



HAL
open science

Justice sociale: Sen contre Hayek face à Rawls. Le libéralisme contractualiste a contrario consolidé.

Claude Gamel

► To cite this version:

Claude Gamel. Justice sociale: Sen contre Hayek face à Rawls. Le libéralisme contractualiste a contrario consolidé.. "Philosophie économique" (2ième colloque international), BETA, Oct 2014, Université de Strasbourg, France. halshs-01794740v2

HAL Id: halshs-01794740

<https://shs.hal.science/halshs-01794740v2>

Submitted on 4 Jul 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

JUSTICE SOCIALE : SEN CONTRE HAYEK FACE À RAWLS Le libéralisme contractualiste *a contrario* consolidé*

Claude Gamel**

4 juillet 2018

Résumé. Sur la justice sociale, Hayek et Sen font preuve d'une proximité méthodologique inattendue, en se démarquant l'un et l'autre du contractualisme rawlsien (Gamel [2013]). Ils exploitent aussi des « marqueurs » classiques de la pensée libérale (l'œuvre d'Adam Smith, le rôle du marché, le recours au droit), mais en font des usages différents, voire opposés. Ce second paradoxe met en cause le pragmatisme de leur démarche (« évolutionniste » pour le premier, « comparatiste » pour le second), ce qui consolide *a contrario* l'approche « contractualiste » non pragmatique de Rawls, socle philosophique d'une « économie de l'égalitarisme libéral ».

Mots clefs: libéralisme, justice sociale, Adam Smith, marchés, droits économiques et sociaux, égalitarisme libéral.

SOCIAL JUSTICE: SEN AGAINST HAYEK AND BOTH FACING RAWLS An *a contrario* argument for the contractualist approach of liberalism

Abstract. Concerning social justice, Hayek and Sen use methods which are unexpectedly close enough, when compared to Rawlsian contractualism (Gamel [2013]). They also exploit classical “markers” of the liberal thought (Adam Smith’s works, the role of the market, the recourse to the law), but they make of them various and even opposed uses. This second paradox leads to questioning the pragmatism of their respective approaches (“evolutionist” according to the former and “comparative” according to the latter), which provides Rawls’ non pragmatic “contractualism” with an *a contrario* argument. That non pragmatic approach is the philosophical basis of an “economics of liberal egalitarianism”.

Keywords: liberalism, social justice, Adam Smith, markets, economic and social rights, liberal egalitarianism.

Classification JEL: A12, B41, D63.

*Version entièrement révisée et enrichie d'une communication présentée au deuxième colloque international « Philosophie économique », Strasbourg, université de Strasbourg (BETA), 9-10 octobre 2014 ; à paraître dans les *Cahiers d'économie politique*, n° 74, juin 2018.

** Aix Marseille Univ, CNRS, LEST, Aix-en-Provence, France. claud.gamel@univ-amu.fr

1 / Introduction : de la diversité des libéralismes

La question de la société « bonne » ou « juste » a constitué de tout temps une pierre d'achoppement pour les penseurs du libéralisme, qu'ils soient philosophes ou, plus récemment, économistes. Selon la définition générale et consensuelle qu'en donne Audard [2009, p. 10], il s'agit pour eux de réfléchir à la société « où chacun est le meilleur juge de ses intérêts et de la conduite de sa vie, est laissé aussi libre que possible, tant qu'il ne nuit pas à autrui et n'attente aux intérêts vitaux de personne ». Pour autant, notre propos n'est pas de nous lancer ici dans une réflexion de fond, très complexe, sur l'essence du libéralisme, mais bien d'étudier le traitement différencié que celui-ci peut réserver à la question, déjà fort délicate, de la justice en société¹.

En effet, dans les trois dernières décennies du 20^{ème} siècle et jusqu'à aujourd'hui, les débats sur la justice sociale ont été et restent dominés par l'influence de trois auteurs libéraux très différents - Hayek, Rawls et Sen -, dont la puissance d'analyse résulte sans nul doute du fait d'avoir chacun construit leur réflexion sur la justice sociale de manière méthodique, c'est à dire à partir d'un paradigme de référence spécifique : « l'évolutionnisme »² pour Hayek [1973, 1976, 1979], le « contractualisme »³ pour Rawls [1971, 1993, 2001] et le « comparatisme »⁴ pour Sen [2006, 2009].

La comparaison des trois sommets de ce « triangle de référence » était l'objet de la première partie « méthodes » de la présente étude (voir Gamel [2013]). En substance, il s'agissait dans ce premier volet de remonter le cheminement divergent de Hayek et de Sen à l'égard de la question de la justice sociale, des conclusions bien connues des deux

¹ Pour une idée de la complexité du premier exercice, voir Laurent et Valentin [2012] et notamment l'ample introduction par Valentin [2012, p. 9-87] de ce recueil de textes regroupés sous le titre *Les penseurs libéraux*. A titre d'illustration de l'intérêt du second exercice, on notera que seul Hayek occupe une place éminente dans ce recueil, mais ni Rawls, ni Sen. Laurent [2012, p. 797-798] mentionne Rawls dans son « dictionnaire des libéraux » à la fin de l'ouvrage, mais conclut qu' [il] « n'a pas vraiment sa place dans la pensée libérale dans son acception la plus générale » ; quant à Sen, il ne figure ni dans le recueil, ni dans le dictionnaire et n'est brièvement évoqué que pour son désaccord avec la théorie rawlsienne (voir Laurent [2012 : p. 798]). Or c'est surtout, semble-t-il, pour le traitement qu'ils réservent l'un et l'autre à la question de la justice sociale que Rawls et Sen n'ont pas été retenus comme « penseurs libéraux ».

² L'évolutionnisme de Hayek repose sur une dialectique entre « ordre social spontané », dont la complexité échappe à la maîtrise de l'homme, et « organisations » (entreprises, collectivités publiques, associations,...), que celui-ci peut prétendre piloter. La « justice sociale » n'est donc qu'un mirage, dans la mesure où elle tend à faire croire que la société dans son ensemble puisse être « organisée » de manière juste. Il existe néanmoins chez Hayek une conception de la justice en société, fondée sur les « règles abstraites de juste conduite » qui concernent individus et organisations et que la jurisprudence des tribunaux cherche à repérer et fait évoluer. L'ordre constitutionnel d'un peuple libre doit alors protéger le « droit » incorporant ces règles contre les risques permanents d'empiètement de la « législation », que les pouvoirs publics édictent en principe pour leur propre « organisation », mais que la revendication populaire de « justice sociale » pousse à étendre bien au-delà.

³ Le contractualisme de Rawls désigne à la fois le mode de délibération sur le « contrat social » permettant de faire émerger une société juste et le contenu de ce contrat. Il s'agit de perfectionner ce moment mythique où les citoyens qui vont « faire société » réfléchissent aux fondements institutionnels de celle-ci : leur délibération dans la « position originelle » résulte d'une réflexion sous « voile d'ignorance », laquelle débouche sur l'énoncé de principes de justice hiérarchisés (« égales libertés » en matière juridique et politique, « juste égalité des chances » orientée vers la lutte contre les inégalités d'origine sociale, « principe de différence » appliquée à l'exploitation commune des différences de talents naturels).

⁴ Le comparatisme de Sen prend acte du fait qu'il ne peut y avoir, pour de multiples raisons, de réponse unique à la question de la société idéalement juste et défend une approche comparative plus modeste, où il s'agit de faire émerger des situations socialement plus justes que d'autres. Le repérage et le traitement des « injustices réparables » ne peut se contenter de la correction des seuls « arrangements institutionnels » (institutions, réglementations, ...), mais doit aussi s'intéresser aux « accomplissements » des individus et en particulier à leur « capacité », c'est à dire à l'éventail des choix qu'ils peuvent ou ne peuvent pas faire tout au long de leur vie. De ce fait, le domaine des injustices contre lesquelles il convient de lutter est fondamentalement sans limites.

économistes (« mirage de la justice sociale » et « identification des injustices réparables ») vers d'éventuels présupposés initiaux qui pourraient les expliquer, la démarche contractualiste du philosophe Rawls offrant, quant à elle, un point de repère extérieur.

Ce parcours à rebours a ainsi permis de souligner une proximité méthodologique inattendue des deux économistes : d'une part, l'un et l'autre se démarquent du contractualisme rawlsien, pour risque de dérive « constructiviste »⁵ (Hayek) ou par inutilité de l'ambition « transcendante »⁶ (Sen), d'autre part l'évolutionnisme hayékien et le comparatisme senien semblent encore plus proches lorsqu'ils développent, face à la complexité de la question de la justice, une argumentation puissante en faveur d'une démarche fondamentalement pragmatique, à la recherche dans les deux cas d'une action adaptée au réel⁷.

Ce pragmatisme ardemment défendu reste évidemment exploité par l'un et l'autre auteur dans deux perspectives complètement opposées :

- pour Hayek, l'« ordre social spontané » n'étant pas réductible à une « organisation », l'évolutionnisme hayékien est empreint d'un fatalisme dont toutes les conséquences doivent être successivement endossées⁸,
- pour Sen, lutter contre les « injustices réparables » étant plus aisé que réaliser un quelconque idéal absolu de justice, le comparatisme senien est d'essence volontariste et rejette par principe toute forme de renoncement.

Ce faisant, la relative proximité des méthodes des deux auteurs s'efface devant les perspectives opposées - fataliste ou volontariste - qu'ils ont explorées et débouchent sur des résultats complètement divergents.

L'étude de ces résultats divergents fournit la trame du présent texte et constitue le second volet de notre étude comparative. A la lumière de ce qui vient d'être rappelé, le lecteur pourrait légitimement s'interroger sur la pertinence de ce second volet portant sur des conceptions de la justice sociale, à la fois bien connues et diamétralement opposées.

En fait, ce que nous voudrions ici mettre en lumière, c'est que le premier paradoxe sur la proximité méthodologique inattendue de Hayek et de Sen se double d'un second paradoxe sur le caractère intrinsèquement « libéral » de deux conceptions aussi incompatibles de la justice sociale. Plus précisément, notre idée est que la « preuve » de leur libéralisme ne se

⁵ La dérive « constructiviste » résulte selon Hayek d'une conception toute puissante de la rationalité qui permettrait à l'homme de construire, de manière délibérée, toutes les institutions de la société dans laquelle il est amené à vivre, grâce à la connaissance de tous les faits particuliers nécessaires. La conception évolutionniste de la rationalité, pas moins exigeante sur le fond mais plus consciente de l'extraordinaire complexité des faits sociaux, éviterait la dérive constructiviste engendrée par la présomption d'omniscience prêtée à l'homme.

⁶ L'ambition « transcendante » se caractérise selon Sen, d'une part, par l'attention portée à ce qui paraît être la perfection de l'idée de justice et, d'autre part, par le souci prioritaire de rendre d'abord les institutions justes, sans se préoccuper directement des sociétés concrètes qui n'en seraient que le sous-produit. C'est par opposition à cet « institutionnalisme transcendantal » que Sen développe sa démarche comparative, où les degrés relatifs de justice ou d'injustice sont substitués à l'idéal absolu de justice et où la recherche de meilleurs « arrangements institutionnels » est complétée par l'examen des « accomplissements » des individus.

⁷ Le « pragmatisme » est donc pris au sens courant du terme (la capacité d'agir primant sur la connaissance intime de la réalité) et ne fait pas référence à un courant philosophique précis. Il en est de même du « réel » simplement identifié aux faits tels qu'un observateur peut les appréhender de manière plus ou moins objective et distanciée.

⁸ La principale conséquence est évidemment l'impossibilité d'« organiser » la justice au niveau de la société dans son ensemble, en raison de la dispersion irrémédiable des informations pertinentes qu'il faudrait avoir pour penser et maîtriser un tel agencement (voir Gamel [2013, p. 88-90]). En revanche, l'évolutionnisme hayékien comme pragmatisme fataliste ne va pas jusqu'à renoncer à toute conception de la justice. En effet, les « règles abstraites de juste conduite » constituent le fondement d'une conception non « constructiviste » de la justice que doit protéger « l'ordre politique d'un peuple libre » et pour lequel Hayek propose même « un modèle de constitution » (voir Hayek [1979, chapitre 17]).

trouve évidemment pas dans un approfondissement philosophique de la notion qu'ils pourraient partager, mais, de manière plus prosaïque, dans l'exploitation de matériaux communs auxquels, classiquement, tout auteur libéral attache une grande importance : en l'occurrence, il s'agit de l'œuvre d'Adam Smith à laquelle Hayek et Sen font très souvent référence, du rôle qu'ils attribuent au marché dans la régulation sociale et du recours au droit comme source d'arbitrage des conflits.

Si des « marqueurs » aussi classiques de la pensée libérale peuvent aboutir à ces conceptions aussi opposées de la justice sociale, c'est non seulement la diversité surprenante des libéralismes qui se trouve ainsi soulignée, mais peut-être aussi la fragilité de la réflexion libérale, lorsque celle-ci est fondée sur une approche dont le pragmatisme, revendiqué aussi bien par Hayek que par Sen, ne garantit pas l'unicité. Ce constat nous conduit *in fine* à reconsidérer l'intérêt d'une pensée libérale qui n'emprunte pas cette voie, en l'occurrence celle de Rawls.

Dès lors, notre argumentation s'articulera en quatre étapes principales : dans les trois premières, il s'agira de préciser combien les « marqueurs » de la pensée libérale évoqués plus haut ont été exploités de manière spécifique par Hayek et Sen : il s'agit d'abord de l'œuvre d'Adam Smith à laquelle ils ont fait des emprunts disjoints à préciser (2) ; il convient ensuite de repérer une divergence entre les deux auteurs, qui reste encore mineure, sur le rôle du marché (3) ; il faut enfin souligner que l'opposition majeure de Hayek et de Sen se situe, en marge de l'économie, dans la reconnaissance ou non de droits économiques et sociaux pour les individus (4). La quatrième étape fournira la conclusion générale des deux volets de notre étude : le contractualisme de Rawls, rejeté par les deux économistes, y est réévalué, car sa pensée non pragmatique semble *a contrario* fournir un socle plus solide à la réflexion libérale en matière de justice sociale (5).

2 / Les emprunts déjà disjoints de Hayek et de Sen à l'œuvre d'Adam Smith

Hayek et Sen ont en commun d'être critiques vis-à-vis du contractualisme rawlsien, critiques qui résultent d'un cheminement des idées qui remonte au tournant des « Lumières françaises » et notamment au « contrat social » de Rousseau. Hayek reproche à ce dernier sa confiance excessive dans la capacité de la raison humaine à agencer la vie en société et Sen sa volonté de chercher les bases purement institutionnelles d'une société idéale, autant de caractéristiques que Rawls reprend explicitement à son compte (voir Gamel [2013, p. 79-87]). C'est donc fort logiquement que l'un et l'autre se tournent tout au long de leur réflexion vers la conception rivale des « Lumières écossaises » et ils s'appuient alors l'un et l'autre sur l'œuvre d'Adam Smith qu'ils citent très fréquemment⁹.

Il est donc primordial de rentrer dans le détail de ces citations pour comprendre ce que l'un et l'autre recherchent chez cet auteur reconnu, par les économistes comme par les philosophes, comme une référence classique du libéralisme. Comme on peut s'en douter, Hayek et Sen ne sont pas séduits par les mêmes aspects de la pensée de l'universitaire de Glasgow : Hayek voit surtout dans la « grande société » de Smith une première version de son « ordre social spontané » (2.1), tandis que Sen considère la conception smithienne du « spectateur impartial » comme le meilleur antidote à « l'esprit de clocher » qu'il décèle jusques dans la théorie rawlsienne (2.2).

⁹ A titre d'illustration ponctuelle, l'index général des auteurs cités dans les trois tomes de *Droit, législation et liberté* (Hayek [1983, p. 237-244]) indique que Smith fait partie des auteurs les plus fréquemment cités (25 fois), juste devant Popper (22 fois) mais loin derrière Hume (35). Le même indicateur pour *The Idea of Justice* (Sen [2009, p. 451-461]) indique à nouveau que Smith est sans nul doute le deuxième auteur le plus cité (42), mais derrière Rawls (46) cette fois.

2.1 / « L'ordre social spontané », héritier de la « grande société » de Smith

Contrairement à ce que l'on pourrait penser, ce qui intéresse le plus Hayek dans l'œuvre d'Adam Smith ne se réduit pas à la célèbre métaphore de la « main invisible », qui conduit dans le domaine économique l'individu à « promouvoir un résultat qui ne faisait nullement partie de ses intentions ». La « main invisible » est bien entendu évoquée par Hayek, mais ses références chez Smith sont prises au moins autant dans *La théorie des sentiments moraux* que dans *La richesse des nations* : la « main invisible » fait partie pour lui d'une vision bien plus vaste de la société qui correspond à « cet ordre spontané qu'Adam Smith appelait "Grande Société" et que Sir Karl Popper a nommé "Société Ouverte" » [Hayek, 1980, p. 2-3]¹⁰.

L'influence de Smith sur Hayek est telle que, dans les trois tomes de *Droit, législation et liberté*, l'expression « Grande Société » est de loin la plus fréquemment utilisée pour désigner le cadre « où des millions d'hommes réagissent les uns sur les autres, et où s'est développée la civilisation telle que nous la connaissons » [*Ibid.*, p. 16]. Conformément à la dialectique hayékienne entre l'ordre social qui s'engendre de lui-même et les organisations dont la complexité est moindre, ce qui caractérise la « Grande Société » chez Hayek, c'est qu'elle permet de mettre en œuvre une masse énorme de connaissances éparpillées entre les individus et les organisations qui la composent, alors que les uns et les autres peuvent ignorer (et ignorent le plus souvent) la plupart des faits qui déterminent le fonctionnement de cette « Grande Société ».

La question est alors de préciser où se trouve dans l'œuvre de Smith la filiation intellectuelle que revendique aussi expressément Hayek. Il convient ensuite de s'interroger sur la solidité de cette filiation intellectuelle.

En ce qui concerne le premier point, le point d'ancrage le plus évident se trouve dans un extrait de *La théorie des sentiments moraux* mis en exergue du chapitre 2 dans le tome 1 de *Droit, législation et liberté* [1980, p. 41], où Hayek creuse la distinction entre « ordre spontané » de la société (« *kosmos* ») et « ordre fabriqué » des organisations (« *taxis* ») :

« L'homme de système [en substance, celui qui se croit sage et est sûr de sa conception du gouvernement¹¹] semble s'imaginer qu'il peut disposer les membres d'une *grande société* avec autant de facilité que la main peut arranger les différentes pièces d'un échiquier. Il ne considère point que les pièces sur l'échiquier n'ont d'autre principe de mouvement que la main qui les meut ; mais dans le *grand échiquier de la société humaine*, chacune des pièces a un principe moteur qui lui est propre, entièrement différent de celui que le législateur peut choisir de lui imprimer. Si les ces deux principes coïncident et agissent dans la même direction, le jeu de la société humaine se déroulera aisément et harmonieusement avec de grandes chances d'être heureux et fructueux. S'ils sont opposés ou différents, le jeu marchera de façon lamentable et la société sera constamment dans un état d'extrême désordre » (*nos italiques*).

¹⁰ Formellement, on notera que Hayek met des majuscules à « Grande Société » ("Great Society"), alors que Smith n'en mettait pas.

¹¹ La définition complète en est la suivante : « L'homme de système [...] est à ses yeux tout à fait apte à la sagesse et est souvent si enthousiaste de la beauté supposée de son projet idéal de gouvernement qu'il ne peut supporter le plus petit écart par rapport à une quelconque partie de ce projet. Il continue à le mettre en place, complètement et dans tous ses composants, sans considération pour les grands intérêts ou les grands préjudices qui peuvent s'y opposer », in *The Theory of Moral Sentiments* [1759, partie VI, chapitre II, avant-dernier paragraphe].

Dans ce passage, Smith critique « l'homme de système » dans lequel Hayek voit sans doute l'homme de pouvoir qui pense la société comme une organisation qu'il pourrait entièrement maîtriser. Deux points intéressent sans doute Hayek, à la lumière de ce qu'il développe longuement dans la suite de l'ouvrage :

- D'une part, la vie dans la « grande société » n'est pas comparable à la vie au sein d'une organisation de petit nombre, mais est assimilée à un jeu, dans lequel chaque joueur effectue ses choix selon son propre « principe moteur ». On retrouve le volet économique de l'ordre social spontané - « le jeu de catallaxie », selon l'expression de Hayek -, dans lequel chacun est « libre d'utiliser ce qu'il connaît en vue de ce qu'il veut faire » [Hayek, 1980, p. 66]. Toutefois, la récompense des efforts de chacun ne peut être garantie car, comme dans tout jeu, l'affrontement avec autrui (la concurrence sur le marché) est « tranché par une supériorité, d'habileté, de force ou de chance », en contrepartie de quoi « le jeu de catallaxie » n'est pas un jeu à somme nulle mais est créateur de richesse (voir Hayek [1982, p. 139]).
- D'autre part, il existe un volet juridique dans la « grande société » de Smith auquel il est fait clairement allusion dans ce passage, à savoir le « principe » que le « législateur » pourrait choisir d'imprimer à chaque pièce du grand échiquier de la société humaine ; selon sa compatibilité avec le principe moteur propre à chacune de ces pièces, il favorisera ou non la prospérité de la société. Or, pour Hayek, la mise au point des règles du jeu social qui s'imposent à l'ensemble des joueurs ne peut relever d'un quelconque législateur omniscient - et, en ce sens, il va même au-delà du scepticisme de Smith -, puisqu'à ses yeux ces règles dépendent elles aussi de l'ordre social spontané : à travers le processus lent et erratique de la jurisprudence émergent et évoluent peu à peu les « règles abstraites de juste conduite », lesquelles proscrirent plus qu'elles ne prescrivent ce qu'il convient de faire¹². Par ailleurs, dans l'esprit de Hayek, Smith et Hume, qui étaient des philosophes du droit, se sont beaucoup intéressés à la justice comme pilier de la société humaine, notamment dans sa façon d'encadrer les échanges et de protéger la propriété.

Au total, si la filiation intellectuelle entre Smith et Hayek sur la question de la grande société ne semble guère faire de doute, encore faut-il noter que cette filiation intellectuelle est sans doute quelque peu exagérée par Hayek, car la conception de la grande société que développe Smith face au mercantilisme de son temps est à la fois plus empirique et moins systématique que celle que lui-même développe face au socialisme du 20^{ème} siècle. Par exemple¹³ :

- La « grande société » au sens de Smith peut commencer à une échelle très réduite et peut se reposer sur des « organisations » publiques, dès lors qu'il ne peut être dans l'intérêt d'un trop petit groupe d'individus de prendre en charge certains travaux comme l'entretien des routes : le bénéfice qu'ils pourraient individuellement en retirer ne serait jamais une compensation pour l'énorme dépense qu'ils auraient chacun à engager¹⁴. On voit poindre la notion moderne de

¹² Ces règles jurisprudentielles, à la source du droit régissant l'ensemble des interactions sociales, sont éventuellement incluses dans la législation au sens de Hayek (voir *supra* note 2). Pour de plus amples précisions, voir *infra* § 4.1 et note 29).

¹³ Il n'est pas possible de procéder ici à une analyse complète du « système de la liberté naturelle » de Smith pour le comparer à la conception hayékienne de l'ordre social spontané. Pour une telle analyse (et d'intéressantes remarques ponctuelles sur la comparaison Smith-Hayek), voir Biziou [2003].

¹⁴ L'entretien des routes relève en effet du troisième « devoir » qui incombe au pouvoir politique souverain dans le « système de la liberté naturelle » de Smith : après le devoir de défense de la société contre toute agression

biens collectifs que Hayek pourra également accepter (ne serait-ce que par un péage obligatoire rendu obligatoire pour les usagers) ; or la définition hayékienne de la « Grande Société », comme lieu d'interactions bénéfiques pour des individus par ailleurs incapables de la piloter, ne traite pas de ce genre de problématique banale, qui relève d'une intervention publique tout-à-fait légitime dans une économie de marché.

- Par ailleurs, il n'est pas du tout évident que Smith aurait pu partager « l'analyse du jeu économique dans lequel seule la conduite des joueurs, mais non le résultat, peut être juste » [Hayek, 1982, p. 84]. Le principe smithien de « sympathie » commande sans doute de s'intéresser au sort de son prochain, au-delà de l'octroi par Hayek d'un revenu minimum (hors marché) pour ceux qui ne peuvent se procurer de quoi vivre en vendant leurs services sur le marché¹⁵. En d'autres termes, la discipline rigoureuse des « règles abstraites de juste conduite » s'applique à des membres anonymes et inconnus de la « Grande Société » hayékienne, alors que les individus restent attachés à la morale désuète de la « société tribale », où la connaissance de tous les faits particuliers et le partage des mêmes objectifs par les personnes membres de la « tribu » permettent sans doute de réaliser une conception plus ambitieuse et plus concrète de la justice (voir Hayek [1982, p. 173-175]). Dans la conception smithienne de la « grande société » une telle distinction entre « règles abstraites » et conception concrète de la justice n'a sans doute pas sa place et le fait de ne pas pouvoir connaître personnellement les individus n'exonère pas l'homme de pouvoir d'être en empathie avec eux en adoptant la posture du « spectateur impartial ».

Cette notion de spectateur impartial, *a priori* plus compatible avec une conception plus volontariste de la justice, n'est pas logiquement évoquée dans l'œuvre de Hayek, alors qu'elle est évidemment celle qui intéresse au plus haut point Sen. Celui-ci va en effet faire de la posture smithienne du « spectateur impartial », le meilleur antidote à « l'esprit de clocher » qu'il convient absolument d'éviter dans toute réflexion pratique sur la justice.

2.2 Le « spectateur impartial » smithien, meilleur antidote à « l'esprit de clocher »

Dans *L'idée de justice*, les allusions de Sen à l'œuvre de Smith sont multiples et diverses, car Sen considère Smith comme un penseur essentiel, souvent mal compris : la postérité a excessivement réduit la portée de son œuvre, lorsqu'elle le considère simplement, notamment chez les économistes de la théorie économique standard, comme le père de l'économie moderne ; si « l'amour de soi » est bien la pulsion qui sous-tend le comportement intéressé du « boulanger ou du marchand de bière » dans le passage le plus connu de *La richesse des nations*, il ne s'agit là que l'une des motivations qui font la complexité du comportement humain, à côté notamment de la « sympathie », de la « générosité » ou de « l'esprit public », autres sentiments humains auxquels Smith s'est intéressé.

Par ailleurs, l'examen de toutes ces motivations rend nécessaire une prise de distance pour correctement évaluer les comportements humains et, pour Sen, Smith est aussi un précurseur en la matière à travers sa notion de « spectateur impartial », apparu dès 1759 dans

extérieure et celui d'une bonne administration de la justice, le troisième devoir du souverain consiste en effet « à créer et à entretenir les institutions publiques et les ouvrages publics qui, bien que de la plus haute utilité pour une *grande société*, sont cependant tels que le profit ne pourrait couvrir la dépense de n'importe quel individu ou petit groupe d'individus » (*nos italiques*), in *The Wealth of Nations* [1776, livre V, chapitre I, partie III, première phrase].

¹⁵ Sur le revenu minimum chez Hayek, voir *infra* note 28.

La théorie des sentiments moraux. Cette notion est donc bien antérieure à la pensée de Kant, à qui l'on attribue le plus souvent l'emprise de l'idée d'impartialité sur la philosophie morale et politique contemporaine : dans la mesure où Kant connaissait *La théorie des sentiments moraux* et l'avait même commentée, « il semble tout à fait vraisemblable, affirme même Sen [2009, p. 124], que Kant ait été influencé par Smith ».

C'est dans le chapitre 6 (« Impartialités fermée et ouverte ») de *L'idée de justice* que le spectateur impartial smithien voit son importance confirmée : Sen le présente comme rien de moins que l'expérience de pensée alternative à l'approche contractualiste rawlsienne et c'est sur cette alternative, de loin préférable à ses yeux, que Sen fait reposer toute sa réflexion sur la lutte contre les injustices à l'époque de la mondialisation. Plus précisément, alors que la première approche illustrerait une conception « fermée » de l'impartialité qui n'éviterait pas un certain ethnocentrisme que Sen qualifie de « localisme » ou de « provincialisme »¹⁶, la seconde correspondrait à une conception plus ouverte à des mentalités et modes de pensée hétérogènes. Commençons donc par rappeler succinctement en quoi consiste la critique de Sen à l'égard de la démarche de la « justice comme équité » et l'on comprendra alors aisément ce qui intéresse Sen dans la posture du spectateur impartial.

En ce qui concerne le premier volet, ce que reproche Sen à Rawls tient essentiellement en trois points :

- Sous le voile d'ignorance rawlsien censé garantir l'impartialité des choix de chacun¹⁷, les individus appelés à délibérer sont uniquement ceux qui feront partie de la société à laquelle s'appliqueront les principes de justice à définir, puisque ces principes, auxquels ils acceptent par avance de se soumettre, permettront de trancher les revendications en conflit qu'ils expriment.
- Par ailleurs, les individus qui délibèrent dans la position originelle dans de telles conditions, sans être forcément égoïstes puisqu'ils ont le sens du bien et du juste, sont censés être « mutuellement désintéressés », car les principes de justice doivent pouvoir s'appliquer indépendamment des sentiments naturels, plus ou moins étendus, qui les lient les uns aux autres.
- Enfin, les principes de justice issus de la délibération sous voile d'ignorance s'appliquent uniquement à la structure de la base de la société dans laquelle les individus sont appelés à vivre, dans la mesure où le respect des institutions justes ainsi définies devrait suffire à traiter les situations de conflit et à résoudre les problèmes de répartition au sein de la société.

C'est bien la définition dans de telles conditions de principes absolus de justice s'appliquant uniquement aux institutions sociales que critique Sen, en rejetant ce qu'il appelle « l'institutionnalisme transcendantal » des théories contractualistes, dont la démarche de la justice comme équité de Rawls fait évidemment partie. Comment alors respecter l'exigence d'impartialité imposée à toute réflexion sur la justice, tout en évitant la démarche contractualiste à la fois trop abstraite et trop absolue ? C'est ici qu'intervient le spectateur impartial smithien :

- L'idée fondamentale de Smith tient en quelques mots dans *La théorie des sentiments moraux*, repris par Sen au début du chapitre 6 cité plus haut : lorsqu'il

¹⁶ Le mot anglais *parochialism* qu'utilise Sen a la même étymologie que le mot *parochial* (« paroissial ») et peut être traduit au sens strict par « esprit de clocher » et, dans une acception moins imagée, par « localisme » ou « provincialisme ».

¹⁷ Rappelons que la méthode du voile d'ignorance consiste pour chaque individu à délibérer en faisant abstraction de ce qu'il est dans la vie réelle (sa personnalité, ses talents naturels,...) et de la position sociale qu'il y occupe, de telle sorte que le choix exprimé ne soit pas influencé par ces considérations personnelles et puisse être considéré comme impartial.

s'agit de juger sa propre conduite, il convient de « [l'] examiner comme nous imaginons que tout spectateur juste et impartial le ferait »¹⁸. Sen en tire l'idée que le point de vue de ce spectateur impartial peut être non seulement celui d'un individu qui vivrait à proximité dans la même société, mais peut être aussi d'une personne issue d'une autre culture plus lointaine. Dans l'esprit de Sen, le spectateur impartial smithien offre la garantie que la réflexion impartiale ne soit pas bridée par des conventions de portée locale, ce qui est le cas pour des personnes appartenant à la même « paroisse ». Lutter contre ce genre de conformisme est encore plus nécessaire aujourd'hui, à l'époque où les sociétés sont mises en contact les unes avec les autres par le processus de la mondialisation. Or cette ouverture sur d'autres modes de pensée ne peut exister dans l'approche rawlsienne forcément plus « fermée », puisque seuls sont appelés à délibérer sous voile d'ignorance les individus qui feront ensemble société.

- Par ailleurs, à la différence des individus « mutuellement désintéressés » réfléchissant sous voile d'ignorance, le spectateur impartial smithien n'est pas appelé à faire abstraction de ses propres sentiments dans sa tentative d'évaluation¹⁹ ; cela renforce sans nul doute le risque de voir deux individus adoptant la posture du spectateur impartial exprimer, sur la situation à évaluer, des points de vue argumentés qui restent totalement ou partiellement incompatibles. En ce cas, la découverte d'un point de vue juste dans l'absolu conforme à l'ambition rawlsienne devient sans doute impossible, mais Sen assume complètement ce risque : conformément à sa méthode « comparatiste » très pragmatique, il s'agit de hiérarchiser des situations concrètes d'injustice, en essayant de faire émerger celle qui semble la plus juste ou la moins injuste. Dans cette perspective, l'examen critique par des individus concrets s'efforçant d'être impartiaux est très utile, ne serait-ce que pour enrichir le débat public sur la nature des divergences qui peuvent subsister et rendre le classement des états sociaux incomplet. Sen fait ici la distinction entre la posture rawlsienne visant à la reconnaissance du seul « droit des membres » de la future société à délibérer et la « pertinence pour l'élucidation » qu'autorise à ses yeux l'optique plus ouverte du spectateur impartial, où d'autres personnes peuvent être sollicitées.
- Enfin, conséquence de la réflexion d'individus concrets s'efforçant à l'impartialité, la démarche du spectateur smithien aura spontanément pour objet l'examen des « accomplissements », c'est à dire l'éventail des choix qu'en réalité les gens peuvent ou non faire tout au long de leur vie et qu'il s'agit d'apprécier. Il n'y a donc aucune raison de limiter la réflexion du spectateur impartial aux seuls « arrangements institutionnels », expression de Sen pour désigner la recherche d'institutions justes, ce qui est notamment l'objet (unique) de la délibération rawlsienne sous voile d'ignorance.

¹⁸ *The Theory of Moral Sentiments* [sixième édition, 1790, Partie III, chapitre I, alinéa 2]. Comme le remarque Sen [2009, p. 124], l'édition originale de 1759 est un peu moins précise, puisqu'il s'agit alors d' « examiner notre propre conduite comme nous imaginons qu'un spectateur impartial le ferait ».

¹⁹ Il s'agit seulement de mettre à « distance » ses propres sentiments, ainsi que le souligne Sen [2009, p. 125] en citant cet autre passage du même alinéa où apparaît l'expression « spectateur impartial » : « Nous ne pouvons jamais examiner nos sentiments et nos motifs, nous ne pouvons jamais former un jugement les concernant, à moins de quitter, pour ainsi dire, notre position naturelle et de nous efforcer de les voir comme s'ils étaient à une certaine distance de nous-mêmes. Or nous ne pouvons le faire d'aucune autre façon qu'en nous efforçant d'observer ces motifs et sentiments avec les yeux des autres, ou comme les autres les observeraient », in *The Theory of Moral Sentiments* [sixième édition, 1790, Partie III, chapitre I, alinéa 2].

En définitive, un exposé complet sur la place d'Adam Smith dans la pensée de Sen devrait sans doute comporter bien d'autres éléments, mais le choix de n'évoquer ici que la question du caractère « ouvert » ou « fermé » de l'impartialité suffit à souligner combien cette place est importante pour légitimer toute la démarche senienne de lutte contre les injustices : le spectateur impartial de Smith n'est rien de moins que le meilleur antidote que Sen a pu trouver pour l'opposer à l'attraction qu'exerce la démarche rawlsienne du voile d'ignorance²⁰.

Comparée à cela, la référence de Hayek à la « grande société » de Smith nous semble bien moins déterminante dans la genèse de sa pensée et, surtout, elle nous paraît moins fidèle : d'une part, la « Société Ouverte » de Popper est pour lui une autre référence *a priori* au moins aussi importante et, d'autre part, la « Grande Société » de Hayek semble être un concept plus abstrait et plus systématique que la version plus prosaïque qu'en propose Smith. Il n'en demeure pas moins vrai que Hayek révèle, par l'usage intensif qu'il fait de l'expression « Grande Société », la filiation intellectuelle directe qu'il revendique à l'égard de la pensée de Smith.

Quoi qu'il en soit, « grande société » et « spectateur impartial » sont des concepts smithiens, qui ont eu une forte influence sur la pensée libérale jusqu'à aujourd'hui. Hayek et Smith reconnaissent tous les deux la puissance analytique souvent sous-estimée de l'universitaire écossais, mais chacun le fait à sa manière. A ce stade de notre présentation, les pensées de Hayek et de Sen sont en effet déjà disjointes par les emprunts très différents qu'ils font à l'œuvre d'Adam Smith. Un autre « marqueur » classique du libéralisme – le rôle du marché – va venir confirmer cette tendance, où la divergence entre les deux auteurs va s'accroître, même si, sur ce second point de comparaison, elle reste encore mineure.

3 / Une divergence encore mineure sur le rôle du marché

S'il est un critère de définition du libéralisme qui semble aller de soi, c'est bien la confiance dans le rôle du marché comme processus social. Pourtant, sur ce thème, Hayek et Sen ne manifestent pas le même intérêt, ni le même enthousiasme et, à bien des égards, les positions de Hayek et de Sen semblent ici inverses de ce qu'elles étaient sur le critère précédent : alors que Sen était manifestement plus fidèle à l'égard de la pensée de Smith, c'est ici Hayek qui a le plus confiance dans le rôle décisif du marché.

Plus précisément, le marché constitue pour Hayek le versant économique de sa conception d'ensemble de la société comme ordre social spontané, alors que, pour Sen, il s'agit d'un mécanisme presque banal sur lequel il s'exprime peu, si ce n'est pour examiner la nature des libertés individuelles qui rendent le marché possible et en sont aussi la résultante. En d'autres termes, le marché hayékien est le lieu de coordination décentralisée des activités humaines, à préserver absolument (3.1), tandis que le marché senien est le siège d'accords entre volontés individuelles, à examiner de plus près (3.2).

3.1 / Le marché hayékien, comme lieu de coordination décentralisée à préserver

Selon Hayek, la société dans son ensemble relève d'un tel degré de complexité qu'elle échappe à la maîtrise consciente des hommes et « l'ordre de marché », selon son expression,

²⁰Le risque existe pour Sen de présenter la théorie rawlsienne de la justice comme l'illustration quelque peu caricaturale d'une conception « fermée » de l'impartialité, de fait inadaptée à l'époque de la mondialisation. Le grand respect de Sen à l'égard de la pensée de Rawls le conduit à plusieurs reprises (voir Sen [2009, p. 126-128 et 131-134]) à nuancer son propos. Il souligne notamment que Rawls s'est intéressé non seulement aux principes de justice prévalant au sein d'un seul « peuple », mais aussi au problème de la justice dans les relations entre les peuples (voir *The Law of Peoples* [1999]). Par ailleurs, Rawls insiste dans *Political Liberalism* [1993] sur l'importance d'un « cadre public de pensée » dans lequel les principes de justice doivent pouvoir être défendus, en complément de leur élaboration issue de la méthode du voile d'ignorance.

n'est que le versant économique de cet ordre social spontané aux dimensions multiples : inutile donc de reprendre la dialectique d'ensemble entre « ordre social spontané » et « organisations »²¹, qui s'applique ici comme ailleurs. Il convient néanmoins de souligner combien cette dialectique s'applique au marché à travers trois remarques complémentaires les unes des autres, inspirées du chapitre 10 (« L'ordre de marché ou catallaxie ») de *Droit, législation et liberté*.

Tout d'abord, Hayek n'emploie pas l'expression « économie de marché » trop ambiguë à ses yeux, car le mot « économie » est couramment employé, au niveau micro-économique (ménage, entreprise) comme au niveau macro-économique (pays, nation), pour désigner en fait une « organisation », c'est à dire une structure agençant un ensemble de moyens en vue de la réalisation d'un certain nombre d'objectifs. Or, de même que l'ordre social spontané que personne ne maîtrise ne peut avoir d'objectifs propres, « [l'ordre du marché] n'est ni ne peut être ainsi gouverné par une échelle unique d'objectifs, remarque Hayek [1982, p. 130] ; il sert la multitude des objectifs distincts et incommensurables de tous ses membres individuels ». Hayek [1982, p. 131] va ainsi jusqu'à créer un néologisme d'origine grecque - la « catallaxie », déjà évoquée (voir *supra* 2.1) – pour désigner « l'ordre engendré par l'ajustement mutuel de nombreuses économies individuelles sur un marché ». L'Etat a aussi sa place dans le « jeu de la catallaxie », mais en poursuivant lui aussi ses objectifs propres (essentiellement, la production de biens ou services collectifs type justice ou police par le recours à l'impôt voté par le Parlement), mais il n'a évidemment pas à assigner à la « Grande Société » la réalisation d'objectifs communs à tous les individus et à toutes les organisations qui la composent.

Seconde remarque, cette absence commune d'objectifs qui caractérise la « Grande Société » hayékienne comme son « ordre de marché » est précisément ce qui rend possible la liberté personnelle et renforce son respect : « La Grande Société a pris forme, écrit Hayek [1982, p. 131], grâce à la découverte du fait que les hommes peuvent vivre ensemble pacifiquement et pour le plus grand avantage de chacun, sans qu'il faille se mettre d'accord sur les objectifs qu'ils poursuivent indépendamment les uns des autres ». Et Hayek de souligner que l'étape décisive pour cette collaboration pacifique fut le recours au troc ou à l'échange : les parties n'avaient nul besoin de se mettre d'accord sur les objectifs que chacun avait en vue en décidant cette transaction et c'est la multiplication de ces relations d'échange qui assure interdépendance et cohésion au sein de la « Grande Société » et font du marché le lieu par excellence de coordination décentralisée des activités humaines.

Dans la dialectique entre « ordre social spontané » (thèse) et « organisations » (antithèse), cette interdépendance et cette cohésion ne seraient toutefois pas possibles sans les « règles abstraites de juste conduite », véritable « clef de voûte » de la synthèse hayékienne. Ces règles de juste conduite s'appliquent au premier chef à l'ordre de marché : en effet, c'est « en substituant des règles abstraites de conduite à des fins concrètes obligatoires [que] l'on découvre que cela rendait possible l'extension d'un ordre pacifique au-delà des petits groupes poursuivant les mêmes objectifs, parce que cela permettait à chaque individu de profiter des talents et des connaissances des autres, sans même les connaître et quelle que soit la diversité de leurs buts, indépendants du sien » (Hayek [1982, p. 131])²².

La question est alors de savoir quelle est la nature de ces « règles abstraites de juste conduite » qui encadrent et favorisent le jeu de la catallaxie. Puisqu'elles sont indépendantes

²¹ Voir note 2 ou, pour un exposé plus complet, Gamel [2013, p. 73-74].

²² En complément de cette phrase, Hayek [1982, p. 211, note 5] évoque Hume et Smith qui, selon lui, se référaient avec insistance à ces règles, lorsqu'ils parlaient de « règles de justice ». En revanche, dans ce passage, Hayek ne reprend pas à son compte l'argument plus connu de Smith sur la propension naturelle de l'homme au troc ou à l'échange.

de toutes les fins poursuivies, elles ne peuvent pas fixer ce que les individus doivent faire, mais seulement ce qu'ils doivent ne pas faire. Elles posent simplement les principes déterminant le domaine protégé de chacun, domaine sur lequel chacun doit pouvoir compter pour prendre ses décisions et sur lequel personne ne doit empiéter. Ces règles abstraites de juste conduite concernent essentiellement le respect de la propriété, la réparation des dommages et l'exécution des contrats.

En revanche, les règles abstraites de juste conduite ne peuvent garantir les prix auxquels les transactions doivent se dérouler, car elles y perdraient leur caractère universel : par exemple, garantir un prix de vente ou un prix d'achat serait imposer une obligation qui ne pèserait que sur une partie des individus (les acheteurs dans le premier cas, les vendeurs dans le second cas) ; par ailleurs une telle règle fausserait le « signal » émis par le marché à travers le prix, dont nul ne peut maîtriser l'évolution et qui ne facilite la coordination des activités humaines que s'il résulte uniquement de l'interaction (involontaire) des innombrables décisions prises par les acteurs du marché.

En conséquence, les règles abstraites de juste conduite ne peuvent donc déterminer des résultats particuliers pour les individus, mais seulement de favoriser les chances offertes à tous. L'ordre du marché n'en devient pas pour autant méritocratique (la récompense des efforts faits n'est pas garantie) et ne peut même pas assurer à tous une réelle égalité des chances : « tout individu, conclut Hayek [1982, p. 152] sera fondé en justice 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 ».

La discipline rigoureuse des règles abstraites de juste conduite définit donc la conception hayékienne de la justice en société²³, directement issue de la confiance mise dans le rôle du marché comme lieu de coordination décentralisée des activités humaines. Sen peut accepter sans doute un tel rôle pour le marché, mais il n'est pas question pour lui de le protéger et de le « sanctuariser » par une ceinture protectrice du type « règles abstraites de juste conduite ». Bien au contraire, il va même examiner la nature des libertés que le marché est censé mettre en œuvre, car elles ne garantissent pas forcément à ses yeux la qualité des accords de volontés dont le marché devrait être le siège.

3.2 / Le marché senien, comme siège d'accords de volontés à examiner

La lecture de *The Idea of Justice* révèle une surprise que confirme l'index thématique : le thème du marché, en tant que tel, ne semble faire l'objet d'aucune considération particulière de la part de Sen, ce qui pourrait vouloir dire que la notion de marché n'a pas sa place ou ne joue aucun rôle important dans la formulation la plus récente de sa conception de la justice. Cette interprétation n'est sans doute pas fautive, mais doit être complétée par quelques précisions révélatrices sur le cheminement antérieur de Sen à l'égard du marché, notion sur laquelle il s'est bien entendu exprimé.

Quelques dix ans auparavant, c'est dans *Development as Freedom* (Sen [1999, p. 6]) que l'on trouve le passage suivant :

« Etre opposé de manière générique aux marchés, ce serait presque aussi bizarre (*odd*) qu'être opposé de manière générique aux conversations entre les gens... La liberté d'échanger des paroles, ou des

²³ Comme on le sait, Hayek refuse l'expression « justice sociale » qui constitue à ses yeux un « mirage », car elle entretient l'illusion que l'on pourrait corriger de manière volontariste l'ordre spontané du marché et que des responsables des injustices puissent être identifiés (sur ce point, voir Gamel [2013, p. 74-75]). En revanche, les règles de juste conduite définissent bien la conception hayékienne de la justice en société, dont la portée exacte est encore à préciser (voir *infra* 4.1).

biens, ou des cadeaux, n'a pas besoin de justification pour être défendue, du fait des effets favorables mais lointains de ces échanges ; ils font partie de la manière dont les êtres humains en société vivent et interagissent les uns avec les autres (sauf empêchement par réglementation ou décret) ».

Autrement dit, Sen est bien tout à fait favorable aux échanges marchands, car il s'agit pour lui d'un phénomène allant de soi et l'argument de Sen n'est pas ici très éloigné de la thèse de Smith sur la propension au troc ou à l'échange propre à la nature humaine.

Si l'échange marchand fait bien partie des évidences qu'il n'est nul besoin de justifier, Sen prend toutefois bien soin de le replacer parmi d'autres formes d'échanges qui, quel que soit leur objet, met en jeu une notion beaucoup plus fondamentale. En effet, dans le même passage, Sen [1999, p. 6] poursuit de la manière suivante : « La contribution du mécanisme du marché à la croissance économique est bien sûr importante, mais elle n'intervient qu'après qu'a été reconnue la portée directe de la liberté d'échanger – des paroles, des biens, des cadeaux - ». C'est donc bien la liberté d'échanger, plus que le marché lui-même, qui compte aux yeux de Sen et cette liberté d'échanger doit être l'objet d'un examen attentif, car elle conditionne la qualité de l'accord de volontés qui est censé en résulter. Autrement dit, en privilégiant la liberté plus que le marché, Sen expose un libéralisme exigeant, dans lequel le rôle du marché n'occupe pas le premier rang.

C'est en tout cas ce que suggère un article de Sen remontant à 1993 au titre explicite : « Marchés et libertés : performances et limites du mécanisme marchand pour la promotion des libertés individuelles ». Dans ce texte peu connu, Sen regrette d'abord que la théorie économique dominante évalue les marchés concurrentiels uniquement selon leur capacité à promouvoir le bien-être individuel²⁴. Par ailleurs, il n'adhère pas non plus à la « rhétorique » de principe selon laquelle le système du marché rendrait *de facto* les gens « libres de choisir », selon le titre d'un célèbre ouvrage de Milton et Rose Friedman [1980]²⁵. En conséquence, Sen se propose d'explorer une sorte de « troisième voie » : d'une part, s'il existe des liens entre bien-être et libertés, encore faut-il les étudier en tant que tels, et d'autre part, si le marché promeut la liberté individuelle, encore faut-il examiner ce que recouvre exactement cette liberté. En substance, son argumentation tient en quatre points principaux :

- La liberté comporte au moins deux volets importants, la liberté en tant que « possibilité » (*opportunity*) et la liberté en tant que « processus » (*process*). « Tout d'abord la liberté nous donne la possibilité d'atteindre nos objectifs – c'est à-dire toute chose que nous avons des raisons de valoriser. Le volet opportunité de la liberté est donc lié à notre réelle « capacité » (*capability*) de les atteindre. Il dépend de nos possibilités effectives d'accomplir des choses auxquelles nous pouvons accorder et accordons en fait de la valeur (peu importe le processus par lequel nous y parvenons) » (Sen [1993, p. 522]). En second lieu, la liberté concerne aussi la procédure de décision et implique de vérifier l'autonomie réelle de l'individu dans ses choix et l'absence d'interférence d'autrui (peu importe si ces deux caractéristiques renforcent ou non les moyens de réaliser nos objectifs) ; et Sen de citer un passage de *La constitution de la liberté* de Hayek [1960] illustrant le soutien complet et plutôt radical de ce dernier à la « liberté-processus »²⁶. Par

²⁴ Par exemple, à travers les deux « théorèmes fondamentaux » de l'économie du bien-être, qui exploitent la notion d'optimalité de Pareto et une conception ordinaire de l'utilité.

²⁵ Friedman Milton et Friedman Rose [1980], *Free to Choose*, Londres, Secker and Warburg, cité par Sen [1993, p. 519].

²⁶ « ... l'importance pour nous d'être libre de faire quelque chose de particulier n'a rien à voir avec la question de savoir si nous-mêmes ou la majorité des gens utiliseront un jour cette possibilité... On pourrait même affirmer que moins l'éventualité de faire usage de cette liberté est probable, plus elle sera précieuse pour l'ensemble de la société. Moins cette éventualité est probable, plus il sera grave, lorsque cette éventualité se produit, de ne pas

ailleurs, Sen reconnaît que, dans la distinction classique de Berlin [1969] entre « liberté positive » et « liberté négative », l'absence d'interférence d'autrui relève du second terme de cette distinction, même si, à ses yeux, Berlin en formule une définition extensive qui va bien au-delà : par exemple, pauvreté et famine, lorsqu'elles résultent d'une demande insuffisante des employeurs sur le marché du travail, pourraient être considérées comme une violation de cette liberté négative, alors que, pour Sen, cette situation relève manifestement de ce qu'il appelle la « liberté-possibilité »²⁷.

- Une fois le clivage essentiel entre « processus » et « possibilité » établi, la question de fond pour Sen est alors de savoir si le marché renforce ou non ces deux aspects de la liberté ; s'agissant d'abord de la « liberté-processus », Sen admet volontiers que le mécanisme du marché intervient tant dans l'autonomie de décision des agents que dans l'immunité vis-à-vis de l'empiètement d'autrui. « Sur un marché concurrentiel, écrit-il [1993, p. 527], les leviers de décision et de contrôle sont dans les mains des individus concernés et en l'absence de types particuliers d'externalités (entraînant le contrôle des décisions), ils sont laissés libres d'utiliser ces leviers comme ils choisissent de le faire. Ainsi, l'autonomie de décision comme l'immunité vis-à-vis de l'empiètement d'autrui sont constitutives du mécanisme du marché concurrentiel sans externalités ».
- Cependant, la question cruciale pour Sen concerne la compatibilité du marché avec le renforcement de la « liberté-possibilité ». Il souligne d'abord un double problème spécifique lié à l'évaluation de cet aspect de la liberté : d'une part, il s'agit de tenir compte des valeurs propres de la personne concernée pour juger de sa « liberté-possibilité », car les préférences des individus ne sont pas uniquement conditionnées par la poursuite de l'intérêt personnel ; mais, d'autre part, on n'est jamais certain que l'adjonction d'une option supplémentaire, même conforme à ses valeurs, augmentera la « liberté-possibilité » de l'individu, si celui-ci considère raisonnablement que cette option ne lui permet pas de faire mieux. Dans ces conditions, l'espace dans lequel on devra évaluer l'aptitude des marchés concurrentiels à soutenir la liberté-possibilité sera bien celui des « capacités » (au sens éventail de tous les possibles) à obtenir les résultats que l'individu valorise (et non simplement celui de son bien-être actuel, de ses seules préférences présentes ou des biens qu'il détient). Mais, compte tenu de l'incertitude de fond sur la manière dont l'individu estime sa liberté-possibilité, il n'est jamais sûr que les opportunités offertes par le mécanisme du marché lui permettent de faire mieux, quel que soit par ailleurs l'espace dans lequel on évalue cette liberté. Et Sen [*Ibid.*, p. 535] de conclure : « les équilibres de marchés concurrentiels sont faiblement efficaces du point de vue des libertés-possibilités, qu'elles soient évaluées en termes de capacités ou en termes de biens détenus ».
- Si l'adoption de l'optique des libertés-possibilités (de préférence à celle des bien-être) ne remet pas donc pas en cause la prétention du mécanisme du marché concurrentiel à être efficace, en revanche la question de l'inégalité entre individus des « libertés-possibilités » n'a pas été abordée. Cette question se pose dans tous les cas, que l'on évalue le résultat du marché en termes de bien-être et de biens

pouvoir disposer de cette liberté, car l'expérience qu'elle offre sera à peu près unique » (Hayek [1960, p. 31], cité par Sen [1993, p. 523]). Aux yeux de Sen, le paradoxe souligné par Hayek entre la liberté de faire quelque chose et la faible probabilité d'en faire usage illustre bien l'aspect « processus » de la liberté.

²⁷ Corrélativement, Sen souligne que, comparée à la « liberté-possibilité » telle qu'il la définit, la conception de la « liberté positive » de Berlin est plus réduite, puisqu'elle ne concernerait que la possibilité de surmonter les blocages (psychologiques) propres à la personne concernée et non ceux imposés par son environnement.

détenus ou qu'on le fasse en termes de libertés-possibilités et de capacités. Or, dans cette dernière éventualité, le problème peut même être accentué car, comme le montrent les études sur la pauvreté, il existe souvent un double défi à surmonter, celui de l'aptitude à gagner un revenu (repéré par les études classiques en la matière) et celui de l'aptitude à utiliser ce revenu (prise en compte en plus dans les études en termes de capacités). Pour Sen [*Ibid.*, p. 536] :

« La relation entre ces deux facettes de la pauvreté suggère donc que l'inégalité interpersonnelle de revenu comme résultat du marché pourrait avoir tendance à être amplifiée par son couplage avec les handicaps à convertir des revenus en capacités. [L'adoption de la perspective des libertés-possibilités] peut rendre les résultats en termes de répartition encore plus problématiques ».

Au total, la comparaison des analyses de Hayek et de Sen sur la question du marché est donc ambivalente : les deux auteurs convergent sur l'évaluation du marché en termes de libertés individuelles et leur accord va même jusqu'à admettre l'aptitude du marché concurrentiel à respecter une forme de « liberté négative » (l'absence d'interférence d'autrui) que Sen intègre dans ce qu'il appelle la « liberté-processus ». On peut donc considérer que leur positionnement libéral est en partie commun. Mais c'est évidemment sur l'autre volet de la conception de Sen - la « liberté-possibilité » - que les auteurs divergent, car elle correspond à une conception extensive de la liberté positive que Hayek rejette²⁸ : là où celui-ci considère que le marché concurrentiel joue tout son rôle comme lieu essentiel d'expression de la liberté négative lorsqu'il est encadré par les règles abstraites de juste conduite, Sen souligne l'incapacité du marché à prendre en charge cette conception bien plus ambitieuse de la liberté positive qui, formulée en termes de capacités, aggrave même le problème des inégalités qu'il convient à ses yeux de traiter.

La divergence entre les deux auteurs sur le rôle du marché est donc déjà très sensible, mais elle reste encore mineure, lorsqu'on la compare à celle qui va surgir, en marge du marché, sur l'environnement juridique dans lequel il convient d'insérer les échanges marchands. En effet, la divergence entre Hayek et Sen prend une toute autre ampleur sur la question de l'octroi de droits économiques et sociaux aux individus, question à propos de laquelle, fort logiquement, l'opposition entre les deux auteurs se révèle frontale.

4 / L'opposition frontale sur les droits économiques et sociaux

Si Hayek et Sen sont économistes de formation, ils partagent aussi un autre point commun, leur culture transdisciplinaire qu'ils mettent au service de leur conception respective de la justice en société. Plus précisément, ils ont été conduits à développer deux philosophies du droit, qui ne sont d'ailleurs pas complètement incompatibles : sur la question des droits civils et politiques à accorder aux individus, leur libéralisme foncier les amène à des conceptions très proches, si ce n'est identiques. En revanche, c'est sur la question dite des droits de « seconde génération » - les droits économiques et sociaux - que va se cristalliser leur opposition, conséquence de leur divergence en amont sur la question de la justice en société : pour Hayek ces droits économiques et sociaux ne sont au mieux qu'un facteur

²⁸ A noter cependant que Hayek a défendu, dès 1946 (*La route de la servitude*) et tout au long de son œuvre ultérieure, le principe d'un revenu minimum garanti, c'est-à-dire l'idée qu'« un minimum de ressources soit fourni hors marché à tous ceux qui, pour une raison quelconque, sont incapables de gagner sur le marché de quoi subsister » (Hayek [1982, p. 105]). En d'autres termes Hayek, défenseur intransigeant de ce que Sen appelle la « liberté-processus », déroge, semble-t-il, à sa position de principe, en acceptant cette incursion minimaliste dans le champ de la « liberté-possibilité ». Pour une analyse de la question du revenu minimum chez Hayek, voir Gamel [2000, p. 97-106].

purement illusoire de mutation d'une société libérale, alors que pour Sen il s'agit d'une source somme toute plausible de son évolution.

4.1 / Les droits économiques et sociaux, facteur « illusoire » de mutation selon Hayek

Le volet juridique de la pensée de Hayek a déjà été implicitement abordé par le biais des « règles abstraites de juste conduite », dont on a souligné le rôle clé dans la dialectique entre « ordre social spontané » (dont le marché fait partie) et « organisations » (voir *supra* 3.1). Il nous suffit d'approfondir quelque peu la place de ces règles dans sa conception d'ensemble du droit, pour mieux comprendre la virulence de la critique de Hayek à l'égard des droits économiques et sociaux.

Dans l'ordre social spontané que personne ne maîtrise, seules sont à la portée de la connaissance humaine les règles abstraites de juste conduite et c'est surtout le juge civil qui perfectionne par ses décisions, susceptibles de faire jurisprudence, la panoplie des règles déjà disponibles ; inversement une règle existante peut tomber en désuétude si les juges ne l'appliquent plus. La jurisprudence, en perpétuelle évolution, constitue ainsi 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 que se donnent l'Etat et les collectivités publiques (« *taxis* ») pour le bon fonctionnement de leurs administrations (lois de finances, par exemple)²⁹.

Ainsi la dialectique hayékienne d'ensemble 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, à savoir l'érosion du droit par la législation, qui aboutirait à faire de tout l'ordre social une « organisation » non respectueuse de la liberté des individus. Dans ce contexte, l'aspiration à la justice sociale, c'est à dire la notion de justice appliquée à toute la société, est un puissant vecteur de transmutation de l'ordre social en organisation, mais, selon Hayek, cette mutation ne peut être que source de désillusions car, à une telle échelle, l'ordre social reste fondamentalement spontané et non maîtrisable. Hayek [1982] développe en détails l'argumentation sur « le mirage de la justice sociale » dans le chapitre 9 « Justice sociale ou distributive » et c'est dans un appendice de sept pages à ce chapitre (« Justice et droits individuels »)³⁰ qu'il aborde la question des droits économiques et sociaux qui nous intéresse ici.

« Pour passer de la conception essentiellement négative de la justice définie par des règles de juste conduite [l'absence d'interférence d'autrui] à une conception "positive" qui fait

²⁹ Dans une démocratie libérale au sens de Hayek, le parlement (dit « assemblée gouvernementale ») vote donc la loi en ce sens précis et limité et le gouvernement (pouvoir exécutif) l'applique à son administration, l'ensemble constituant une « organisation » particulière, celle de l'Etat, l'organisation de toute autre collectivité publique étant calquée sur un modèle analogue. Les juges (pouvoir judiciaire) sont, quant à eux, en charge du droit (« règles abstraites de juste conduite ») régissant les rapports entre individus et organisations au sein de l'ordre social spontané. Comme ils ne sont pas plus omniscients que quiconque, la mise au point jurisprudentielle de ces règles est un processus lent et erratique où les juges procèdent par expérimentations, erreurs et tâtonnements. Pour cette raison, le droit issu de la pratique des juges peut le cas échéant être rectifié par (et inclus dans) la législation (voir Hayek [1980, p. 106-108]). En ce cas, il revient à une autre assemblée (dite « législative ») de faire ce travail de rectification et d'inclusion et il incombe à une Cour constitutionnelle, organe indépendant d'arbitrage, de distinguer en permanence ce qui relève du droit fondamental de ce qui relève de la législation courante (voir Hayek [1983, p. 129-147]).

³⁰ En note de fin de volume (Hayek [1982, p. 210]), il est indiqué que cet appendice a été publié dès 1966, comme article dans un hebdomadaire norvégien (*Farmand*).

un devoir à la "société" de pourvoir les individus de choses déterminées, l'on procède souvent, remarque en préambule Hayek [1982, p. 121], en mettant l'accent sur les *droits* des individus ». Or sa conception des règles de juste conduite ne crée de droits correspondant pour les individus que sous certaines conditions :

- D'une part, les règles de justice sont source de droits individuels que parce qu'elles délimitent des domaines qui peuvent être expressément protégés (par exemple, le droit de propriété) : l'individu a alors une créance en justice à l'égard du gouvernement, tenu de faire en sorte que son droit soit respecté [*Ibid.*, p. 121].
- D'autre part, cette créance en justice ne peut être honorée que pour autant qu'elle crée une obligation pour une entité (personne ou organisation) tenue d'agir (par exemple, respect d'un engagement volontairement souscrit) ;

Par ailleurs, à côté du droit issu directement des règles de juste conduite, la contrepartie du financement obligatoire par l'impôt de cette organisation particulière qu'est le gouvernement crée des droits politiques. Ces droits peuvent ouvrir des créances en justice sur des parts dans les services produits par le gouvernement, mais ces créances ne sont ouvertes, comme dans le cas des règles de juste conduite, que si elles peuvent être fournies également à tous (par exemple, le service d'ordre public).

L'ensemble de ces droits civils et politiques, dans la mesure où les pouvoirs des gouvernements ne sont pas illimités, ne peuvent pas engendrer, à la charge de ces derniers, un devoir de réaliser un certain état de choses. « Ce que nous pouvons exiger, c'est que dans la mesure où le pouvoir agit, il agisse justement », conclut Hayek [*Ibid.*, p. 123]. Cette justice de type « procédural » ne détermine évidemment en rien la situation matérielle particulière des divers individus et groupes.

Or c'est précisément ce que de nouveaux droits économiques et sociaux semblent viser en créant « des créances sur des avantages particuliers auxquels tout être humain est, en tant que tel, supposé avoir droit » [*Ibid.*, p. 123]. Comme précédemment, ces nouveaux droits devraient préciser sur qui (individu ou organisation) pèse l'obligation de fournir ces avantages et comment ils devront être produits. Faute de la moindre indication en la matière, ces droits économiques et sociaux correspondraient à des créances sur la société dans son ensemble, ce qui est « manifestement absurde » aux yeux de Hayek [*Ibid.*, p. 124], « puisque "la société" ne peut penser, agir, évaluer, ni "traiter" quiconque d'une manière ou d'une autre ».

Hayek souligne alors que pour répondre à de telles exigences, la seule solution serait que « l'ordre spontané que nous nommons société » devienne une « organisation délibérément dirigée » ; mais, en ce cas, les individus sur le marché n'auraient plus la faculté d'utiliser ce qu'ils savent pour parvenir à leurs propres objectifs, mais devraient exécuter le plan dressé par les dirigeants de la société en fonction des besoins prioritaires qu'ils comptent satisfaire par l'octroi de ces nouveaux droits. « De cela il découle, conclut Hayek [*Ibid.*, p. 124], que les anciens droits civils et les nouveaux droits sociaux et économiques ne peuvent être assurés en même temps et sont en fait incompatibles : les nouveaux droits ne pourraient être traduits dans les lois contraignantes sans du même coup détruire l'ordre de liberté auquel tendent les droits civils traditionnels ».

Dans le reste de l'appendice, Hayek précise et illustre son analyse ; il souligne notamment que l'émergence des droits économiques et sociaux remonte au discours de F.D. Roosevelt en 1941 sur les « quatre libertés »³¹, mais que ces nouveaux droits ont été détaillés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de l'O.N.U. en 1948 : par exemple, le « droit au travail » (article 23) impliquant notamment des conditions de travail et une

³¹ Il s'agit respectivement des libertés d'expression (*freedom of speech*), de culte (*freedom of worship*), de vivre à l'abri du besoin (*freedom from want*) et à l'abri de la crainte (*freedom from fear*). Alors que les deux premières relèvent des droits civils et politiques traditionnels d'une société libérale, les deux dernières illustrent aux yeux de Hayek les nouveaux droits économiques et sociaux.

rémunération « équitables et satisfaisantes », suppose de considérer la société comme une organisation délibérément constituée dans laquelle tout le monde a son emploi, ce qui, par définition, ne peut être garanti de manière universelle par les règles abstraites de juste conduite encadrant le jeu du marché³².

Ainsi les droits économiques et sociaux ne semblent-ils pas échapper à une alternative fondamentale : ou bien ils sont réellement appliqués et mettent en cause les fondements mêmes de l'ordre social libéral, ou bien ils sont seulement proclamés sans être appliqués, auquel cas ils entretiennent des « illusions » (Hayek [1982, p. 127]), source à terme de profonds malaises au sein de la société concernée³³. Telle n'est pas du tout, on l'a compris, la conception de Sen, qui ne se situe dans aucun des termes de l'alternative précédente pour considérer, au contraire, que les droits économiques et sociaux sont une source « plausible » d'évolution de la société vers un libéralisme susceptible d'être ainsi mieux accepté.

4.2 / Les droits économiques et sociaux, source « plausible » d'évolution selon Sen

La position de Sen sur la question précise des droits économiques et sociaux résulte, comme dans le cas de Hayek, d'une réflexion plus large, en l'occurrence sur la nature des droits de l'homme³⁴, leur fonction dans l'évolution du système juridique et, au-delà, de la société elle-même. Bien que dispersée entre plusieurs textes antérieurs³⁵, cette réflexion est reformulée dans le chapitre 17 « Droits humains et impératifs mondiaux » de *The Idea of Justice* et comporte cinq étapes principales :

- Contrairement à ce que l'on pourrait croire, les droits de l'homme n'impliquent pas forcément des droits légaux inclus dans la loi ou protégés par la jurisprudence, mais sont d'abord et avant tout des énoncés éthiques forts sur ce qu'il conviendrait de faire. « [Les déclarations en la matière] exigent que certains impératifs soient admis et disent qu'il faut agir pour concrétiser les libertés reconnues à travers ces droits » (Sen [2009, p. 357-358]). Bien évidemment au 18^{ème} siècle, à l'époque des déclarations des droits de l'homme américaine et française, comme de nos jours, la force des exigences exprimées résulte, autant que possible, d'un examen critique et d'un débat public.
- Les droits de l'homme, et les déclarations dont ils font l'objet, incitent donc à prendre l'initiative de législations nouvelles et ont de fait servi à élaborer des règles juridiques ayant force de loi, mais, insiste Sen [*Ibid.*, p. 364], « les moyens de faire progresser l'éthique des droits de l'homme ne saurait se réduire à la seule élaboration de nouvelles lois (même si parfois légiférer peut se révéler être la

³² En outre, cet exemple illustre bien le fait que, pour Hayek [1982, p. 124], « [la déclaration de 1948] est ouvertement une tentative pour fusionner les droits de la tradition libérale occidentale avec la conception entièrement différente dérivée de la Révolution marxiste russe ».

³³ A noter toutefois que, si la voie « illusoire » des droits économiques et sociaux est ainsi rejetée par Hayek pour leur incompatibilité avec l'ordre social spontané, les objectifs qui leur sont assignés (par exemple en matière de travail ou d'opportunités offertes aux individus) ne le sont pas forcément et pourraient de fait être atteints par la voie « procédurale » des règles abstraites de juste conduite. Celles-ci étant identiques et appliquées de manière impartiale et anonyme à un nombre inconnu de personnes et de cas, « la bonne société, c'est celle où les chances de tout membre pris au hasard sont vraisemblablement aussi grandes que possible », soutient notamment Hayek [1982, p. 159].

³⁴ A l'expression « droits humains » inspirée de l'anglais, nous préférons celle classique de « droits de l'homme », compte tenu du double sens en français du mot « homme », certes « individu de sexe masculin », mais d'abord et avant tout « être humain », homme ou femme. La notion même de « droits de l'homme », comme le contexte dans lequel nous l'employons, renvoie sans ambiguïté à ce dernier sens.

³⁵ Voir notamment Sen [1982] et Sen [2004], ce dernier article fournissant de plus l'armature du chapitre 17 de Sen [2009].

bonne solution) ». La vigilance des acteurs sociaux et les actions militantes d'ONG type *Amnesty International* peuvent aussi contribuer à l'application effective de droits de l'homme reconnus.

- Les modalités les plus adéquates à retenir dépendent de la nature des droits de l'homme en question. L'inclusion d'une liberté dans le cadre des droits de l'homme doit d'abord satisfaire des « conditions minimales » qui portent sur la valeur de cette liberté et sur la possibilité d'influencer sa concrétisation. Et Sen de s'interroger notamment sur la liberté déjà évoquée (voir *supra* note 31) de vivre à l'abri de la crainte (*freedom from fear*) ; le fondement de cette crainte est à examiner de près, de même que les contingences qu'impliquerait la garantie d'une telle liberté (protection contre le terrorisme, par exemple).
- Une fois ces conditions minimales vérifiées, la prise en charge d'un droit de l'homme particulier dépend encore des dimensions de « liberté-processus » et de « liberté-possibilité » qu'il incorpore (voir *supra* 3.2). Le non-respect de la dimension « processus » peut être plus aisément sanctionné par la loi (entrave à la liberté d'expression, par exemple), tandis que sa dimension « possibilité » (accès à des moyens d'expression) doit être examinée selon l'approche senienne des « capacités » et peut impliquer le recours à d'autres moyens que juridiques.
- Enfin, le respect d'un droit de l'homme peut impliquer le *devoir* pour tout citoyen d'agir en sa faveur si le contexte s'y prête (« obligation parfaite » en cas d'assistance à personne en danger, par exemple), ou peut simplement donner à l'individu une *raison* d'agir, à considérer en fonction de l'efficacité supposée de son action ou de ses propres priorités et convictions (« obligations imparfaites » au contenu variable, forcément plus ambigu).

Bien que trop bref, notre résumé de la conception d'ensemble de Sen sur les droits de l'homme permet néanmoins de mieux cerner la place qu'y occupent les droits économiques et sociaux. Sen commence par souligner la « grande rupture » (*big departure*) que représente la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 par rapport aux textes antérieurs. Il s'agit donc là d'un point d'accord avec Hayek, mais l'interprétation de cette rupture va être tout à fait opposée : les critiques à l'encontre de ce texte novateur sont aisément surmontables, selon Sen, dans le cadre de sa conception éthique - et non strictement juridique - des droits de l'homme.

La déclaration de 1948 non seulement inclut une série de nouveaux droits économiques et sociaux dans ses articles 23 à 28 (droit au travail, droit au repos et aux loisirs, droit à l'éducation, droit à un niveau de vie suffisant,...), mais le fait qu'elle émane de l'O.N.U. se répercute non seulement sur les Etats pris séparément, mais aussi au plan international et même mondial. A ces deux niveaux apparaît un certain nombre d'« obligations imparfaites », notamment dans le cadre de l'aide au développement des pays les moins avancés. Alors que la portée d'une telle extension est souvent critiquée pour son irréalisme compte tenu du cynisme des relations internationales, Sen y voit un puissant stimulant à agir, pour les Etats comme pour les organismes publics internationaux et les ONG. Une telle stimulation est en outre parfaitement en phase avec son approche par les « capacités » : « L'inclusion de droits de seconde génération permet d'intégrer les problèmes éthiques qui sous-tendent les grandes idées sur le développement de la planète avec les exigences de la démocratie délibérative ; les uns et les autres sont liés aux droits de l'homme et aussi très souvent à une prise de conscience de faire progresser les capacités humaines » (Sen [2009, p. 381]).

Toutefois, c'est sur leur viabilité au sein même des Etats que se concentre l'essentiel des objections à l'encontre des droits économiques et sociaux et Sen s'efforce de répondre à

deux objections classiques en la matière, la « critique de l'institutionnalisation » et la « critique de la faisabilité ».

En ce qui concerne la première, elle était déjà exposée à sa manière par Hayek, mais Sen [2009, p. 382] s'appuie sur la formulation plus récente qu'en donne la philosophe britannique Onora O'Neill [1996] : les droits économiques et sociaux engendrent des créances pour les individus concernés, sans que soit forcément précisé sur qui porte les obligations de les faire respecter ; il ne suffit pas de dire qu'ils *peuvent* être institutionnalisés alors qu'ils *doivent* l'être, faute de quoi ces droits n'existent pas³⁶. Dans l'esprit de Sen, une telle critique ne porte que sur une voie idéale d'application des droits économiques et sociaux, conforme à une conception strictement juridique des droits de l'homme. Or le plus souvent ces droits ne créeront que des « obligations imparfaites » (campagne d'opinion pour une nouvelle législation, par exemple), car c'est « l'importance éthique de ces droits qui donne de bonnes raisons pour tenter de les concrétiser, par la pression qu'ils exercent pour des changements dans les institutions comme dans les comportements sociaux, ou par leur contribution directe à ces changements » (Sen [2009, p. 383]).

La « critique de la faisabilité », quant à elle, met en doute directement le caractère réalisable des droits économiques et sociaux, même en y consacrant d'immenses moyens (y compris institutionnels). Sen évoque l'analyse d'un autre philosophe anglais de la fin du 20^{ème} siècle, Maurice Cranston, qui s'interroge notamment sur leur applicabilité dans les Etats de la planète où l'industrialisation commence à peine³⁷. Sen désamorce la critique en deux temps :

- D'une part, la cohérence de ces droits ne suppose pas, comme on le croit, leur complète réalisation pour tous les individus, auquel cas ce serait l'ensemble des droits de l'homme qui serait remis en cause, y compris les droits civils et politiques de « première génération », comme, par exemple, le droit à la tranquillité garanti à chacun. Même dans ce dernier cas, « nous ne pouvons pas empêcher qu'il y ait un meurtre ici ou là tous les deux jours » (Sen [2009, p. 384]).
- D'autre part, si on refuse de considérer un droit économique et social au motif qu'il n'est entièrement réalisable, la conception éthique des droits de l'homme que défend Sen implique qu'il demeure un droit qui demande à être défendu, car « la non-concrétisation d'un droit déclaré n'en fait pas un non-droit » [*Ibid.*, p. 384].

En d'autres termes, entre droits de « première » et de « deuxième génération », il semble exister, en termes de faisabilité, plus une différence de degré qu'une véritable différence de nature et Sen [*Ibid.*, p. 385] de conclure : « L'exclusion des droits économiques et sociaux du saint des saints des droits de l'homme, pour en réserver l'espace à la liberté et aux autres droits de première génération, revient à tracer dans le sable une limite qu'il est bien difficile de maintenir. »

En fin de compte, à « l'illusion » qu'entretient, non sans risque pour la société libérale, la proclamation de droits économiques et sociaux selon Hayek, s'oppose ainsi, selon Sen [2009, p. 379], la « plausibilité » de ces droits susceptibles de faire évoluer la société vers une

³⁶ « Certains avocats des droits économiques, sociaux et culturels universels se contentent de souligner qu'ils *peuvent* être institutionnalisés, ce qui est vrai. Mais notre point de divergence, c'est qu'ils *doivent* être institutionnalisés : s'ils ne le sont pas, il n'y pas de droits » (O'Neill [1996, p. 131-132], *Towards Justice and Virtue*, Cambridge, Cambridge University Press, cité par Sen [2009, p. 382]).

³⁷ « Comment peut-on raisonnablement demander aux gouvernements des régions de l'Asie, de l'Afrique et de l'Amérique du Sud où l'industrialisation commence à peine, d'assurer la sécurité sociale et les congés payés aux millions de personnes qui y habitent et qui se multiplient si prestement ? » (Cranston [1983, p. 13], "Are There Any Human Rights ?", *Daedalus*, automne, p. 1-18, cité par Sen [2009, p. 384]). À noter que Hayek [1982, p. 211], dans son appendice sur « Justice et droits individuels » (voir *supra* 4.1), cite aussi Cranston en note de bas de page, mais en exploite des références plus anciennes de 1955 et 1967.

forme éthiquement supérieurement de libéralisme. A ce dernier stade de notre analyse, la divergence est complète, entre « règles hayékiennes de juste conduite », témoignage précieux d'une jurisprudence à protéger, et « systèmes de droits-butts » (*goal rights systems*) considérés par Sen [1982, p. 15-19] comme des objectifs futurs à réaliser dans l'optique de l'amélioration d'ensemble des capacités des individus.

Plus généralement, il est temps pour nous d'examiner l'impact, sur la réflexion en matière de libéralisme, de la divergence croissante des positions de Hayek et de Sen, réflexion à laquelle l'un et l'autre ont largement contribué. Dans cette perspective, une réévaluation du contractualisme de Rawls, que l'un et l'autre ont rejeté, nous semble *in fine* indispensable.

5 / Conclusion générale : le contractualisme de Rawls *a contrario* réévalué

Le libéralisme est un courant de pensée important, dont on est en droit d'attendre une cohérence minimale. Or, à cet égard, la diversité des positions atteint, avec Hayek et Sen, un point limite : c'est moins, nous semble-t-il, la preuve de la richesse séduisante de débats internes sur la question de la justice sociale, que l'illustration d'une forte hétérogénéité révélatrice d'un malaise persistant de la pensée libérale sur ce sujet. Quant à l'origine de cette hétérogénéité, elle est à rechercher, à notre avis, dans la malléabilité de ces deux approches foncièrement pragmatiques du libéralisme (5.1). Cette malléabilité plaide *a contrario* en faveur du contractualisme de Rawls, qui fournit au libéralisme contemporain une perspective qu'à notre sens seule cette approche non pragmatique permet d'ouvrir (5.2).

5.1. La malléabilité des approches pragmatiques du libéralisme

Ce que nous avons en effet essayé de souligner, c'est que Hayek et Sen sont bien l'un et l'autre des auteurs libéraux, au sens où ils accordent la plus grande attention à un certain nombre d'éléments caractéristiques d'une réflexion libérale, que nous avons considérés comme autant de « marqueurs » communs de leur libéralisme. Le problème est venu progressivement du fait que, derrière chacun de ces éléments, les deux auteurs ne mettent en réalité pas vraiment la même chose - et c'est là un euphémisme - : l'œuvre d'Adam Smith fait l'objet d'emprunts nettement disjoints - la « grande société » pour Hayek, le « spectateur impartial » pour Sen -, le marché concurrentiel est un lieu essentiel d'expression de la liberté, suffisant pour la conception négative qu'en défend Hayek (absence d'interférence d'autrui), mais largement insuffisant pour la conception positive qu'en propose Sen (développement des capacités), les droits économiques et sociaux sont un risque majeur pour la conception libérale de la justice en société que formule Hayek (règles abstraites de juste conduite), alors qu'ils sont un espoir pour celle que propose Sen (vecteurs de réduction des injustices).

En soi, ces résultats divergents ne sont pas une surprise, car les points de vue d'auteurs revendiquant leur libéralisme sont souvent vifs dans l'histoire de ce courant de pensée et nos deux auteurs n'échappent pas à la règle. Ce qui l'est moins et ce qui est plus gênant, c'est que Hayek et Sen ont une stature imposante dans le débat contemporain, largement fondée, comme nous l'avons rappelé en introduction, sur la force de leur paradigme respectif, « évolutionnisme » et « comparatisme ». Or ces paradigmes ne sont pas si éloignés que cela puisqu'ils relèvent tous deux d'une approche fondamentalement pragmatique, justifiée par l'un comme par l'autre, par la complexité de la question de la justice sociale. En d'autres termes, comment, en dépit de leur relative proximité méthodologique, Hayek et Sen peuvent-ils aboutir à des résultats aussi divergents ? La réponse tient au fait que ce pragmatisme, en tant que recherche d'une action adaptée au réel, est orienté, on le sait, dans deux perspectives,

opposées, clairement « fataliste » pour Hayek et ouvertement « volontariste » pour Sen³⁸. Ce paradoxe révèle, à notre avis, un point faible de leur démarche respective, puisque le pragmatisme est en soi une méthode tellement malléable qu'il peut aboutir aux conclusions les plus diverses.

Une illustration supplémentaire de cette malléabilité est fournie par la réflexion stimulante sur « le socialisme après Hayek », que propose Burczak [2006], en s'inspirant de la pensée de Hayek et...de celle de Sen. Lorsqu'on examine de plus près cette réflexion, on s'aperçoit en effet que l'auteur s'efforce de combiner, ni plus ni moins, deux aspects très pragmatiques empruntés respectivement à chacun d'entre eux :

- De Hayek, Burczak retient sa critique d'une économie socialiste planifiée sur la question de la gestion centralisée de la connaissance pertinente ; il en déduit avec lui la supériorité de l'ordre spontané du marché, pour combiner de manière efficace les informations parcellaires et subjectives, dispersées entre les innombrables acteurs du marché, que ces derniers mobilisent pour prendre leurs décisions. Par contre, Burczak conteste la conception hayékienne des règles de juste conduite qui encadrent le jeu du marché, issues pour l'essentiel du processus jurisprudentiel animé par les juges.
- De Sen, il adopte son approche par les capacités, où il s'agit d'offrir aux gens les moyens de développer leurs capacités à adopter un mode de vie digne d'être choisi. Dans cette perspective, il convient de parvenir, par un processus plus « participatif » et « démocratique », à la mise au point d'un ensemble concret de règles encadrant le marché et reflétant si possible une vision partagée du bien commun ; ces règles devraient ainsi traduire une conception ambitieuse des droits individuels, notamment dans leur dimension économique et sociale.

Comme le résume Burczak [*Ibid.*, p. 15], l'objectif est bien « d'examiner dans quelle mesure la conception particulièrement profonde de la justice sociale développée séparément et ensemble par Nussbaum³⁹ et Sen peut affronter les problèmes de traitement de la connaissance soulevés par Hayek et dans quelle mesure cette conception pourrait soutenir et nourrir une vision du socialisme ». Nous ne discuterons pas ici de savoir si la tentative de Burczak relève bien du socialisme comme il l'affirme, ou encore du libéralisme, comme le sous-entend son essai d'hybridation de la pensée de deux auteurs à nos yeux tout à fait libéraux. En revanche, sa réflexion nous semble illustrer combien les pragmatismes de Hayek et de Sen peuvent être « instables », pouvant déboucher sur des conceptions de la justice sociale encore plus diverses que prévu.

Si, selon notre conjecture, c'est bien la « méthode » qui est en cause dans la malléabilité des conceptions libérales de Hayek et de Sen sur la justice sociale, alors c'est tout l'intérêt de se tourner vers une approche foncièrement non pragmatique pour tenter de fournir à la pensée libérale un meilleur « point fixe » en la matière. Or c'est bien l'un des reproches les plus fréquents fait au contractualisme de Rawls - son non pragmatisme - qui *a contrario* devient ainsi sa principale qualité.

Souvenons-nous en effet (voir *supra* 1) que Hayek et Sen ont rejeté l'un et l'autre le contractualisme rawlsien, soit par risque de dérive « constructiviste » (Hayek), soit en raison d'un « transcendantalisme » inutile (Sen). Pourtant, on pourrait rétrospectivement soutenir qu'un peu de constructivisme dans le cas de Hayek et un peu de transcendantalisme dans le

³⁸ Voir *supra* section 1 et le premier volet de notre étude [Gamel (2013)].

³⁹ Comme on le sait, Nussbaum est une philosophe américaine qui a développé l'approche par les capacités dans une optique plus ambitieuse que celle de Sen, en cherchant notamment à établir une liste de « capacités de base » (voir Nussbaum [2000]).

cas de Sen les auraient peut-être empêchés de parvenir, par confiance excessive dans le pragmatisme de leur démarche, à des points de vue aussi radicalement opposés. Plus précisément, ce que nous voudrions suggérer en conclusion, c'est que le retour vers le contractualisme de Rawls, - à la fois la méthode et les principes de justice - permet de dépasser avantageusement l'antagonisme entre Hayek et Sen.

Par comparaison d'abord avec le pragmatisme fataliste hayékien, la méthode du voile d'ignorance s'efforce, par l'impartialité de la réflexion qu'elle impose à chaque individu, de définir des principes de justice susceptibles de faire consensus. Or le premier principe d'« égales libertés », au sommet de la hiérarchie rawlsienne, concerne et valorise les droits civils et politiques de « première génération », dont Hayek souligne l'importance stratégique (et que Sen reconnaît également). Mais Rawls propose une version du libéralisme moins austère que celle de Hayek grâce au second principe de la justice - juste égalité des chances et principe de différence -. De manière quelque peu « constructiviste », ce second principe « organise » dans ses grandes lignes la société et va bien plus loin que les « chances aussi grandes que possible » offertes par les règles hayékiennes de juste conduite et que la simple « garantie de revenu » concédée hors marché par Hayek à ceux qui ne peuvent y trouver les moyens de vivre.

Par comparaison ensuite avec le pragmatisme volontariste senien, le contractualisme rawlsien s'efforce de sélectionner les questions institutionnelles prioritaires à traiter en matière de justice, plutôt que de traiter d'emblée toute situation concrète d'« injustice réparable », quels qu'en soient les individus concernés (autonomes ou handicapés) ou le contexte (local ou mondial). C'est pourquoi, sous le voile d'ignorance, seuls sont appelés à délibérer sur les institutions, les individus capables de s'engager dans la coopération sociale, le traitement des cas difficiles (handicaps mentaux, par exemple) étant renvoyé « à l'étape législative ». De même, loin de céder à un quelconque « esprit de clocher », cette méthode traite uniquement des questions susceptibles d'être traitées dans le même cadre institutionnel étatique par les individus directement concernés, les questions de justice internationale (migrations, par exemple) dépendant avant tout de la problématique encore plus complexe du « droit des gens » qui s'appliquent aux relations entre les peuples (voir Rawls [1999]).

En rejetant complètement le « transcendantalisme » de l'approche rawlsienne pour traiter ici et maintenant toutes les questions d'injustice qui se posent, Sen renonce à ordonner les problèmes à traiter, ce qui introduit de gros doutes sur l'efficacité de son approche pragmatique « tous azimuts » par les capacités. De même Hayek, en rejetant par principe tout « constructivisme » en matière de justice à l'échelle de la société, suggère la vision pragmatique très cohérente de l'ordre social spontané, mais celle-ci suppose l'ascèse rigoureuse des seules règles abstraites de juste conduite, dont Hayek avait lui-même conscience de la sévérité. C'est pourquoi, sur la question de la justice sociale, le pilier contractueliste proposé par Rawls nous semble en fin de compte sortir consolidé de sa comparaison avec ses piliers « évolutionniste » (Hayek) et « comparatiste » (Sen), et cette consolidation est en outre renforcée par la perspective qu'à notre sens seule cette approche non pragmatique du libéralisme permet d'ouvrir.

5.2. La perspective ouverte par le libéralisme contractueliste

En l'état actuel des choses, le pilier rawlsien du libéralisme nous semble en effet offrir la meilleure synthèse entre les volets politique et économique du libéralisme. Cette synthèse pourrait en particulier contribuer à relever le défi majeur que la philosophie libérale rencontre aujourd'hui et qu'il lui faudra, d'une manière ou d'une autre, relever : pourquoi le libéralisme, longtemps perçu comme une philosophie émancipatrice de l'individu face à l'arbitraire du

pouvoir politique, est-il souvent considéré aujourd'hui d'abord comme une philosophie de la soumission au despotisme des marchés ? « L'économie de l'égalitarisme libéral », dont les principes rawlsiens de justice suggèrent implicitement « l'armature », nous semble en tout cas un chantier d'avenir, dont pourrait sortir un jour un début de réponse (et de solution) à une telle question.

1°) En ce qui concerne d'abord « l'armature » sur laquelle construire cette « économie de l'égalitarisme libéral », il s'agit là de l'apport majeur de Rawls lui-même à cette perspective : grâce au détour méthodologique « contractualiste » qu'il a longuement exposé⁴⁰, se trouvent légitimés non seulement l'énoncé des fameux principes de justice, mais aussi l'ordre dans lequel ils doivent intervenir : la protection de la sphère d' « égales libertés », garantie à chacun sur le plan juridique et politique, est en effet la priorité absolue, que le traitement des inégalités économiques et sociales ne peut en aucun cas éroder ou *a fortiori* détruire. En ce sens, Rawls est bien un philosophe politiquement libéral.

Au second rang de la hiérarchie rawlsienne intervient le traitement des inégalités d'origine sociale à travers le volet « égalité réelle des chances » du second principe, volet qui ne se réduit pas à une simple égalité formelle : il s'agit d'assurer que deux individus aux talents naturels identiques aient vraiment les mêmes chances devant eux, ce qui confirme la grande sensibilité de Rawls à l'idée d'égalité que l'on retrouve ainsi aux deux premiers niveaux de sa théorie.

Enfin, au troisième niveau, il convient de traiter les différences irréductibles de talents naturels qui doivent être gérés comme un bien collectif, dont les retombées doivent profiter à tous et d'abord aux plus défavorisés. A cet effet, la philosophie rawlsienne tolère une exception à la norme d'égalité à travers le « principe de différence » (second volet du second principe) : des inégalités sont acceptables dès lors que l'écart des revenus ou des richesses entre riches et pauvres ne se fait pas au détriment des plus pauvres mais à leur avantage. C'est ici que Rawls se révèle aussi économiquement libéral : avant de partager les richesses, il faut d'abord les produire et la fonction des inégalités économiques et sociales est de stimuler l'ardeur des plus productifs, sans lesquels il n'y aurait que peu à partager et à redistribuer⁴¹ : grâce aux transferts dont il peut ainsi bénéficier, 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 demeurée plus pauvre.

En d'autres termes, le libéralisme économique de Rawls consiste, par l'intermédiaire du « principe de différence », à faire confiance aux vertus incitatrices du marché⁴² ; non

⁴⁰ Voir *supra* note 3. La méthode du « voile d'ignorance » dans la « position originelle » pour élaborer le contrat social a souvent été commentée depuis sa première formulation [Rawls (1971)], soit pour la critiquer (à commencer, comme on l'a souligné, par Hayek et Sen), soit pour s'en inspirer pour la défense d'autres normes de justice (voir notamment Harsanyi [1977] ou Dworkin [1981]). On notera cependant que Rawls s'est attaché jusqu'au bout à répondre aux multiples objections dont cette démarche d'essence philosophique a été l'objet (voir notamment Rawls [2001, 3^{ième} partie], car c'est elle qui donne toute leur ampleur aux principes rawlsiens de justice qui en sont l'aboutissement. Pour notre part, nous greffons ici notre réflexion sur l'aboutissement de cette démarche, car le contractualisme rawlsien, par sa cohérence d'ensemble (méthode et principes), nous semble bien résister depuis plus de 40 ans aux tentatives de réfutation dont il a pu être l'objet et explique encore aujourd'hui sa forte influence ; pour une illustration de cette influence, voir, en français, les deux numéros successifs de la revue *Raisons politiques* intitulés *D'après Rawls* (Dimitru [2009-a et b]).

⁴¹ « En modulant salaires et appointements, il est possible de produire plus. En effet sur la longue durée, les rétributions plus importantes versées aux plus avantagés servent, entre autres choses, à couvrir les coûts de la formation et de l'éducation, à signaler les positions de responsabilité et à encourager les personnes à les occuper, ainsi qu'à servir d'incitations » [Rawls (2001 : 63)].

⁴² Cette question des incitations représente une ligne de fracture décisive entre auteurs libéraux qui jugent ces incitations indispensables et ceux qui, à l'inverse, les rejettent comme inutiles. Ainsi Cohen, représentant

seulement les inégalités y restent par définition acceptables, mais elles sont aussi équitables car subordonnées aux principes hiérarchiquement supérieurs d'« égales libertés » et de « juste égalité des chances »⁴³. Ainsi, lorsqu'on les compare aux conceptions hayékienne et senienne, les principes rawlsiens conservent-ils, de notre point de vue, l'avantage unique d'offrir à l'action publique non seulement une vision stratégique d'ensemble, à travers une conception globale et absolue de la justice, mais surtout, par la hiérarchie de ces principes, un ordre de priorité dans les multiples politiques publiques à concevoir et à mettre en œuvre.

Toutefois, ces principes rawlsiens restent par nature abstraits et généraux, notamment le second orienté vers le champ économique et social, manifestement trop imprécis pour inspirer directement ces politiques publiques. Il faut convenir en effet que Rawls ne s'est guère risqué à proposer de pistes très concrètes, que ce soit pour traduire la « juste égalité des chances » dans le domaine de l'éducation ou « le principe de différence » dans celui de la redistribution des revenus. Ceci dit, il reste tout à fait possible de passer de la philosophie rawlsienne à une économie qui en serait le prolongement.

Cette « économie de l'égalitarisme libéral » suppose alors qu'à chaque niveau de la hiérarchie des principes de justice (« égales libertés », puis « juste égalité des chances » et enfin « principe de différence »), la réflexion de Rawls soit précisée, interprétée ou reformulée par des travaux d'économistes qui se situent, plus ou moins explicitement, dans le sillon ouvert par le philosophe⁴⁴. Nous voudrions ici évoquer ce qui constitue encore un vaste chantier, car l'économie de l'égalitarisme libéral, loin d'être figée dans un modèle unique, peut en effet se décliner au moins en deux variantes. Plus précisément, selon le niveau de la hiérarchie rawlsienne que l'on cherche à approfondir, on trouve des analyses qui semblent à peu près balisées ou un débat de fond qui reste très ouvert, sans parler de questions importantes encore à résoudre⁴⁵.

2°) En ce qui concerne les analyses à peu près balisées, elles concernent les deux premiers niveaux dans la hiérarchie rawlsienne des principes de justice qui devraient pouvoir faire l'objet d'un relatif consensus.

En introduisant d'abord une symétrie élémentaire entre les citoyens du point de vue des libertés, le principe d'« égales libertés », au-delà de sa vocation juridique et politique, comporterait aussi une dimension économique essentielle, qui consacre ce que nous appellerons la primauté de « l'égalité d'accès à l'emploi ». Par ce biais, est abordée la question de la reconnaissance de « droits économiques et sociaux », au-delà des « droits civils et politiques », question particulièrement controversée, comme on l'a vu, avec les analyses de

éminent du marxisme analytique, consacre-t-il deux des premiers chapitres d'un ouvrage entièrement dédié à la critique de la théorie rawlsienne de la justice à l'« argument des incitations » et au « principe de différence » (voir Cohen [2008, chapitres 1 et 4]).

⁴³ En ce sens, le libéralisme économique de Rawls reste compatible aussi bien avec la « démocratie de propriétaires », qui évite par cette subordination la concentration du capital humain et non humain entre les mêmes mains, qu'avec un « régime socialiste libéral », où les moyens de production appartiennent à la collectivité. A noter que, même dans ce second cas, les entreprises, dirigées par les salariés ou leurs représentants, relèvent d'une sorte de socialisme autogestionnaire et poursuivent leurs activités « dans le cadre d'un système de marchés libres et en pratique concurrentiels » (voir Rawls [2001, sections 41 et 42]).

⁴⁴ Le passage de la philosophie à l'économie de l'égalitarisme libéral remet cependant en cause la « division des tâches » prévue par Rawls entre les deux volets (« juste égalité des chances » et « principe de différence ») du second principe de la justice, tant il est difficile en pratique de traiter séparément inégalités d'origine « sociale » et inégalités d'origine « naturelle ». Il semble néanmoins possible de conserver les deux volets du second principe et leur hiérarchie, en exploitant la dichotomie « potentialités »/« ressources » pour agir sous deux angles complémentaires sur les « capacités » des individus (voir *infra* 2° et 3°).

⁴⁵ Dans le cadre qui nous est imparti, il n'est pas possible de développer intégralement l'économie de l'égalitarisme libéral, dont ne nous présentons ici que quelques éléments. Pour un exposé plus complet, voir Gamel [2017]; pour un premier « essai » dans cette direction, voir Gamel [2015].

Hayek et de Sen : entre les positions antagonistes de ces deux auteurs, Rawls adopte manifestement un point de vue intermédiaire, refusant d'ériger ces droits économiques et sociaux en « dispositions constitutionnelles essentielles », mais acceptant de renvoyer leur éventuelle application « à l'étape législative ».

De manière plus précise, la reconnaissance au sommet de la hiérarchie rawlsienne de « l'égalité d'accès à l'emploi » semble ériger comme priorité de la politique économique la lutte contre le chômage involontaire durable. Compte tenu de la confiance de Rawls dans les mécanismes du marché (voir *supra* 1°), on peut en déduire que cette lutte passe en particulier par la réduction des rigidités excessives du marché du travail qui freinent la création d'emplois et par la dispersion du risque de chômage, de manière aussi uniforme que possible, sur toute la population active.

Par ailleurs, au second niveau de la hiérarchie rawlsienne, la « juste égalité des chances » conforte selon Rawls la symétrie entre citoyens, en réduisant les seules inégalités d'origine sociale entre les individus de sorte qu'à talents égaux, ils aient les mêmes chances de réussite. Sous l'angle économique, la complexité de la dynamique sociale auquel ce second principe est censé s'appliquer, oblige toutefois à l'amender profondément : la « juste égalité des chances » deviendrait ainsi l'égalisation des « capacités-potentialités » des individus, à condition de traiter simultanément les facteurs sociaux et les facteurs naturels qui brident la liberté d'orientation des individus vers diverses positions sociales : à l'intérieur de la cellule familiale, par exemple, il est particulièrement difficile de distinguer le « social » et le « naturel » dans ce que les parents transmettent à leurs enfants.

Comment, dans ces conditions, passer de la « juste égalité des chances » à « l'égalisation des capacités-potentialités » ? Il s'agirait d'exploiter de manière ponctuelle « l'approche par les capacités » de Sen (voir *supra* 3.2 et 4.2), de telle manière que cette notion, ambitieuse mais concrète, reste supportable et même compatible avec la hiérarchie rawlsienne des principes de justice, seule à même de suggérer, à la différence de l'approche « comparatiste » de Sen, un ordre de priorité dans les politiques publiques à mettre en œuvre.

A titre d'illustration, en matière de politique éducative, il faudrait ainsi vérifier, de manière aussi individualisée que possible, que chaque enfant soit non seulement capable, mais ait d'abord envie de convertir le capital humain mis à sa disposition par l'institution scolaire en choix informé d'orientation : en particulier, pas de « plafond de verre » dans les milieux mal informés, c'est-à-dire pas d'autocensure en ce qui concerne une orientation professionnelle ambitieuse, que l'individu serait tout à fait capable d'entreprendre et pour lequel un financement serait même disponible, mais dont le détournement des pesanteurs sociales ou des freins purement psychologiques.

Ainsi, « l'égalisation des capacités-potentialités » constituerait-elle, après la « primauté de la liberté d'accès à l'emploi », la seconde priorité à peu près balisée d'une économie de l'égalitarisme libéral d'armature rawlsienne.

3°) A l'inverse, au troisième niveau de cette armature, le principe de différence reste, à notre sens, l'objet d'un débat de fond, quant à l'interprétation économique libérale qu'il conviendrait de lui donner. L'économie du principe de différence consisterait en effet à aller plus loin que ce qu'a pu soutenir Rawls en son temps, quant à la traduction de ce principe en matière de politique économique et sociale. Or, avec le recul qui est le nôtre aujourd'hui, il semble bien que l'égalitarisme libéral puisse hésiter entre deux voies très différentes qui reflètent un choix stratégique, selon le rôle réservé au travail comme facteur d'intégration des individus à la société :

- Si l'on considère, avec Rawls, que les principes de justice permettent de définir la structure de base de la société dans laquelle les individus coopèrent pour leur avantage mutuel et qu'à cet effet « tous les citoyens doivent prendre part au travail coopératif de

la société » (Rawls [2001, p. 179]), alors les transferts ELIE de Kolm [2005] fournissent une traduction économique possible du principe de différence, en imposant forfaitairement les « capacités-ressources » de chacun et en redistribuant entre citoyens coopératifs le produit de cette imposition.

- Mais on peut aussi considérer dans une optique conforme à une version plus radicale de l'égalitarisme libéral, que le principe de différence, en combinant incitations à produire et redistribution, n'a pas pour autant à exclure du bénéfice de la redistribution les individus « non coopératifs » qui ne souhaitent pas ou peu travailler, dès lors qu'un tel choix est reconnu comme relevant de la plus élémentaire des libertés. En ce cas, le principe de différence pourrait justifier, selon Van Parijs [1995], une allocation universelle inconditionnelle (*basic income*), qui serait le meilleur moyen d'égaliser la « liberté réelle » de chacun.

En ce qui concerne d'abord la redistribution forfaitaire des « capacités-ressources », il s'agit pour Kolm de combiner la liberté des individus avec la fiscalité et la redistribution des revenus, ce qui implique un canevas cohérent que Kolm appelle les « transferts ELIE » ("*Equal-Labour Income Equalization*")⁴⁶. Ces transferts semblent relever le double défi engendré par le principe de différence, à savoir l'entorse à l'égalité qu'il constitue et son imprécision en tant qu'énoncé philosophique :

- d'une part, le coefficient de redistribution de Kolm s'appelle le « paramètre d'égalisation » et permet de définir le pourcentage de revenus issus des capacités-ressources de chacun, dont les individus ont accepté le prélèvement pour être redistribué de manière égalitaire. De bout en bout, la référence à l'égalité reste bien présente chez Kolm.
- d'autre part, en passant du principe de différence de Rawls aux transferts ELIE de Kolm, on dispose d'un schéma redistributif complet qui permet de concilier incitation à produire et redistribution, schéma qui renforce et crédibilise la perspective de l'égalitarisme libéral dans lequel s'inscrivent indubitablement les deux auteurs.

En résumé, la convergence entre Rawls et Kolm est profonde : au-delà de l'interprétation précise du principe de différence que suggère la théorie de la « macrojustice » de Kolm, les deux auteurs partagent la même conception d'intégration sociale par le travail, qui les conduit à laisser, en marge de la redistribution, ceux qui *volontairement* vivent en marge de la société en choisissant de ne pas travailler.

C'est cette dernière idée que Van Parijs remet complètement en cause, en considérant que l'intégration à la société ne passe pas forcément par un travail économiquement productif et rémunéré. Si le fait de ne pas offrir son travail sur le marché est reconnu comme une liberté essentielle de chaque individu, alors l'égalitarisme libéral débouche sur une traduction alternative du principe de différence, où, de manière plus radicale, la « liberté réelle » de

⁴⁶ Les « capacités-ressources » représentent en effet pour l'individu des « ressources naturelles », selon l'expression de Kolm, que les investissements éducatifs, en famille ou à l'école, permettent d'augmenter. La valorisation de ce stock de capacités-ressources se fait aux conditions du marché et correspond au flux de revenu (salarial ou non salarial) que l'individu peut en tirer, lorsqu'il travaille à temps complet. L'imposition forfaitaire des capacités productives consiste à prélever une proportion de ce revenu à temps complet, quelle que soit l'intensité avec laquelle l'individu les exploite effectivement (en travaillant à temps complet, à temps partiel ou pas du tout). Les transferts ELIE visent donc, à hauteur de cette proportion, « l'égalisation des revenus issus d'un travail égal » : les individus dotés de capacités-ressources supérieures à la moyenne s'acquittent de transferts nets négatifs et ceux disposant de capacités-ressources inférieures bénéficient de transferts nets positifs, les premiers finançant par construction les seconds. Pour plus de précisions en français, voir notamment Kolm [2006].

chacun doit être égalisée par l'octroi d'une allocation universelle inconditionnelle⁴⁷. Concernant cette seconde orientation, deux points sont à mettre en exergue :

- Dans la formulation originelle du principe de différence, il s'agit selon Rawls de rendre aussi élevé que possible, d'abord pour les individus les moins bien lotis, le volume des « biens premiers sociaux » qui sont régis par ce principe : revenu et richesse, pouvoirs attachés aux positions dans la société, bases sociales du respect de soi-même. Or, comme traduction de ce principe, l'allocation universelle semble présenter un avantage sans équivalent : son caractère inconditionnel (et donc permanent) confère aux individus les plus faiblement dotés en la matière un pouvoir accru de négociation dans leurs relations avec de potentiels employeurs ou avec l'Etat. En tout cas, la possibilité de disposer de plus grands pouvoirs et prérogatives est bien mieux assurée de cette manière que par un transfert fonction de la disponibilité à travailler du bénéficiaire ou de l'examen de ses moyens de subsistance.
- Pour que cette justification par le principe de différence de l'allocation universelle soit complète et plausible, encore faut-il vérifier qu'à côté du volet « soutien aux plus mal lotis » le principe de différence comporte un volet « incitation à produire », en direction cette fois des plus avantagés en termes de talents naturels. En d'autres termes, la « soutenabilité » d'une allocation la plus élevée possible suppose que soit résolue la question cruciale de son financement, dont dépend toute l'économie du principe de différence, lorsque celle-ci prend cette direction écartée par Rawls. Parmi les pistes les plus intéressantes de financement, Atkinson (1995) suggère la combinaison de l'allocation universelle avec une fiscalité proportionnelle sur tous les autres revenus qu'il appelle *The Basic Income/Flat Tax Proposal*. On notera cependant que ce mode de financement non seulement supprime toute trappe à inactivité, mais incite chacun à travailler, ce qui fait perdre à l'allocation universelle la neutralité de principe entre travail et non travail recherchée par Van Parijs.

En définitive, avec l'échantillon de questionnements et de propositions qui précèdent, on conçoit aisément que la perspective ouverte par le libéralisme contractualiste de Rawls est loin d'avoir été complètement explorée. Il s'agissait seulement de souligner ainsi combien cette approche non pragmatique, combinée avec l'économie de l'égalitarisme libéral qui la prolonge, offre un socle bien plus solide que les approches « évolutionniste » de Hayek et « comparatiste » de Sen. En tout cas, bien mieux que ces dernières, elle devrait permettre au libéralisme de continuer à traiter la question de la société « bonne » ou de la société « juste », à laquelle, contrairement à ce que l'on croit souvent, les libéraux ne cessent de s'intéresser.

⁴⁷ Selon Van Parijs [1991], l'allocation universelle aurait pu être une interprétation fidèle du principe de différence, si Rawls n'avait pas introduit une discrimination inacceptable à ses yeux, entre ceux qui ne travaillent pas, selon qu'ils ne *peuvent* pas travailler ou qu'ils ne le *veulent* pas. En effet, pour Rawls, le « surfeur de Malibu » qui volontairement ne travaille pas n'a pas non plus droit, en contrepartie, au bénéfice de la redistribution fondée sur le principe de différence. Sur ce point, voir Rawls [1988 : 257]. Pour une présentation récente des perspectives ouvertes par l'idée d'allocation universelle (ou de revenu de base) et des obstacles qu'elle devrait surmonter pour être appliquée, voir Van Parijs et Vanderborght [2017].

Références bibliographiques⁴⁸

- Atkinson Anthony Barnes, [1995], *Public Economics in Action – The Basic Income/Flat Tax Proposal*, Oxford, Oxford University Press.
- Audard Catherine, [2009], *Qu'est-ce que le libéralisme ? Éthique, politique, société*, Paris, éditions Gallimard, collection « Folio essais ».
- Berlin Isaiah, [1969], "Two Concepts of Liberty" in *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, p. 118-172.
- Biziou Michaël, [2003], *Adam Smith et l'origine du libéralisme*, Paris, P.U.F., collection « Fondements de la politique ».
- Burczak Theodore A., [2006], *Socialism after Hayek*, Ann Arbor, The University of Michigan Press.
- Campagnolo Gilles et Gharbi Jean-Sébastien (dir.), [2017], *Philosophie économique – Un état des lieux*, Paris, Editions Matériologiques, collection « E-conomiques ».
- Cohen Gerald Allan, [2008], *Rescuing Justice and Equality*, Cambridge (U.S.A.), Harvard University Press.
- Dimitru Speranta (dir.), [2009-a et b], « D'après Rawls », volume 1, *Raisons politiques*, 2009/1, (33) et volume 2, *Raisons politiques*, 2009/2, (34).
- Dworkin Ronald, [1981], "What is Equality? Part 2: Equality of Resources", *Philosophy and Public Affairs*, 10 (4), p. 283-345.
- Gamel Claude, [2000], « "Le mirage de la justice sociale" : faut-il craindre que Hayek n'ait raison ? », *Revue de philosophie économique*, 2000/2, p. 87-109.
- Gamel Claude, [2013], « Justice sociale: Hayek et Sen face à Rawls. Une proximité méthodologique inattendue », *Cahiers d'économie politique*, 65, p. 69-96.
- Gamel Claude, [2015], « Essai sur l'économie de "l'égalitarisme libéral". Une combinaison sélective des travaux de Rawls, Sen et Kolm », *Revue d'économie politique*, 125 (3), p. 347-392.
- Gamel Claude, [2017], « Economie de l'égalitarisme libéral – Réflexions pour mieux concilier libéralismes politique et économique », in Campagnolo Gilles. et Gharbi Jean-Sébastien (dir.), [2017], p. 129-180.
- Harsanyi John Charles, [1977], "Morality and the Theory of Rational Behaviour", *Social Research*, 44 (4), p. 623-656.
- Hayek Friedrich August, [1973], *Law, Legislation and Liberty* vol. 1 *Rules and Order*, Londres, Routledge and Kegan ; traduction française *Droit, législation et liberté*, tome 1 *Règles et ordres*, Paris, P.U.F. [1980], rééd. Coll. "Quadrige" [1995].
- Hayek Friedrich August, [1976], *Law, Legislation and Liberty* vol. 2 *The Mirage of Social Justice*, Londres, Routledge and Kegan ; traduction française *Droit, législation et liberté*, tome 2 *Le mirage de la justice sociale*, Paris, P.U.F. [1982], rééd. Coll. "Quadrige" [1995].
- Hayek Friedrich August, [1979], *Law, Legislation and Liberty* vol. 3 *Political Order of a Free People*, Londres, Routledge and Kegan ; traduction française *Droit, législation et liberté*, tome 3 *L'ordre politique d'un peuple libre*, Paris, P.U.F. [1983], rééd. Coll. "Quadrige"[1995].
- Kolm Serge-Christophe, [2005], *Macrojustice. The Political Economy of Fairness*, Cambridge (U.K.), Cambridge University Press.

⁴⁸ Dans le texte, les citations de Hayek sont empruntées et font référence à la traduction en français de *Law, Legislation and Liberty* (1980, 1982, 1983) ; celles de Sen sont traduites de l'édition originale en anglais de *The Idea of Justice* (2009) et celles de Rawls renvoient à l'édition originale en anglais de *Justice as Fairness - A Restatement* (2001).

- Kolm Serge-Christophe, [2006], « Liberté, justice et efficacité: distribution, impôts et transferts optimaux », *Revue économique*, 57 (1), p. 55-84.
- Laurent Alain, [2012], « Dictionnaire des libéraux », in Laurent Alain et Valentin Vincent, [2012], p. 745-817.
- Laurent Alain et Valentin Vincent, [2012], *Les penseurs libéraux*, Paris, Les Belles Lettres, collection « Bibliothèque classique de la liberté ».
- Nussbaum Martha, [2000], *Women and Human Development. The Capabilities Approach*, Cambridge (U.K.), Cambridge University Press.
- Rawls John, [1971], *A Theory of Justice*, Cambridge (U.S.A.), Harvard University Press ; traduction française *Théorie de la justice* [1987], Paris, éditions du Seuil.
- Rawls John, [1988], “The Priority of Right and Ideas of the Good”, *Philosophy and Public Affairs*, 17 (4), p.251-276.
- Rawls John, [1993], *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press; traduction française *Libéralisme politique* [1995], Paris, P.U.F., collection « Quadrige ».
- Rawls John, [1999], *The Law of Peoples. With the Idea of Public Reason Revisited*, Cambridge (U.S.A.), Harvard University Press; traduction française *Paix et démocratie. Le droit des peuples et la raison publique* [2006], Paris, éditions « La Découverte ».
- Rawls John, [2001], *Justice as Fairness - A Restatement*, Cambridge (U.S.A.), The Belknap Press of Harvard University Press; traduction française *La justice comme équité – Une reformulation de "Théorie de la justice"* [2008], Paris, éditions La Découverte, collection « La Découverte/Poche ».
- Sen Armatya Kumar, [1982], “Rights and Agency”, *Philosophy and Public Affairs*, 11 (1), p. 3-39.
- Sen Armatya Kumar, [1993], “Markets and Freedoms: Achievements and Limitations of the Market Mechanism in Promoting Individuals Freedoms”, *Oxford Economic Papers*, 45 (4), p. 519-541.
- Sen Armatya Kumar, [1999], *Development as Freedom*, New York, Alfred Kop Inc.; traduction française *Un nouveau modèle économique: développement, justice, liberté* [2000], Paris, Odile Jacob.
- Sen Armatya Kumar, [2004], “Elements of a Theory of Human Rights”, *Philosophy and Public Affairs*, 32 (4), p. 315-356.
- Sen Armatya Kumar, [2006], “What do we want from a theory of justice?”, *The Journal of Philosophy*, 103 (5), p. 215-238.
- Sen Armatya Kumar, [2009], *The Idea of Justice*, Cambridge (U.S.A.), Harvard University Press; traduction française *L'idée de justice* [2010], Paris, éditions Flammarion.
- Valentin Vincent, [2012], « L'idée libérale et ses interprètes », in Laurent Alain. et Valentin Vincent, [2012], p. 9-87.
- Van Parijs Philippe, [1991], “Why Surfers Should Be Fed: The Liberal Case for an Unconditional Basic Income”, *Philosophy and Public Affairs*, 20 (2), p.101-131.
- Van Parijs Philippe, [1995], *Real Freedom for All – What (if anything) can justify capitalism?*, Oxford, Oxford University Press.
- Van Parijs Philippe et Vanderborght Yannick, [2017], *Basic Income – A Radical Proposal for a Free Society and a Sane Economy*, Cambridge (U.S.A.), Harvard University Press.