de sa propre approche sur la justice, Sen va peu à peu les revendiquer comme caractéristiques d'une démarche pragmatique, qui lui semble nettement préférable à toute réflexion absolue sur la justice, ce qui va également l'amener à se démarquer complètement de la démarche contractualiste de Rawls, à ses yeux trop abstraite, voire inutile. Plus précisément, dans un article publié dès 2006 sous le titre *What do we want from a theory of justice ?*, puis dans son ouvrage plus récent *The Idea of Justice* (2009), Sen oppose une approche « transcendantale » de la justice, cherchant à identifier, à l'image de Rawls, « les aménagements de la société qui soient parfaitement justes » à l'approche « comparative » qui est la sienne : celle-ci vise seulement à « classer ces aménagements (l'un est-il « moins juste » ou « plus juste » qu'un autre ?) » [Sen (2006 : 216)].

L'un des objectifs essentiels de Sen est alors de démontrer qu'une théorie transcendantale de la justice n'est ni nécessaire, ni suffisante pour tenter une approche « comparative », dont le pragmatisme est à l'inverse particulièrement fécond : « Dans une perspective comparative, l'introduction de politiques sociales qui abolissent l'esclavage, éliminent une famine généralisée ou suppriment l'analphabétisme peuvent apparaître comme des progrès vers la justice. Mais l'application de ces politiques pourrait encore tenir les sociétés concernées très éloignées des critères transcendants d'une société complètement juste (puisque la transcendance aurait d'autres exigences concernant les libertés égales, l'équité de la répartition, etc...) » [Sen (2006 : 217)].

Au total, Sen développe ainsi une démarche de lutte contre les injustices mais abandonne toute ambition de définir un principe absolu de justice : non seulement, affirme-t-il, on évite ainsi le problème de « la pluralité éventuelle de principes rivaux qui prétendent être pertinents pour établir la justice » [Sen (2009 : 15)], mais surtout on tient compte du fait que « la justice ne peut être indifférente à l'égard des vies que les gens peuvent en réalité mener » [Sen (2009 : 18)], éventail de choix qu'avec la notion de capacités, il n'est déjà pas négligeable de parvenir à élargir.

Entre *absolutisme* « transcendantal » et *relativisme* « comparatiste », en l'état actuel du débat ainsi ouvert par Sen, nous maintenons, à ce stade, notre préférence pour le premier sur le second¹⁵. Certes, comme le soutient Sen, une vision transcendantale (et universaliste) de la justice n'est pas logiquement nécessaire, ni logiquement suffisante pour traiter les très nombreuses situations d'injustice que l'on observe dans la vie sociale. En revanche, conserver comme repère de l'action publique une conception globale et absolue de la justice (celle de Rawls ou, pourquoi pas, une autre à lui substituer) reste à notre avis indispensable.

Dans cette perspective, les principes rawlsiens conservent l'avantage, à ce jour inégalé de notre point de vue, d'offrir à l'action publique non seulement cette vision stratégique d'ensemble, mais surtout, par la hiérarchie de ces principes, un ordre de priorité dans les multiples mesures à concevoir et à mettre en œuvre. Inversement, en période d'austérité budgétaire, un ordre de priorité dans les dépenses à supprimer ou les impôts à augmenter est tout aussi indispensable pour que les mesures, perçues comme non injustes, aient une chance d'être mieux supportées.

¹⁵ Pour un argumentaire plus détaillé en faveur de cette préférence, cf. Gamel (2007).

Conclusion / Retour à la théorie du droit

Dans ce survol partiel et subjectif des théories de la justice vues par l'économie, nous avons cherché à identifier uniquement les lignes de force, lesquelles s'identifient selon nous aux démarches spécifiques que des auteurs majeurs ont réussi à forger – contractualisme, évolutionnisme, comparatisme –. A ce jour, les économistes, lorsqu'ils veulent sortir du sillon welfariste initial, sont le plus souvent contraints de se situer dans le sillage de ces auteurs, en adoptant plus ou moins l'un ou l'autre de ces trois paradigmes. Illustration de cette perspective, Kolm (2005) fournit une tentative intéressante d'émancipation à l'égard de cette tutelle ; sa théorie de la macrojustice se veut fondée sur une méthode particulière – le « choix social endogène » -; mais cette méthode syncrétique est en fait un agrégat assez peu convaincant de multiples procédures de choix social (vote, accord par compensation et concessions mutuellement conditionnelles, etc...). *In fine* le critère de justice issu de cette démarche légitime un mode de redistribution des revenus (les « transferts ELIE »), qui est surtout une concrétisation précise et rigoureuse du principe rawlsien de différence - « la solution finale de Rawls », précise même l'auteur [Kolm (2011 : 103)]¹⁶.

Autre remarque de conclusion, nous nous sommes tenus ici à une présentation, dans un colloque orienté vers la théorie du droit, des théories de la justice telles qu'elles sont perçues par un économiste. Il convient toutefois de souligner que chacune de ces théories a évidemment des échos ou des prolongements sur le plan juridique, lesquels pourraient faire l'objet d'une réflexion spécifique. Faute de compétences en la matière, contentons-nous de recenser quelques problématiques, pour les théories que nous avons évoquées :

- Sans remonter à la pensée de Bentham et la réflexion des utilitaristes en matière de droit pénal sur la proportionnalité dissuasive des peines et des amendes en fonction de la perte en utilité subie par la société, ce que l'on appelle, plus proche de nous, « l'économie du droit » est encore aujourd'hui en grande partie welfariste, car elle a adopté, à ses origines dans les années 60 et 70, l'approche alors dominante en économie. Cette tendance est encore plus manifeste, lorsqu'elle explore avec Posner (1981) une approche délibérément normative, où tout le système juridique serait à construire en vue de la « maximisation de la richesse », simple substitut plus réaliste, dans l'esprit de son concepteur, à la recherche welfariste du « plus grand bonheur ».
- Le contractualisme de Rawls est sans nul doute très proche des bases du droit français et de la déclaration des droits de l'homme de 1789, ainsi que Rawls (1987 :136) l'a lui-même souligné, à propos de la résonance profonde entre ses principes de justice (interprétés de manière « démocratique ») et la devise républicaine « liberté, égalité, fraternité » : la liberté correspond au premier principe (« égales libertés »), l'égalité à l'idée d'égalité contenue dans le premier principe et à celle de juste égalité des chances ; quant à la fraternité, elle s'identifie au principe de différence visant à lutter contre l'arbitraire de la « loterie naturelle ».
- La dialectique hayékienne entre « ordre social spontané » et « organisations » secrète une hiérarchie entre « droit » et « législation » qui semble, elle, très éloignée du clivage public/privé en droit français : la prééminence du « droit » de l'ordre spontané renvoie en effet aux normes qui régissent les rapports des individus entre eux, contenus pour l'essentiel dans le « droit privé », alors que l'organisation interne de l'Etat et des collectivités publiques relèvent du « droit public ». Par une sorte d'inversion des valeurs, Hayek ne considère-t-il pas le « droit privé » comme le véritable droit public qui concerne *a priori* toute personne physique ou morale, tandis

¹⁶ Pour de plus amples développements sur la théorie de la macrojustice, cf. Gamel et Lubrano (2011-b).

que le « droit public » ne serait en fait que le droit privé de quelques personnes morales particulières ?

- Enfin la pensée de Sen se caractérise par la place attribuée aux droits économiques et sociaux dans la dynamique pragmatique de lutte contre les injustices. Au-delà de la nécessaire égalité des droits civils et politiques, conception qu'il partage avec Rawls et Hayek, et à l'inverse de Hayek, qui conteste le principe même de ces droits économiques et sociaux¹⁷, Sen (1981, 2004) propose toute une conception de « droits-objectifs » (*goal rights*), que le développement économique et social doit progressivement prendre en charge. En assurant à terme au citoyen une même sécurité juridique dans ce domaine qu'en matière civile et politique, ces « droits-objectifs » doivent non seulement conforter les « capacités » de chacun, mais ils doivent surtout orienter l'évolution nécessaire de la société vers moins d'injustices et, par là même, faciliter cette évolution.

Ainsi, à travers ces quelques exemples, les théories de la justice peuvent-elles offrir un terrain, sans nul doute propice et diversifié, à des recherches complémentaires en théorie du droit et en économie normative. Autrement dit, dans ce domaine spécifique comme dans bien d'autres spécialités que juristes et économistes cultivent de manière séparée, des collaborations fécondes pourraient naître de l'organisation de séminaires communs « droit-économie ». Cette ultime remarque, certes bien banale sur le fond, me permet en réalité de ne pas éluder la difficulté de la tâche, l'interdisciplinarité entre disciplines de plus en plus spécialisées, étant, de nos jours, de plus en plus nécessaire, mais aussi, comme chacun le sait, de moins en moins aisée à pratiquer....

Bibliographie

- Arneson R. (1990), "Liberalism, Distributive Subjectivism and Equal Opportunity for Welfare", *Philosophy and Public Affairs* 19(2), pp. 158-194.
- Clément V. (2009), « Economie du bien-être, choix social et l'influence de la Théorie de la justice », *Raisons politiques*, 2009/1, n°33, pp. 57-79.
- Cohen G.A. (1995), *Self-Ownership, Freedom and Equality*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Dworkin R. (1977), *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (U.S.A.).
- Dworkin R. (1981-a), "What is Equality?" Part 1: "Equality of Welfare", *Philosophy and Public Affairs*, 10(3), pp. 186-246.
- Dworkin R. (1981-b), "What is Equality?" Part 2: "Equality of Resources", *Philosophy and Public Affairs*, 10(4), pp. 283-345.
- Gamel C. (1992), *Economie de la justice sociale – Repères éthiques du capitalisme*, éditions Cujas, Paris, coll. « Regards sur notre temps ».
- Gamel C. (2006), « La justice sociale en théorie économique : modernité d'un vieux dilemme » in Leroux A. et Livet P. (2006), pp. 386-424.
- Gamel C. (2007), « Que faire de "l'approche par les capacités" ? Pour une lecture "rawlsienne" de l'apport de Sen », postface au numéro spécial consacré à Sen, *Formation Emploi*, vol. 98, pp. 141-150.
- Gamel C. (2008), « Hayek et Rawls sur la justice sociale : les différences sont-elles "plus verbales que substantielles" ? », *Cahiers d'économie politique*, n° 54, pp. 85-120.

¹⁷ Dans *Droit législation et liberté*, Hayek (1982 : 121-127) consacre à ce sujet toute l'annexe (intitulée « Justice et droits individuels ») de l'important chapitre 9 « Justice "sociale" ou distributive ».

- Gamel C. and Lubrano M. - editors - (2011-a), *On Kolm's Theory of Macrojustice – A Pluridisciplinary Forum of Exchange*, Springer Verlag, Berlin/Heidelberg.
- Gamel C. et Lubrano M. (2011-b) “Why should we debate the theory of macrojustice?” in Gamel C. et Lubrano M. (2011-a), pp. 1-32.
- Hayek F.A. (1980), *Droit, législation et liberté – Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique* tome 1 *Règles et ordre*, P.U.F., Paris, rééd. coll. « Quadrige », 1995 ; traduction de *Law, Legislation and Liberty* vol. I *Rules and Order* (1973), Routledge and Kegan, Londres.
- Hayek F.A. (1982), *Droit, législation et liberté – Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique* tome 2 *Le mirage de la justice sociale*, P.U.F., Paris, rééd. coll. « Quadrige », 1995 ; traduction de *Law, Legislation and Liberty* vol. II *The Mirage of Social Justice* (1976), Routledge and Kegan, Londres.
- Hayek F.A. (1983), *Droit, législation et liberté – Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique* tome 3 *L'ordre politique d'un peuple libre*, P.U.F., Paris, rééd. coll. « Quadrige », 1995 ; traduction de *Law, Legislation and Liberty* vol. III *Political Order of a Free People* (1979), Routledge and Kegan, Londres.
- Kolm S.-C. (1972), *Justice et équité*, éditions du C.N.R.S., Paris.
- Kolm S.-C. (2003), « Quelques souvenirs de John Rawls », *Revue de philosophie économique*, (7), pp. 21-31.
- Kolm S.-C. (2005), *Macrojustice. The Political Economy of Fairness*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Kolm S.-C. (2011), “Economic Macrojustice: Fair Optimum Income Distribution, Taxation and Transfers” in Gamel C. et Lubrano M. editors (2011-a), pp. 69-130.
- Leroux A. et Livet P. – sous la direction de – (2006), *Leçons de philosophie économique*, volume 2 *Économie normative et philosophie morale*, éditions Economica, Paris.
- Nozick R. (1974), *Anarchy, State and Utopia*, Basil Blackwell, Oxford.
- Posner R. (1981), *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (U.S.A.).
- Rawls J. (1987), *Théorie de la justice*, éditions du Seuil, Paris ; traduction de *A Theory of Justice* (1971), Harvard University Press, Cambridge (U.S.A.).
- Roemer J.E. (1998), *Equality of Opportunity*, Harvard University Press, Cambridge (U.S.A.).
- Sen A.K. (1980), “Equality of What?” in McMurrin S. (ed.) *The Tanner Lectures on Human Values*, vol. 1, University of Utah Press.
- Sen A.K. (1981), “Rights and Agency”, *Philosophy and Public Affairs*, 11(1), pp. 3-39.
- Sen A.K. (2004), “Elements of a Theory of Human rights”, *Philosophy and Public Affairs*, 32(4), pp. 315-356.
- Sen A.K. (2006), “What Do We Want from a Theory of Justice?”, *The Journal of Philosophy*, n° CIII (5), pp. 215-238.
- Sen A.K. (2010), *L'idée de justice*, éditions Flammarion, Paris; traduction de *The Idea of Justice* (2009), Harvard University Press, Cambridge (U.S.A.).
- Varian H.R. (1974), “Equity, Envy and Efficiency”, *Journal of Economic Theory* (9), pp. 63-91.
- Vallentyne P. and Steiner H. (2000), *Left-Libertarianism and Its Critics: The Contemporary Debate*, Palgrave, New York.