

# LES LIMITES \* de LA LIBERTÉ

*entre l'anarchie et le Léviathan*

**James M. Buchanan**



[1975]

traduit de l'américain  
par  
Guy Millière et Pierre Lemieux

préface  
Henri Lepage

# Sommaire

Préface de l'auteur .....	XIII
Introduction, par Henri LEPAGE .....	XVII
Chapitre 1. – Commencement .....	1
Chapitre 2. – Les bases de la liberté en société .....	19
Chapitre 3. – Contrat postconstitutionnel. La théorie des biens publics .....	41
Chapitre 4. – Contrat constitutionnel. La théorie du droit .....	63
Chapitre 5. – Le contrat permanent et l'ordre établi .....	87
Chapitre 6. – Le paradoxe du gouverné .....	105
Chapitre 7. – La loi comme capital public .....	123
Chapitre 8. – Le dilemme du châtement .....	149
Chapitre 9. – La menace de Léviathan .....	167
Chapitre 10. – Au-delà du pragmatisme : les perspectives d'une révolution constitutionnelle .....	189

« Et le problème majeur de l'ordre social et du progrès est (...) de faire respecter les règles, de prévenir la tricherie. Pour autant que je puisse juger, il n'existe pas de solution théorique à ce problème. Aucun mécanisme social de sanction n'est à même d'empêcher le jeu de dégénérer en une dispute ou un combat (le jeu de la société ne peut pas simplement se dissoudre !), sauf si les participants entretiennent une préférence irrationnelle pour continuer, quand bien même chacun d'eux, individuellement, donne l'impression d'y perdre. Sinon la société doit être maintenue par la force, de l'extérieur – un dictateur n'est pas membre de la société qu'il domine –, et on peut alors se demander s'il s'agit bien d'une société au sens moral du terme ».

Frank H. Knight

*Intellectual Confusion on Morals  
and Economics*

## Préface de l'auteur

Les règles de la vie en société ne tombent pas du ciel. Pour imprimer un ordre au chaos, des hommes doivent faire usage de leur intelligence non pas comme on résout un problème scientifique, mais dans la tâche plus difficile qui consiste à trouver et à maintenir un consensus parmi eux. L'anarchie est idéale pour des hommes idéaux ; des hommes passionnés doivent être raisonnables. A l'instar de tant d'autres avant moi, j'examinerai ici ce que peuvent être les fondements d'une société d'hommes et de femmes qui veulent vivre libres, tout en restant conscients des limites découlant de l'interdépendance sociale. La liberté individuelle ne peut être illimitée ; et les forces mêmes qui rendent les limites nécessaires peuvent, si on les laisse opérer sans restrictions, réduire indûment la liberté humaine.

Nous partons du monde tel qu'il est, et non pas d'un monde idéal peuplé d'êtres qui auraient connu une autre histoire et disposeraient d'institutions utopiques. Il nous faut nous donner les moyens d'évaluer l'ordre établi avant de traiter des possibilités de changement. Les institutions actuelles peuvent-elles apparaître théoriquement comme le fruit d'une démarche contractuelle des hommes ? Peut-on expliquer par le contrat l'ensemble des droits existants ? Comment et pourquoi ces droits sont-ils affirmés ? La relation entre les droits individuels et la distribution présumée des talents naturels ne peut qu'avoir un impact sur la stabilité sociale. En tant que tel, l'ordre social implique toujours quelque chose qui ressemble à un contrat social ou à un quasi-contrat, mais il est essentiel de respecter la distinction entre le contrat constitutionnel qui délimite les droits et les contrats postconstitutionnels qui incarnent des échanges dans le cadre de ces droits.

Les hommes veulent être libres de toute contrainte ; ils savent aussi que l'ordre est nécessaire. Le paradoxe du gouverné dans lequel ils sont s'intensifie à mesure que le domaine politisé de la vie s'accroît, et que l'Etat étend son pouvoir dans les affaires privées. La double fonction de l'Etat est de faire respecter l'ordre constitutionnel et de fournir des « biens publics », dualité porteuse de confusion et de malentendus. La « loi » est elle-même un « bien public » qui pose le problème de l'obéissance volontaire. Il faut faire respecter la loi et la réticence de ceux qui l'observent à punir sans coup férir ceux qui la violent préfigure l'érosion et, en fin de compte, la destruction de l'ordre existant. Des problèmes de ce genre se font jour dans les sociétés modernes,

même lorsque l'Etat semble répondre idéalement aux demandes des gens. Quand la vie de l'Etat se développe de manière indépendante, quand le Léviathan vit et respire, tout un ensemble d'interrogations nouvelles surgissent qui concernent son contrôle. L'objectif demeure l'« anarchie ordonnée », mais ordonnée par qui ? Il n'y a de grandeur ni dans l'Etat ni dans la condition du sauvage, telle est la réalité que nous devons assumer.

Les institutions évoluent, mais celles qui survivent et prospèrent ne sont pas nécessairement les « meilleures » du point de vue de ceux qui les subissent. L'évolution des institutions peut amener les hommes au type de dilemme que décrit la théorie moderne des jeux. La seule issue globale devient alors d'opérer une véritable révolution dans la structure constitutionnelle, une reformulation complète du contrat social. Ceux pour qui cet espoir apparaît visionnaire trouveront ce livre quasi utopique. La réflexion pourtant doit précéder l'action, et si je parviens ici à inciter les philosophes à passer plus de temps à réfléchir aux moyens d'atteindre une société meilleure et moins de temps à décrire leur propre version du paradis terrestre, j'aurai atteint mon but.

J'ai bien conscience de m'aventurer hors des frontières de ma discipline d'économiste professionnel. Ce qui me pousse à le faire est l'importance des questions en jeu, et aussi la conviction que, dans de nombreux domaines, un profane peut tout autant contribuer à l'avancement de la connaissance que des initiés conversant entre eux. Les questions dont je traite ici ont été examinées par des doctes philosophes et par leurs commentateurs au fil des siècles. J'ai lu une partie, mais pas la totalité, des œuvres originales et des commentaires. Aller plus loin aurait exigé que je devienne philosophe politique professionnel au détriment de ma propre discipline. En tant qu'économiste, je suis un spécialiste du contrat, et pour ma discipline une approche contractualiste va de soi dès lors qu'on accepte les valeurs individuelles comme point de départ. Je donnerai aux chercheurs d'hier et d'aujourd'hui qui ont cru détruire l'échafaudage contractualiste l'impression de ne pas avoir tenu compte de leurs critiques. Mais mon but n'était pas d'en tenir compte, et globalement ceux qui rejettent *a priori* l'approche contractualiste trouveront sans doute peu d'éléments susceptibles de les intéresser dans mes tentatives de clarification.

Dans cet ouvrage comme dans les précédents, j'insiste sur la nécessité de bien distinguer deux stades de l'interaction sociale : le choix des règles d'une part, et l'action en fonction des règles adoptées d'autre part. Cette distinction essentielle traduit l'influence générale qu'ont exercée sur moi l'enseignement de mon « maître » Frank H. Knight, et, de manière un peu plus directe, les conversations que j'ai eues avec mon collègue Rutledge Vining pendant mes années de professorat à l'Université de Virginie.

Sous sa forme actuelle, ce livre est le fruit de l'interprétation et de l'élaboration que j'ai effectuées du contenu de débats qui se sont poursuivis pen-

dant deux ans au Centre pour l'étude des choix publics, à la *Virginia Polytechnic Institute and State University*. Participèrent et contribuèrent à ces débats plusieurs collègues et étudiants dont je ne pourrai mentionner que quelques-uns. Gordon Tullock et Winston Bush occupèrent le centre de la scène, et chacun d'eux a profondément influé sur mes réflexions. Les premières versions du manuscrit leur furent soumises, chapitre par chapitre, au fur et à mesure de leur rédaction. La version quasi finale de celui-ci fut soumise à de nouveaux venus dans la discussion : William Breit, Dennis Mueller, Richard Wagner et Robert Tollison dont les commentaires détaillés me furent utiles. Sa révision finale a bénéficié des utiles suggestions de Nicolaus Tideman.

Quant à Mme Betty Tillman Ross, seul son nom a légèrement changé par rapport à celui qui apparaissait en liminaire à plusieurs de mes autres livres. Sa collaboration, sa bonne humeur et l'assistance qu'elle m'a apportée aux différentes étapes de l'élaboration de mes manuscrits demeurent des éléments essentiels de ma propre fonction de production.

J'ai bénéficié à divers stades de mes recherches de l'appui financier de la *National Science Foundation*.

James M. BUCHANAN  
Blacksburg (Virginie), mars 1974

# Introduction

Avant d'entrer dans ce livre, il n'est pas inutile de commencer par un exercice de « topologie libérale », afin de mieux situer ensuite l'homme et l'œuvre.

Il y a vingt ans, le mot « libéralisme » avait pratiquement disparu du vocabulaire. A l'époque, j'étais jeune journaliste, et je me souviens des contorsions déployées par certains hommes politiques fort connus pour éviter à tout prix d'être étiqueté « libéral ». Alors qu'il n'était pas encore président de la République, Valéry Giscard d'Estaing avait même fait campagne pour expliquer que la droite devait abandonner sa référence au libéralisme afin d'adopter un autre concept, à ses yeux moins discutable : celui de « pluralisme ». Moi-même, je dois l'avouer, ai commis l'erreur d'entrer momentanément dans ce jeu, alors que j'écrivais pour le magazine *Réalité* (qui, soit dit en passant, dès 1976, fut le premier des médias français à accepter de rendre compte de l'importance politique et idéologique des travaux du professeur James Buchanan et de son équipe de Blacksburg).

Aujourd'hui, la situation s'est inversée. Ce dont nous souffrons, est plutôt d'un « trop-plein » de libéraux. Avec le retour en vogue des idées libérales, dans les années 80, et malgré la nouvelle éclipse intervenue depuis la réélection de François Mitterrand en 1988, l'étiquette « libérale » est à nouveau utilisée par un grand nombre de gens qui, en réalité, au-delà d'un certain socle dur de principes communs (opposition catégorique aux idéologies totalitaires, adhésion au moins de principe aux idées d'économie de marché et de libre entreprise, célébration des vertus de la démocratie, de la tolérance, des droits de l'homme...) relèvent de traditions intellectuelles, philosophiques, scientifiques, idéologiques ou politiques souvent très éloignées les unes des autres.

Par ailleurs, au sein même du noyau dur des intellectuels libéraux, cohabite un ensemble de courants aux traditions et fondements épistémologiques assez différents. Un petit effort de mise en ordre et de classement au sein de cette nébuleuse s'impose donc.

## Topologie libérale

Au macro-niveau, je distinguerai principalement trois groupes : les libéraux sociaux-démocrates, les libéraux-conservateurs et ceux que les médias

désignent habituellement sous l'étiquette (à connotation négative) d'ultra-libéraux, mais pour lesquels je préfère conserver le néologisme utilisé en 1978 dans *Demain le capitalisme* : les libéraux « libertariens » (adaptation directe du terme américain *libertarians*).

Fondamentalement, les conservateurs et les libertariens s'opposent dans la façon dont ils conçoivent la nature des rapports entre l'individu et le groupe.

Les premiers reprochent aux seconds une conception atomisée, « individualiste » de l'homme. Les libertariens, expliquent-ils, ne tiennent pas suffisamment compte de la dimension sociale, politique et communautaire de l'homme. Celui-ci, continuent-ils, est lié à une « Communauté » à laquelle l'individu doit sa culture et qui lui donne son identité collective. La « Communauté », par ses coutumes, ses traditions, son histoire, est une « entité vivante » que l'on ne peut pas réduire à la simple juxtaposition d'êtres vivants.

Résultat, répliquent les libertariens : une conception du libéralisme de nature prioritairement *politique* où la liberté, en tant que notion individuelle, est subordonnée à son rattachement à une valeur supérieure de « liberté collective » exprimée dans des concepts tels que ceux de nation, d'indépendance, de souveraineté...

Pour les libertariens, l'attachement à une Communauté, à la Nation, à la Patrie... est une attitude tout à fait digne de respect et qui exprime des sentiments réels. Mais ces sentiments, ajoutent-ils, restent purement subjectifs. Même s'ils sont simultanément partagés par un grand nombre de gens, ils ne font qu'exprimer ce qui reste foncièrement une perception mentale individuelle ; cela ne signifie pas que derrière ces mots et ces concepts se cachent des entités réelles que, par un mouvement anthropomorphique à caractère « holiste », on pourrait créditer de caractéristiques humaines telles que d'être le siège d'une conscience « collective », d'une volonté, d'un esprit « commun », ou encore d'être le dépositaire d'un système particulier de valeurs. Que ces valeurs existent, continue le libertarien, est un fait. Dès lors qu'un grand nombre de gens partagent les mêmes sentiments, il est incontestable que ces valeurs sont une réalité dont il faut tenir compte. Mais il n'existe nulle part une « entité » quelconque qui puisse s'en prétendre le « dépositaire ». Toute démarche holiste en la matière signifie seulement que certains individus, pour une raison ou une autre (leur place dans la hiérarchie sociale, leur appartenance à certains groupes professionnels, politiques, administratifs, religieux...), se considèrent eux-mêmes comme « plus dépositaires » que les autres des traditions du groupe : ce qui conduit concrètement à des attitudes *autoritaires* incompatibles avec une vision libérale de l'homme et de la société pensée d'abord et avant tout en termes de respect intransigeant des *droits* individuels. Dès lors que ces droits, dans l'approche conservatrice, sont seulement le produit d'une tradition culturelle et intellectuelle d'origine communautaire (le fruit de ce qui est décrit comme une

« identité collective »), on ne peut éviter, conclut le libertarien, que des interprétations divergentes apparaissent sur le contenu de cette tradition, et relativisent ainsi les fondements mêmes des droits que les libéraux entendent pourtant défendre.

## « Conservateurs » contre « Libertariens »

A partir de là, il est inévitable que l'approche des libéraux-conservateurs et celle des libéraux-libertariens divergent sur bien des points. Par exemple, sur le rôle et l'importance de l'idée nationale (qui, pour les libertariens, est très largement responsable de la croissance du phénomène étatique moderne, ainsi que de tous les malheurs collectifs qu'on doit y associer : guerres, génocides, totalitarisme), le problème des régionalismes, la question des frontières entre l'Etat et le marché, le rôle de l'intervention publique dans l'économie, la défense, la protection sociale, etc. Le conservateur est plus disposé que le libertarien à accepter que l'Etat joue un certain rôle directeur dans l'économie, même si, à la différence des libéraux sociaux-démocrates, il doit plus se limiter à un rôle d'arbitre qu'exercer une véritable fonction de contrôle et d'entraînement.

Cela dit, la plus grande opposition se situe au niveau des valeurs.

Dans l'histoire des civilisations, l'originalité de l'Occident tient à l'émergence de la liberté individuelle, produit de l'autonomisation progressive de la conscience individuelle par rapport aux contraintes collectives de la morale sociale et politique. C'est incontestablement un legs du Catholicisme. Reste cependant le problème de savoir où passe, de manière précise, la frontière entre les domaines respectifs des deux catégories d'obligations morales (celles qui nous sont imposées par les disciplines du groupe et donc du droit et de la loi, et celles qui ne tiennent qu'au seul jeu de notre conscience morale).

De tous les libéraux, les libertariens sont ceux qui ont la conception la plus simple, la plus stricte, la plus précise : la morale sociale ne concerne que le « devoir » que tous les citoyens ont de respecter les *droits* (de propriété, au sens large) des autres. La morale privée embrasse tout le reste. Aucune institution publique ou collective n'a le droit de s'en mêler. En le faisant, elle se rend coupable d'une « injustice ».

En revanche, la marque des conservateurs, du fait même qu'ils adhèrent à une certaine vision « holiste » de l'origine des rapports sociaux et politiques, est plutôt de mélanger les deux genres, et de considérer qu'il est de la responsabilité de la puissance publique d'être le garant, même par la contrainte et la violence, du respect par tous des valeurs constitutives de la Communauté et de son identité.

C'est ainsi que libertariens et conservateurs divergent généralement dès lors que l'on aborde des problèmes moraux et politiques tels que le régime juridique de l'avortement, la drogue et tous les « crimes sans victimes », le droit de la famille, l'immigration, le Code de la nationalité, etc. Les libertariens y apportent une réponse conçue comme le produit d'une arithmétique des « droits » (quelle est la solution compatible avec la violation d'aucun droit individuel ?). Les conservateurs cherchent leur réponse dans le respect du message de la tradition et de sa transcendance (même si cela implique l'exercice d'une contrainte parfois violente à l'égard de certains individus qui ne se sont pourtant livrés à aucune violation des droits des autres). Quant aux sociaux-démocrates qui se disent libéraux, comme les socialistes, ils n'ont qu'un seul critère de référence : la préférence du plus grand nombre (la loi, ou plutôt la « tyrannie » de la majorité), même si cela entraîne le viol des « droits » des gens de la minorité.

## **Economistes contre Philosophes :** **les écoles « libertariennes »**

Le mouvement « libertarien » regroupe les courants les plus radicaux de la pensée libérale. Leur point commun est de rechercher les solutions d'organisation sociale qui permettent aux gens de bénéficier de la plus grande liberté individuelle possible. A ce titre, ils sont partisans du « laissez-faire » (avec un « z », non un « r ») : leur conviction commune est que cet objectif de liberté maximale ne peut être atteint que dans le cadre d'une économie de marché, avec un état minimal ayant au plus pour fonction d'assurer l'ordre et la justice (c'est-à-dire l'élimination de la violence et la protection juridique des droits de propriété).

Cependant, ces libertariens sont eux-mêmes une grande famille où cohabitent et s'entrecroisent plusieurs courants de pensée philosophiques.

Les plus connus sont les économistes partagés en deux familles : d'une part, les disciples de l'école de Chicago, élèves de Milton Friedman et de James Buchanan ; de l'autre, les « autrichiens », dont les maîtres à penser sont Hayek et von Mises. Bien que très radicaux dans leur critique des modes de pensée qui ont conduit à l'hypertrophie des formes contemporaines d'économie mixte, ils n'en restent pas moins principalement « utilitaristes » dans leurs prémisses et dans leur mode de réflexion. Leur défense de l'économie de marché se fonde essentiellement sur des arguments de nature « conséquentialiste » : s'il est souhaitable que l'Etat intervienne le moins possible dans les affaires des gens, c'est parce que l'expérience et la théorie montrent que c'est le moins favorable à la production de la plus grande richesse individuelle pos-

sible. Dans cette optique, – celle de Buchanan, comme le lecteur le découvrira lui-même en lisant *Les limites de la liberté* – la liberté apparaît moins comme une fin en soi, que l'on recherche pour elle-même à l'exclusion de toute autre raison, que la condition qui permet de maximiser le bien-être du plus grand nombre. Même chez Hayek, on retrouve cette conception « instrumentale » de la liberté (le critère de « survie » du plus grand nombre, forme moderne de l'impératif divin « Crois et multiplie-toi » qui est le socle sur lequel s'est construit la pensée Lockienne).

Le deuxième grand courant est celui des philosophes libertariens pour qui la défense intransigeante de la liberté individuelle – et donc aussi de ses conditions de réalisation : une économie fondée sur la propriété et le libre marché, un Etat aux pouvoirs les plus réduits possible – répond prioritairement à un impératif éthique déduit d'une analyse rationnelle de ce que sont (ou devraient être) les sources de la morale sociale. Ils posent comme point de départ de toute réflexion politique ou économique que les gens ont, par définition, du fait même de leur présence sur terre, des *droits* qu'il est immoral et injuste pour les autres de violer. A la différence des économistes et utilitaristes, ces « droits » n'expriment pas une préférence individuelle qui, lorsqu'elle n'est pas réalisée, est source d'un déplaisir qui n'a *a priori* pas plus de poids normatif que le plaisir que retire celui qui ne respecte pas les droits des autres. Ce qu'exprime le libertarien en parlant de la « priorité ontologique » des « droits » sur les préférences individuelles est quelque chose de beaucoup plus fort : à savoir que même si le plaisir de ceux qui violent les droits des autres est infiniment plus grand que le déplaisir de ceux dont les droits sont violés (en supposant que l'on puisse effectuer une telle mesure, ce qui n'est en réalité conceptuellement pas possible), il n'en reste pas moins que ceux qui violent les droits des autres commettent un acte immoral contraire à la justice, et donc un acte qui n'a pas le droit d'être. Autrement dit, il ne suffit pas qu'un comportement ou un acte soient « efficaces » pour qu'ils soient légitimes. Des institutions qui seraient « efficaces », mais qui le seraient en acceptant que les « droits » de certaines gens soient violés, seraient « immorales » et donc privées de toute légitimité parce que moralement inacceptables.

## « Conséquentialisme » contre « Droit naturel »

Leurs noms restent encore peu connus du public français (exception faite de Robert Nozick qui a bénéficié de la controverse qui l'a opposé à John Rawls, auteur d'une *Théorie de la justice* particulièrement appréciée des défenseurs de l'ordre social-démocrate ambiant). Mais là encore, trois écoles sont à distinguer. Bien que convergeant toutes vers la même conclusion : la reconnaissance du droit fondamental et inaliénable de l'individu à s'opposer à

toute agression visant sa personne ou ses biens, elles divergent par la manière dont elles établissent l'« existence » de ce droit et son caractère moralement impératif.

La première se situe dans le droit fil de la pensée Kantienne. La protection de chaque être humain contre toute interférence extérieure non volontairement acceptée se déduit d'une analyse logique des implications philosophiques qu'entraîne nécessairement la structure interne du concept d'action. Associée notamment aux travaux de Roger Pilon (aujourd'hui directeur d'études au Cato Institute de Washington), cette approche « déontologique » est une réplique aux justifications sociales-démocrates de la théorie des droits qui ont fleuri aux Etats-Unis depuis le succès médiatique de John Rawls.

La seconde est plus strictement « individualiste ». Fille du matérialisme hobbesien, elle considère que seuls des principes déduits de la prise en compte des désirs et des motivations individuels des gens peuvent servir de fondement à l'élaboration d'une théorie sociale des droits entraînant un sentiment réel d'obligation morale (c'est le cas de Charles King, l'un des directeurs du Liberty Fund – fondation américaine, localisée à Indianapolis –, qui joue un rôle primordial dans la diffusion des idées libérales à travers le monde).

La troisième école, enfin, traduit l'intérêt qu'un nombre croissant d'intellectuels portent à une recherche fondée sur un retour à la conception aristotélicienne et thomiste de la nature. Elle est principalement illustrée par les écrits d'Ayn Rand, émigrée russe, scénariste à Hollywood, qui fonda, dans les années 50, le mouvement « Objectiviste » ; mais aussi par les récents travaux universitaires de certains de ses disciples : Douglass B. Rasmussen, David van Den Uyl... Dans cette approche, le plaidoyer pour le « laissez-faire » découle non pas de sa plus grande efficacité économique, mais du caractère éthiquement « juste » (et donc moralement contraignant) des règles de comportement qui sont nécessaires à l'homme pour exister.

Dernier courant : les « anarcho-capitalistes », dont le chef de file est le professeur Murray Rothbard, ancien « objectiviste » de la première génération, reconverti dans le « gauchisme » libertarien, et l'individualité la plus connue, David Friedman, fils de Milton.

Sachant que ce qui caractérise l'Etat est le monopole de la violence sur un territoire donné, est-il possible d'imaginer une forme d'Etat compatible avec le principe de non-violation des « droits » des gens ? Peut-il exister un Etat « légitime » qui ne soit pas autre chose qu'une institutionnalisation par la contrainte de la tutelle d'une sorte de Mafia collective ?

Alors qu'un auteur comme Robert Nozick répond en affirmant que l'Etat minimal des libéraux classiques peut exister sans qu'il lui ait été nécessaire, à un moment ou à un autre, de violer les « droits » de quelqu'un, les anarcho-capitalistes comme Murray Rothbard ou David Friedman répondent que ce n'est conceptuellement et pratiquement pas possible, et donc que tout Etat, quel qu'il soit, est par définition immoral et illégitime.

En remettant en cause l'idée même que la présence d'un Etat soit absolument nécessaire, leur principal mérite est de stimuler l'esprit critique : nous ne devons jamais nous laisser prendre au piège des arguments d'autorité. Leurs analyses de la manière dont la police, la justice, l'armée, les routes pourraient être «privatisées», reprennent des arguments déjà développés au début du XIX<sup>e</sup> siècle par des auteurs français comme Charles Comte, Charles Dunoyer et Gustave de Molinari, contemporains de Saint-Simon (qui fut, d'ailleurs, dans sa phase «libérale» du début de sa carrière, l'un de leurs amis).

## L'inventeur du « marché politique »

Jim Buchanan n'est pas de ceux qui poussent la provocation intellectuelle aussi loin. Très influencé par la lecture des libéraux italiens du début du siècle, comme il le raconte dans son discours de réception du prix Nobel d'économie en 1986, il se rattache davantage à la grande tradition du libéralisme classique et de l'Etat-minimal (mais dans le cadre d'une épistémologie individualiste hobbesienne, différente de la tradition lockienne dans laquelle se situe l'œuvre d'Hayek).

La pauvreté des commentaires parus dans la presse à l'occasion de son prix Nobel révèle à quel point Jim Buchanan reste un homme peu connu, même dans son propre pays. Sa contribution à l'évolution des idées, et à l'histoire contemporaine des mouvements libéraux, est pourtant essentielle, voire même, à bien des égards, fondatrice. Avec son compère, le professeur Gordon Tullock (qui, à juste raison, fut quelque peu mortifié par le fait de ne pas partager la récompense suprême), il est d'abord et avant tout l'inventeur – dans un premier livre, *The Calculus of Consent*, qui date de 1962 – d'une théorie des «biens publics» qui démontre à quel point la vision traditionnelle de l'Etat sur laquelle reposent nos sociétés traditionnelles, est complètement irrationnelle. De l'avis commun de tous ceux qui connaissent bien l'histoire de la pensée libérale, ce livre a joué un rôle-clé dans l'essor contemporain des critiques et déconstructions de l'Etat-providence, ainsi que dans la genèse des politiques de déréglementation. A côté d'hommes comme Milton Friedman, davantage homme public et journaliste, ou Friedrich Hayek (à qui il a fallu attendre près d'un demi-siècle pour voir l'autorité de ses idées enfin reconnue par ses pairs de la communauté scientifique), Jim Buchanan est l'un des quelques très grands chercheurs et intellectuels de l'après-guerre sans l'œuvre desquels la «Révolution conservatrice» des années 80 n'aurait probablement jamais vu le jour.

Sa silhouette évoque inmanquablement le portrait d'un ancien officier britannique de l'armée des Indes – mais avec un accent du Tennessee fort peu orthodoxe. Même raideur, à la fois aimable et distante, qui respire la concen-

tration, la densité, mais aussi la sévérité qui sied aux grands professeurs. Alors que Milton Friedman est un improvisateur hors pair, un conférencier qui sait charmer son auditoire, Buchanan ne quitte pas son texte des yeux. Rien n'est improvisé, sans que pour autant l'attention des auditeurs se fatigue. Un trait qui suggère que la rigueur est vraisemblablement l'un des caractères essentiels de son tempérament. Et c'est sans doute cette rigueur dans la pensée, dans l'analyse et dans l'expression, sans pour autant tomber dans les excès de la formalisation mathématique (que Jim Buchanan maîtrise pourtant parfaitement), qui a été honorée par le jury suédois de 1986.

Aujourd'hui installé à George Mason University, à Fairfax, près de l'aéroport international de Washington, après avoir passé plus de vingt ans dans une petite université des Appalaches, il est principalement connu comme le fondateur et chef de file, avec Gordon Tullock, de l'école dite des «choix public» ; un mouvement d'économistes, mais aussi de spécialistes des sciences politiques, dont le point commun est de se concentrer sur l'étude des institutions publiques en y appliquant les disciplines méthodologiques de l'Ecole de Chicago. Né dans les années 60, à la suite de la publication du *Calculus of Consent* (dont la traduction française reste à faire), ce mouvement scientifique a aujourd'hui une branche européenne fort active où l'on rencontre beaucoup d'Allemands, de Hollandais ou de Suédois, mais encore relativement peu de Français.

## L'« Ecole du Public Choice »

Point d'attaque de leurs travaux : l'angélisme dont font traditionnellement preuve les économistes lorsqu'il s'agit d'expliquer (ou de justifier) pourquoi l'Etat intervient. Le marché, nous dit-on, est imparfait. Il est donc naturel que l'Etat intervienne pour corriger les effets du marché lorsqu'il est établi que celui-ci ne peut fonctionner de façon satisfaisante. Ce que nous ne percevons pas est qu'en raisonnant ainsi nous partons implicitement du postulat qu'une fois que l'Etat sera intervenu, le résultat de ses interventions sera « nécessairement » meilleur que les résultats imparfaits du marché. Or, qu'est-ce qui nous l'assure ? Nous devons, expliquent Buchanan et Tullock, cesser de raisonner sur des modèles où l'Etat n'apparaît que comme un être monolithique et homogène, soit-disant parfaitement omniscient, transparent et impartial. L'Etat, soulignent-ils, c'est d'abord des hommes comme les autres, avec leurs qualités, mais aussi leurs faiblesses, leurs ambitions, leurs passions ; des hommes dont les analyses et les décisions ne peuvent pas ne pas subir l'influence des intérêts personnels qui les motivent, ainsi que les effets de l'environnement institutionnel dans lequel ils s'insèrent.

Conséquence : la principale innovation du “Public Choice” a été de généraliser l'utilisation du concept de *marché politique* ; une façon de se représenter le fonctionnement de l'Etat et de la démocratie comme un vaste marchandage où les élections consistent en quelque sorte à échanger régulièrement des promesses d'intervention gouvernementale contre des votes. Une façon aussi de dire aux économistes que s'ils veulent mener une action efficace, il est indispensable que leur réflexion intègre également la prise en compte de l'étude des incidences que peuvent avoir les « imperfections » du marché politique sur les mécanismes de la prise de décision publique. L'analyse de ces imperfections, la recherche des moyens institutionnels pour y remédier, tel est le sujet du “Public Choice”, un domaine d'étude au carrefour de la science économique, des sciences politiques, de la sociologie, mais également du droit et de la philosophie.

Le “Public Choice” ne conduit pas nécessairement à des choix libéraux. Certains y voient un moyen d'améliorer l'Etat, plutôt qu'une justification des thèses de ceux qui veulent moins d'Etat et plus de marché (cf. en France, les écrits du professeur Xavier Greffe). Tout dépend des préjugés éthiques et idéologiques qui guident le chercheur. Il n'en reste pas moins que le “Public Choice” a joué un rôle essentiel dans le déclenchement du renouveau d'influence des idées libérales. Buchanan est largement l'homme qui a démystifié l'Etat, celui qui a apporté à la critique libérale de l'Etat contemporain les arguments théoriques et la légitimité scientifique qui, d'un certain point de vue, lui faisait jusque-là défaut. En cela, son prix Nobel est amplement justifié.

## Les limites du système buchaniem

Les approches du “Public Choice” provoquent. Elles ne laissent jamais indifférent. On leur reproche, par exemple, de développer un raisonnement qui nierait l'apport social spécifique du « politique ». C'est la critique que lui font les intellectuels de gauche, bien sûr ; mais aussi, les libéraux français de l'école Aronienne qui, en raison de certains aspects « holistes » de leur pensée (pas toujours conscients), se rattachent à une tradition « conservatrice » du libéralisme, et entretiennent donc une conception de l'essence du « politique » radicalement différente, mais voisine de la vision traditionnelle des gens de gauche.

Cela dit, Buchanan fait aujourd'hui l'objet d'une autre critique, moins connue, qui vient du sein même du courant libertarien. Cette critique recoupe l'opposition entre économistes et philosophes, et vise essentiellement l'aspect « positiviste » de sa démarche.

Les analyses du “Public Choice” conduisent à la conclusion que nous vivons avec plus d'Etat que nous n'en aurions si nous respections fidèlement

les préférences des citoyens. Tout comme Hayek, Buchanan constate que nos régimes politiques reposent sur l'utilisation de mécanismes majoritaires qui bloquent l'exercice de la démocratie au profit des clientèles privilégiées des groupes de pression les mieux organisés. Cependant, pour faire des propositions concrètes, pour définir des remèdes qui fassent échec à l'extension progressive du Léviathan étatique, encore faut-il disposer d'un modèle de référence qui détermine avec précision les critères et les sources de la légitimité politique. C'est le rôle de la philosophie politique, et c'est le thème du second grand livre de James Buchanan, *Les Limites de la liberté*, dont la publication originale date de 1974.

Dans cet ouvrage, Jim Buchanan entreprend de montrer comment l'existence d'un certain Etat n'est pas incompatible avec le strict respect des préférences individuelles. Parce que cette dernière exigence impliquerait le recours à une règle d'*unanimité*, on croit généralement qu'elle rendrait impossible la constitution d'une vie sociale organisée et pacifique. Mais Buchanan montre comment, même dans un état de nature à la Hobbes, il est de l'intérêt bien compris de chacun, des gens honnêtes comme de ceux qui le sont moins, de conclure entre eux et de se contraindre à respecter un « contrat » qui définisse les droits individuels des personnes, en garantisse la libre jouissance, accepte pour cela la présence d'un minimum de contrainte et de transferts étatiques (fiscalité), et impose pour tout changement des règles du jeu le respect de procédures constitutionnelles se rapprochant autant que possible d'une règle d'*unanimité*.

Cette réflexion fait de Buchanan un « libertarien » partisan théorique d'un « Etat minimal » fortement réduit par rapport aux Etats que nous connaissons. Cependant, quand on y regarde de plus près, on découvre que son insistance à faire de l'unanimité le fondement normatif de toute décision publique, et le seul critère de toute moralité sociale (un produit de sa formation universitaire « wickselienne »), ainsi que sa théorie purement contractualiste de l'origine des droits, induisent une curieuse conception de l'éthique où, ainsi que le souligne Pierre Lemieux, ce qui est « juste » découle d'un contrat social dont la caractéristique, fort peu morale, est d'entériner et de légaliser les rapports de force de l'état de nature, au détriment de toute notion de « droit naturel » des individus. De même, on constate qu'une telle construction conduit à favoriser une politique extrêmement conservatrice du *statu quo* (en raison de la nécessité impérative d'indemniser tous ceux dont la loi change la situation, même s'il s'agit de privilèges moralement illégitimes, car acquis à l'origine par la force).

On touche ici aux limites du système buchaniens. Depuis quelques années, les travaux de philosophie politique de Buchanan font l'objet d'une contestation dont l'origine se situe dans l'intérêt grandissant que les jeunes auteurs libertariens anglo-saxons, de plus en plus critiques des approches strictement « économiques », portent au renouvellement de la théorie morale

des droits. Jim Buchanan reste l'un des grands « gourous » du mouvement libertarien dans le monde. Mais de plus en plus nombreux sont ceux qui attirent notre attention sur les contradictions auxquelles ne peut échapper son système de pensée. Chef de file de l'école « contractualiste », son influence se trouve en partie remise en question par ceux qui, au-delà des acquis de la science économique moderne, entendent affirmer qu'on ne peut pas fonder une société authentiquement libérale (ou « libertarienne ») autrement que sur une conception transcendante de l'origine des droits.

James Buchanan reste néanmoins l'un des quelques grands qui, en une génération, ont renouvelé le contenu, l'expression et la force de la pensée libérale. Moins vulgarisateur que Milton Friedman – et précisément, peut être parce qu'il n'est pas un grand vulgarisateur – James Buchanan a apporté aux idées libérales, et aux conceptions « libertariennes » de l'Etat minimal, une respectabilité scientifique qui leur faisait depuis longtemps défaut et que ne pouvaient pas leur apporter d'autres auteurs, souvent fort prolixes, trop éloignés des grands courants dominants de l'épistémologie contemporaine.

Henri LEPAGE

## Chapitre

# 1

---

## Commencement

Ceux qui cherchent des descriptions précises de ce que pourrait être la « bonne société » ne les trouveront pas ici. Enumérer mes propres préférences ne servirait à rien et ne serait d'aucun intérêt. Je ne réclame pas le droit de les imposer à autrui, même par le biais limité de la persuasion. Ces mots d'introduction expriment mon désaccord avec l'idée platonicienne d'une « vérité » politique qui ne demanderait qu'à être découverte pour être accessible à tout homme raisonnable. Nous vivons ensemble parce que l'organisation sociale nous donne les moyens d'atteindre nos objectifs individuels, non parce que la société nous permettrait d'atteindre collectivement quelque béatitude transcendante. La politique est un processus qui consiste à arbitrer nos différences, et nous ne nous entendons pas davantage sur le choix des objectifs collectifs que sur celui des biens de consommation ordinaires. Pour qui croit en une vérité politique, il est justifié de tenter de formuler les principes de la bonne société, et consacrer son temps à rechercher des normes quasi objectives peut apparaître légitime. Pour qui considère la politique comme un simple processus, une méthode permettant de concilier les différences à l'intérieur d'un groupe, tenter d'établir des normes est au mieux vain, au pire pernicieux, même si celui dont la tentative émane se qualifie d'expert. Bien qu'il soit à peu près aussi difficile qu'inhabituel de se tenir de manière conséquente à une telle position, je dirai que mon approche est essentiellement *individualiste* au sens ontologique-méthodologique du terme. Une approche individualiste n'équivaut pas à une approche personnelle, car l'individualiste-méthodologique s'interdit de projeter ses propres valeurs dans l'analyse. Sa marge de manœuvre est forcément plus étroite que celle du col-

lectiviste-élitiste qui définit des objectifs d'action sociale indépendants de toutes valeurs individuelles autres que les siennes et celles de ses partisans. L'individualiste, lui, est obligé de reconnaître l'existence de frères humains qui ont eux aussi des valeurs, et il violerait l'essence même de ses principes s'il accordait aux hommes des poids différents. Il lui est tout simplement interdit de jouer à Dieu, quel que soit le plaisir qu'il pourrait y prendre ; son attitude est aux antipodes de l'orgueil.

De ces limites, l'individualiste tire un avantage comparatif très net pour ce qui concerne l'analyse positive de l'interaction sociale. Se jugeant incapable de recommander des normes de politique sociale, il consacre bien évidemment davantage d'énergie intellectuelle à disséquer ce qu'il observe qu'à énoncer des propositions sur ce qui devrait être. S'il ne peut arrêter le fonctionnement du monde pour s'en abstraire, la compréhension de ce qu'il n'est qu'un homme parmi d'autres suscite chez lui l'humilité nécessaire à la science. Sa neutralité donne de la crédibilité à ses prévisions. Le rôle d'écologiste social qu'il assume ainsi est important et digne d'éloges, et sans doute devrait-il y avoir plus d'analyse non engagée, d'analyse conforme à la morale du scientifique et opposée à celle du réformateur social. Des hommes comme Thomas Hardy écrivant son livre *The Dynast*, ou le vieux Pareto à la recherche des uniformités sociales, illustrent l'attitude dont il est question : celle de l'observateur désintéressé qui scrute les absurdités humaines, ébahi devant une comédie que seule sa participation involontaire rend à ses yeux tragique.

Il y a cependant quelque chose de déprimant dans le fait d'occuper la position du cynique, de celui qui n'entretient ni espoir ni foi, du prophète de malheur social. Malgré le pessimisme inhérent à l'analyse ainsi définie, ne devrions-nous pas nous sentir responsable, et travailler à l'avènement d'un monde « meilleur » ? Et reconnaître que celui-ci est possible ? Nous pouvons simplement répondre que nous avons renoncé aux critères simplistes du « mieux » proposés par les réformateurs omniprésents. La cohérence exige que nous n'accordions ni plus ni moins d'importance à nos propres préférences qu'à celles des autres, ce qui est à même de modérer notre dérive naturelle vers le confort mental du philosophe-roi.

Notre approche se doit d'être *démocratique*, ce terme étant pris ici comme désignant un simple aspect de l'individualisme. Chaque homme compte pour un homme, ni plus ni moins. La réaffirmation de ce principe ne peut que nous permettre d'échapper au cynisme dans la mesure où elle est porteuse d'un critère permettant de discerner ce qui est « mieux ». Une situation peut être jugée « bonne » si en elle les individus peuvent obtenir ce qu'ils désirent, indépendamment de ce dont il s'agit, et sans autre limite que le principe de consentement mutuel. La liberté individuelle devient alors l'objectif primordial de la politique sociale, non pas en tant que moyen pour atteindre la félicité économique ou culturelle, ou en tant que valeur métaphysiquement

supérieure, mais simplement en tant que conséquence nécessaire de la méthodologie individualiste-démocratique. Dans mon for intérieur, il se peut que ce que j'observe dans un régime de liberté ne me « plaise » pas, il se peut même que je n'attache pas une grande valeur subjective à ma propre liberté. Cela ne changera rien à ce qui est là essentiel : la reconnaissance de la place primordiale de la liberté individuelle relève de l'acceptation de la méthodologie individualiste, et non des opinions subjectives de tel ou tel philosophe.

## L'utopie anarchiste

Aux yeux de l'individualiste, le monde idéal, l'utopie, est forcément anarchique. Ses seuls occupants sont des gens qui respectent les normes minimales de la tolérance et du respect mutuel. A l'intérieur de ces limites, les individus restent libres de « faire ce qui leur plaît » et les actions menées en commun sont strictement volontaires. Les gens conservent la liberté de se retirer des accords de participation qu'ils peuvent passer. Personne ne détient de pouvoir coercitif sur qui que ce soit et il n'y a pas de bureaucratie impersonnelle, civile ou militaire, pour imposer des contraintes d'en haut. En un tel contexte, l'Etat bien évidemment s'éteint, et toute résurgence de sa part est globalement considérée comme inadmissible.

Sans doute peut-on souligner cet aspect fondamental que l'utopie ainsi décrite n'est pas communiste, même si on prend ce mot malmené par l'histoire selon sa signification la plus favorable. Il n'y existe pas de normes de participation *a priori*. On peut y former des communes, mais on y rencontre aussi des ermites, qui ne sont pas forcément pauvres. Toute relation de coopération y est nécessairement de nature contractuelle, et toutes les parties en tirent des avantages ou, du moins, l'espèrent *ex ante*. Peu de déterminismes pèsent bien évidemment sur une telle utopie. La réalisation de ce que les gens « désirent », même définie comme nous l'avons fait plus haut, laisse une grande marge d'indétermination. Les personnes qui vivent dans l'utopie ne sont obligées à rien, si ce n'est de respecter leurs semblables, ce qui, de prime abord, représente une contrainte minimale. Des formes très différentes de comportement interpersonnel sont susceptibles de se rencontrer en ce cadre. Certaines peuvent faire l'objet de « préférences » de la part de celui qui les observe.

L'attrait persistant de l'utopie anarchiste est trompeur. Et il ne faut pas réfléchir très longtemps pour découvrir que tout en elle n'est que mirage de l'esprit. Quelles seront en son sein les limites circonscrivant la liberté du comportement individuel ? Il pourrait sembler réaliste, à première vue, de laisser chacun faire ce qui lui plaît. Mais que pourrait-il se passer si rien n'in-

diquait les frontières de la propriété ? Si une personne ne voulait pas voir de gens aux cheveux longs tandis que d'autres décideraient de les porter ainsi ? Un problème aussi anodin suffirait en pratique à faire planer une menace et à impliquer que celle-ci soit conjurée. On pourrait, certes, recourir à un principe normatif disant que nulle interférence flagrante dans l'habillement ou la coiffure n'est admissible. Mais, à moins que ce principe ne fasse l'objet d'une sorte de consentement naturel et universel impliquant qu'il ne serait de toute façon pas nécessaire de recourir à lui, il faudrait alors faire respecter ce qu'il édicte. Le fait qu'une personne se croit justifiée de limiter la liberté qu'ont les autres de vivre comme ils l'entendent peut suffire pour qu'un véritable ordre anarchique devienne impossible.

Forcé de débattre de ce type de problème d'organisation pratique, l'anarchiste philosophique peut montrer qu'il a d'autres cordes à son arc. Il peut admettre l'intérêt de notre exemple, mais nier que celui-ci ait une quelconque signification dans le cadre de sa conception de l'utopie. Il peut dire ainsi que l'idée d'une réciprocité entre les individus est susceptible d'être introduite, et soutenir que l'importun accepterait volontairement, en ce contexte modifié, de respecter la liberté des autres, puisqu'il se trouverait alors incité à comprendre que, s'il ne pratique pas ce respect, les autres s'empresseraient de restreindre sa propre liberté d'action : malgré ses préférences personnelles, l'importun se retiendrait d'intervenir parce qu'il craindrait une intrusion en retour dans ses propres affaires.

L'irrespect de la liberté des autres n'a, cela dit, pas la même valeur aux yeux des différents acteurs : si le groupe compte des personnes qui n'aiment pas interférer dans le comportement d'autrui, et *a fortiori* si l'action d'interférer comporte un coût, un interventionniste pourra continuer impunément à empêcher l'équilibre, au mieux précaire, du fonctionnement social. Cette faille dans la vision anarchiste semblerait néanmoins elle-même susceptible d'être comblée si on acceptait dans le cadre du libre-échange interpersonnel le recours, au titre de numéraire, à une marchandise ayant une valeur reconnue par tous. Cette marchandise devenue « monnaie » pourrait rendre plus facile la comparaison des valeurs et permettre aux gens de s'associer pour acheter, ou pour soudoyer, un récalcitrant solitaire. Une compensation appropriée peut amener un interventionniste à cesser d'interférer dans le comportement personnel des autres. Par le biais de dessous de table en monnaie-marchandise, les gens sont à même de réconcilier leurs évaluations.

Les dessous de table, dirions-nous, soulèvent cependant des difficultés nouvelles. S'ils voient là un moyen de gagner de l'argent, des individus peuvent trouver avantageux de devenir récalcitrants non pas en raison de leurs préférences profondes, mais en raison du rendement qu'ils peuvent attendre d'une telle attitude. Pour revenir à notre exemple, en soudoyant celui qui déteste si profondément les cheveux longs qu'il interviendrait même en l'absence d'un paiement compensatoire, on pourrait amener ainsi des personnes

que les styles de coiffure ne préoccupent pas à intervenir aussi pour toucher une récompense pécuniaire. Le recours à une monnaie ne garantirait donc pas l'ordre d'une société anarchiste.

Lorsqu'on se donne les moyens de l'examiner attentivement, l'anarchie ne paraît pas pouvoir constituer le principe de base permettant l'organisation de l'ordre social, même si on reste dans les limites du comportement personnel au sens strict du terme. Son inadéquation apparaît plus évidente encore lorsqu'on considère les activités qui, de par leur nature, sont porteuses de conflits interpersonnels. Avant de passer à elles, sans doute pourrait-on cependant présenter une défense de l'anarchie qui, pour être moins globalisante, est plus convaincante. Quand bien même on ne peut qu'admettre l'impossibilité de fonder sur elle un ordre social, on peut observer en effet que l'anarchie fonctionne dans de nombreux secteurs de l'interaction humaine. Il est d'autant plus important de le reconnaître que cette omniprésence même de l'anarchie ordonnée a pour conséquence que l'attention se focalise sur les désordres qui menacent en périphérie.

D'innombrables activités exigent des gens qu'ils respectent les règles de base de la tolérance mutuelle. Ces activités se déroulent quotidiennement et sans règles formelles. Elles sont rendues possibles parce que les acteurs acceptent les normes de conduite minimales qu'exigent la génération et le maintien de l'ordre. Prenons le cas d'une simple conversation entre plusieurs personnes. La communication y existe par ce que tous acceptent la règle selon laquelle une seule personne à la fois parle. L'anarchie fonctionne. Elle cesse de fonctionner dès que des individus n'acceptent pas ou n'acceptent plus les règles de tolérance. Si tous les ouvriers de la Tour de Badel avaient tenté de parler en même temps, la communication se serait effondrée, indépendamment même des phénomènes de distorsion de sens liés à la pluralité des langues. C'est un paradoxe des radicaux de notre époque qu'ils se prétendent souvent anarchistes alors que leur comportement quand, par exemple, ils chahutent les orateurs et interrompent les assemblées, contribue à détruire les éléments les plus viables de l'anarchie existant.

Un exemple parmi d'autres. Le fait que l'université des années 60 était organisée sur le mode de l'anarchie ordonnée, et qu'elle dépendait en cela de l'acceptation de règles implicites de tolérance et de respect mutuel a-t-il contribué à ce qu'elle soit particulièrement vulnérable ? Depuis, les universités sont en tout cas devenues moins anarchiques : à mesure que la frontière de ce qu'il est admissible a été transgressée, elles ont été amenées à formaliser les règles de conduite. Lorsque l'interaction humaine atteint des limites et devient conflictuelle, des mécanismes institutionnels émergent pour résoudre les conflits, et viennent étendre le domaine des règles formalisées. Quand les hommes respectent les règles implicites, la formalisation est inutile. Quand ils ne les respectent pas, des modalités de formalisation, d'institutionnalisation et de mise en pratique s'avèrent nécessaires.

L'apparition de conflits nouveaux ne doit cependant pas occulter entièrement le très grand nombre des interactions qui, même si leur intérêt analytique est mineur, continuent à être menées de manière relativement ordonnée, et sans qu'il ait été besoin de définir des règles formelles de conduite personnelle. Les hommes et les femmes partagent des trottoirs et des rues communes. A de rares exceptions près, ils respectent les files d'attente au supermarché, à la banque ou à l'aéroport. L'Américain moyen manifeste dans son comportement ordinaire un respect très profond pour son semblable dont nous pouvons voir quotidiennement de multiples manifestations. Que ce respect reflète la transmission d'une éthique chrétienne ou kantienne autrefois enseignée dans les écoles, ou qu'il soit plus profondément enraciné dans l'âme humaine, son existence en tout cas ne fait pas de doute <sup>1</sup>. Le résultat le plus inquiétant des années 60 est le commencement de l'érosion de ce respect. Si les Américains perdent leur esprit de tolérance mutuelle, s'ils abandonnent le principe « vivre et laisser vivre » qui gouverne la plupart de leurs interactions indépendamment de toute règle étatique coercitive, il en résultera un effacement de ce qui, dans la vie civilisée, est à la fois anarchique et ordonné, avec des conséquences incalculables en termes de souffrance humaine. Comme nous l'avons écrit plus haut, tout équilibre dans un système anarchique est au mieux fragile. L'individualiste ne peut voir dans la réduction du domaine des activités anarchiquement *ordonnées* qu'un « mal » absolu. Il doit néanmoins avoir conscience de ce que l'anarchie n'est tolérable que dans la mesure où elle produit un niveau d'ordre acceptable. Sinon la guerre anarchique de tous contre tous, où la vie est pénible, quasi animale et brève, ne peut que laisser la place à l'ordre que le souverain vient imposer.

Cette introduction à l'anarchie ordonnée ne serait pas complète si nous n'insistions pas sur un autre point auquel nous avons déjà fait allusion. Quelle est la qualité morale de ce qui résulte des interactions personnelles volontaires en l'absence de règles formalisées ? Qu'est-ce qui est « bien » et « mal » dans un tel contexte ? La réponse est simple, mais revêt une importance capitale. Est « bien » ce qui « tend à émerger » des choix libres des individus concernés. L'observateur extérieur n'est pas habilité à établir les normes des « bons » résultats indépendamment du *processus* qui y mène. Son évaluation doit concerner non pas les résultats comme tels, mais les moyens de les atteindre. Et dès lors qu'il peut constater que les individus agissent librement à l'intérieur des conditions minimales de tolérance et de respect mutuel, tout résultat qui émerge, quel qu'il soit, mérite d'être qualifié par lui de « bon ».

---

1. On trouvera d'autres exemples ainsi que des éléments d'analyse plus précis de la question dans Roland N. MC KEAN, « The Economics of Trust, Altruism and Corporate Responsibility », in *Altruism and Economic Theory*, sous la direction de E.S. PHELPS, New York, Russell Sage Foundation ; voir aussi Diane WINDY CHARNOVITZ, *The Economics of Etiquette and Customs : The Theory of Property Rights as Applied to Rules of Behavior*, thèse de maîtrise, Université de Virginie, Charlottesville, 1972.

Cette relation entre l'évaluation et les procédures vaut aussi pour ce qui concerne l'ordre non anarchique. Mais si on ne comprend pas comment elle fonctionne dans les contextes d'interaction anarchique, il sera sans doute difficile de saisir la façon dont elle se retrouve dans les situations d'interaction formalisée.

## Le calcul du consentement

Dès qu'il prend conscience des limites chez l'homme de la considération pour autrui et de l'omniprésence des conflits personnels dans l'anarchie, l'extrême individualiste ne peut que reconnaître la nécessité de faire respecter l'ordre, et donc celle d'un mécanisme institutionnalisé permettant de résoudre les disputes entre les personnes<sup>2</sup>. Comme nous l'ont appris les œuvres de Thomas Hobbes et celles des théoriciens contractualistes qui sont venus avant et après lui, c'est une reconnaissance de ce type qui explique, au moins théoriquement, les origines de l'Etat. Cette façon de raisonner, essentiellement économique, peut servir à rendre compte de nombre d'aspects de la réalité politique.

C'est sur sa base qu'a été rédigé et publié en 1962, *The Calculus of Consent*<sup>3</sup>. Dans ce livre, Gordon Tullock et moi-même laissons courir notre imagination et utilisons nos compétences professionnelles pour poser les fondements logiques d'une structure politique constitutionnelle et démocratique fort proche de celle envisagée par les « pères fondateurs ». Nous proposons une interprétation des institutions apparues au cours de l'histoire américaine qui divergeait sur plusieurs points essentiels des acquis de la science politique moderne. Notre cadre d'analyse était contractualiste en ce que c'est en plaçant théoriquement les gens dans des situations idéales susceptibles de permettre un accord mutuel<sup>4</sup> que nous tentions de rendre compte de l'émergence des institutions présentes, et d'établir des normes pour modifier les

2. Cette idée ne fait pas l'unanimité. Murray ROTHBARD soutient que, dans une véritable anarchie, les conflits seraient réglés par des associations ou clubs de protection qui se constitueraient librement ; voir son ouvrage *For a New Liberty*, New York, Macmillan, 1973. (En langue française, voir Murray ROTHBARD, *L'éthique de la liberté*, Paris, Belles Lettres, 1991. N.D.T.). Mais une telle thèse ne résout pas le problème de la définition initiale des droits, qui est le problème central dont je traite ici.

3. James M. BUCHANAN et Gordon TULLOCK, *The Calculus of Consent : Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1962 et, pour l'édition de poche, 1965.

4. Bien que notre approche ait été de nature plus économique, notre cadre analytique ressemble fort à celui que RAWLS emploie pour mettre au point des principes de justice ; voir John RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987.

règles existantes. *The Calculus of Consent* peut être considéré, au même titre que d'autres livres que j'ai écrits, comme une tentative d'imposer une « vision de l'ordre » aux réalités institutionnelles et comportementales observées.

Je suis devenu au fil du temps de plus en plus insatisfait de cette manière foncièrement optimiste de voir les choses. Comme plusieurs de nos critiques de droite l'ont souligné, la « théorie des choix publics » exposée dans *The Calculus of Consent* peut servir à rationaliser presque n'importe quelle règle de décision concevable, ou presque n'importe quelle conséquence particulière de règles antérieurement choisies. Elle ressemble en cela à la théorie des marchés telle qu'elle est utilisée par certains des avocats les plus inconditionnels du laissez-faire. Par ses aspects tautologiques, elle ne fournit donc aucun programme d'action étatique ou collective, ni en termes de procédures ni en termes opérationnels. Mais c'est surtout de ma propre perception de la réalité que me sont venus les doutes les plus importants. J'en suis venu graduellement à décrire ce que j'observais autour de moi comme relevant de l'« anarchie constitutionnelle » plutôt que de la traduction institutionnelle de valeurs individuelles en résultats collectifs. Dans les années 70, une bonne partie de ce qu'il faut expliquer semble se prêter bien mal à une analyse reposant sur des processus institutionnels à somme positive. Les processus à somme nulle ou négative rendent mieux compte de ce qui se passe dans de nombreux domaines de la politique moderne, et je me surprends, comme Pareto, à être de plus en plus porté vers des modèles non logiques de comportement individuel, de même que vers des modèles non démocratiques et non constitutionnels de choix collectifs.

Mes valeurs fondamentales sont néanmoins toujours individualistes, constitutionnalistes, contractualistes, démocratiques – mots essentiellement synonymes à mes yeux. Professionnellement, je reste un économiste. Mon objectif ici est d'« expliquer », avec les outils professionnels de l'économiste et sur la base des valeurs énoncées, une partie du malaise sociopolitique qui règne présentement. On peut dire, en utilisant les termes dans un sens large, que *The Calculus of Consent* visait à appliquer la « théorie des biens publics », interprétée dans un sens wicksellien, aux structures politiques et à la formation des règles de décision en leur cadre. On pourrait dire dans une même direction que le présent ouvrage constitue un recours à la « théorie des maux publics » pour expliquer les défaillances de la structure politique et institutionnelle. J'espère sous cet angle qu'il complètera le précédent. L'un et l'autre en tout cas sont contractualistes. Dans *The Calculus of Consent*, les institutions existantes et potentielles étaient expliquées comme émergeant d'accords contractuels entre les participants individuels rationnels. Dans ce livre, les institutions existantes et potentielles sont, comme les comportements à l'intérieur de certaines contraintes institutionnelles, expliquées sur la base d'une impossibilité de passer des accords contractuels prometteurs ou, lorsque des accords sont passés, d'une impossibilité de les faire appliquer et

respecter. L'ordre politico-légal est un bien public ; le désordre est un mal public. Le premier constitue le simple envers du second.

La différence entre ce livre et le précédent peut être soulignée un peu plus nettement encore. Toute analyse des défaillances institutionnelles mène nécessairement à s'interroger sur l'absence de règles efficaces régissant l'interaction sociale ou, ce qui revient au même, sur l'érosion ou l'effritement de règles et d'institutions autrefois viables. Il est essentiel dans une telle direction d'examiner attentivement comment l'anarchie en tant que système d'organisation fonctionne dans la pratique et en l'absence du comportement individuel idéalisé qui caractérise les utopies des anarchistes romantiques. Les conflits interpersonnels prennent alors plus d'importance que la coopération. Lorsqu'on met l'accent sur les avantages mutuels, il est moins nécessaire de se préoccuper de la distribution initiale des « droits » entre les personnes. Dans *The Calculus of Consent* nous n'avons pas jugé nécessaire d'aller au-delà de l'hypothèse selon laquelle il existe, au moment de l'enclenchement du processus contractuel, des individus ayant des droits relativement bien définis. Peut-être le fait de se limiter à cette simple hypothèse était-il difficile à défendre, même dans le contexte que nous avons posé, mais il est certain en tout cas que, dans un contexte où les conflits interpersonnels ont plus d'importance, on ne peut éviter l'ensemble des questions reliées à la distribution susdite.

Une autre différence importante doit être notée. Lorsque l'action collective est interprétée comme l'expression des comportements individuels dirigés vers la recherche de l'efficacité susceptible de résulter des efforts de coopération, on a tendance à négliger les problèmes liés au contrôle des organes auto-entretenus et auto-évolutifs de la collectivité elle-même. Le contrôle sur l'Etat fait rarement question quand on aborde l'action collective en termes purement contractualistes. Il fait question par contre quand l'existence d'un pouvoir politique qui déborde les limites raisonnables du contractualisme se trouve prise en compte.

## Les origines de la propriété

L'anarchie échoue nécessairement lorsqu'il n'y a pas de démarcation « naturelle » ou mutuellement reconnue entre les sphères d'intérêt personnel des individus. Dans un cadre tel que celui des exemples évoqués plus haut, on peut sans doute soutenir que les aspects purement personnels du comportement ne seraient pas touchés, et que la ligne de démarcation serait globalement respectée. Mais dès qu'on quitte le domaine des affaires personnelles, les potentialités de conflit réapparaissent. Robin des Bois et Petit Jean se retrouvent face à face au milieu d'une passerelle étroite. Quelle règle « naturelle » est susceptible de déterminer lequel des deux peut continuer et lequel

doit céder le passage ? Il ne s'agit là que d'un exemple prélevé sur l'ensemble extrêmement varié des interactions où le conflit, plutôt que l'accord implicite, semble la norme. Dès qu'on sort des activités intimes et, au sens fort du terme, privées, on trouve peu de frontières « naturelles » qui peuvent susciter l'accord de tous. Un monde vraiment anarchique serait un dédale de passerelles où, plutôt que la coopération universelle, la relation conflictuelle régnerait. Et à moins qu'on ne fasse respecter une entente minimale, des infractions flagrantes caractériseraient même les secteurs où l'anarchie pourrait suffire à engendrer un ordre acceptable.

Il importe de définir des limites, car l'anarchie ne fonctionne que dans la mesure où les frontières entre les personnes sont implicitement reconnues par tout le monde, ou imposées par quelque autorité. Lorsque les frontières naturelles entre les individus dans les activités qu'ils entreprennent sont absentes, le besoin d'une structure définissant ce qui revient à chacun se fait jour, quand bien même cette structure serait par elle-même arbitraire. C'est dans ce besoin universel de souligner la démarcation entre le *meum* et le *tuum* que se trouve le fondement logique de la propriété. Pour échapper à l'univers hobbesien du conflit perpétuel, il faut une définition explicite des droits reconnus aux personnes de faire telle ou telle chose. Je n'oserais m'aventurer ici dans les débats souvent confus concernant les « théories de la propriété », mais il sera utile d'être dès le départ bien précis sur certaines questions. On a trop insisté sur l'aspect normatif de la propriété et sur la dimension physico-spatiale du concept, ce qui a produit une séparation trop nette entre des ensembles d'actions humaines très semblables. Au sens où nous en parlons ici, les droits de propriété peuvent ou non revêtir une dimension spatiale.

Pour en revenir à notre exemple, une personne peut avoir le droit de se laisser pousser les cheveux, ce qui signifie qu'elle peut empêcher les autres de les lui couper. Mais même ce droit personnel est limité : la personne qui se laisserait pousser les cheveux n'aura peut-être pas le droit de vivre la tête couverte de poux. Il n'y a que peu ou pas de droits absolus, qu'on utilise les mots dans un sens positif ou dans un sens négatif. Prenons le cas banal du droit de propriété foncière. Celui-ci permet habituellement à la personne qui est désignée comme le propriétaire d'empêcher les autres de mener certaines activités sur son terrain (chasse, braconnage, camping, culture maraîchère, etc.), mais pas toute forme d'activité (comme l'illustrent les servitudes de service public). Celui-ci permet aussi au propriétaire de mener certaines des activités qu'il souhaite mener, mais non sans restrictions. Même si la loi le qualifie de propriétaire, il est possible de lui interdire (au moyen, par exemple, de règlements d'occupation des sols) de faire tout ce qui lui plait<sup>5</sup>.

5. Dans le contexte des débats historiques, mon approche s'apparente davantage à la conception germanique et féodale de la propriété qu'à la conception romaine. Concernant cette distinction ainsi que d'autres aspects de la théorie de la propriété, on consultera Richard SCHLATTER, *Private Property. The History of an Idea*, New Brunswick, Rutgers University Press, 1951, p. 9.

Il importe de bien comprendre quelle est la fonction première de la propriété dans un ordre social fondé sur la liberté individuelle. En ce qu'il permet la distribution ou la répartition des « droits » entre les différents individus d'une communauté, ce principe organisateur fondamental de l'anarchie peut s'étendre à de vastes domaines du comportement humain. Si Robin des Bois et Petit Jean savent, à l'avance, qui a le « droit » d'emprunter la passerelle quand un conflit potentiel se manifeste, et si, de plus, ils savent qu'on fera respecter ce « droit », chacun peut vaquer à ses occupations ordinaires sans surveillance ni contrôle minutieux. Si Petit Jean se voit reconnaître un droit de propriété sur la passerelle, Robin des Bois ne pourra emprunter celle-ci qu'après avoir obtenu son autorisation, par le négoce ou par un autre biais. La délimitation des droits de propriété est en pratique l'instrument ou le moyen par lequel une « personne » se trouve, au départ, définie.

On pourrait situer conceptuellement une « personne » sur une échelle <sup>6</sup>. A l'une des extrémités de l'échelle, celle de l'esclavage pur et parfait, l'être humain n'a absolument aucun droit. Il n'est autorisé à mener aucune activité quelle qu'elle soit, et quels que soient l'heure et le lieu, sans l'autorisation explicite de quelqu'un. A l'autre extrémité de l'échelle, celle du pouvoir absolu, on peut imaginer un être humain à qui il est permis de faire tout ce qui est possible, dans les seules limites des contraintes physiques. Cet être ne se voit pas empêché de faire quoi que ce soit et littéralement rien ne lui est interdit, même pas ce qui affecte d'autres membres de l'espèce humaine. On peut considérer comme logiquement impossible que, dans le cadre d'une interaction donnée entre deux personnes, l'une des deux extrémités de cette échelle soit occupée par les deux personnes concernées. Si on prend en considération une interaction sociale à plusieurs personnes, il devient évident que le panier de droits accordés à une personne quelle qu'elle soit ne peut que se situer quelque part entre les extrêmes, et qu'aucune distinction catégorique ne peut être établie entre l'ensemble des droits qu'on qualifie habituellement de « droits de l'homme » et l'ensemble des droits appelés « droits de propriété ». La liberté d'expression de *A*, généralement considérée comme un « droit de l'homme », l'autorise-t-elle à pénétrer dans la maison de *B*, faisant l'objet d'un « droit de propriété », pour y crier des obscénités ? On peut noter en outre que, même dans un modèle théorique, aucune attribution de droits ne peut être complètement égalitaire. Il n'y a qu'une passerelle, et un droit de priorité doit être accordé *ou bien* à Robin des Bois *ou bien* à Petit Jean. Mais il est impossible que les deux hommes détiennent ce droit simultanément, car cela équivaldrait à la suppression de tout droit, et impliquerait donc la résurgence du conflit hobbesien. C'est, bien sûr, précisément dans ce genre de situation où des personnes et des groupes font valoir des demandes conflictuelles

6. Richard TAYLOR présente une analyse du même genre dans *Freedom, Anarchy, and the Law*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1973, p. 9.

qu'apparaissent la plupart des problèmes de l'interaction sociale. Nous reviendrons sur ces questions plus loin dans cet ouvrage.

En l'absence d'un tracé de frontières ou de limites circonscrivant les droits de faire des choses et/ou d'exclure ou d'empêcher autrui de faire des choses, on ne pourrait guère parler de l'existence de l'individu en tant que tel. Une fois les limites définies par contre, et quelle que soit leur origine, un individu devient clairement un être distinct de ses semblables. Muni de ses droits, et les connaissant comme il connaît ceux des autres, l'individu est en position de passer des accords avec d'autres personnes, de procéder à des échanges et, d'une manière générale, de se comporter comme un homme libre *au sein* de la société des hommes. Robinson Crusoé est un homme libre de faire à peu près ce qu'il veut dans les limites que lui impose son environnement physique, mais avant l'arrivée de Vendredi, il n'est pas libre de passer des accords et de conclure des échanges avec d'autres hommes. Une personne qui vit en société se définit par ses « droits » de mener certaines activités à certains moments et en certains lieux, « droits » qu'elle est libre d'échanger ou non avec autrui. Si Caius est un homme libre et non un esclave, il peut travailler pour qui il veut ; il peut donc conclure un accord avec Titus pour échanger son travail contre du maïs. Pour satisfaire sa part du contrat, Titus doit détenir sur le maïs des « droits » qui l'habilitent à céder effectivement celui-ci à Caius.

Même dans un exemple aussi simple que celui-là, on voit bien que les « droits » varient d'une personne à l'autre. Si, en pratique, tous les hommes étaient identiques sous tous rapports, y compris sous celui de la spécification exacte de leurs droits, il ne pourrait y avoir d'accords mutuels, sauf dans les cas de rendements croissants à l'échelle justifiant des productions spécialisées. Dans un monde d'égaux, l'essentiel des motivations rendant l'échange possible s'évanouissent. Les gens procèdent à des échanges de droits parce qu'ils sont différents, que les différences soient affaire de capacités physiques, de dons, ou de goûts et de préférences.

## Traitement égal pour des inégaux

Dans le chapitre 2 et dans les suivants, j'analyserai en détail ce qui concerne l'attribution des droits aux personnes. Mais il me faut pour le moment et à ce stade traiter d'une contradiction apparente. J'ai décrit plus haut l'approche qui est au centre de cet ouvrage comme démocratique ou individualiste au sens où en elle chaque personne compte au même titre que toute autre. Il me faut démontrer que cette base, essentiellement normative,

est compatible avec l'idée selon laquelle les hommes diffèrent nécessairement les uns des autres, et diffèrent aussi sous l'incidence de l'attribution des droits.

Les individus diffèrent sur plusieurs plans importants et significatifs : les différences entre eux tiennent à la force physique, au courage, à l'imagination, aux goûts et aux talents artistiques, à l'intelligence, aux préférences, aux attitudes par rapport aux autres, au style de vie personnel, à la sociabilité, à la *Weltanschauung*, à l'autorité naturelle, et aux ressources matérielles dont chacun d'eux dispose. Nul ne peut nier la vérité élémentaire de cette affirmation, qui est, bien sûr, amplement confirmée par l'observation empirique. Nous vivons dans une société d'*individus*, et non dans une société d'*égaux*. Il serait vain de vouloir la considérer comme si elle était autre qu'elle n'est.

Dans l'anarchie hobbesienne, les différences individuelles se traduisent par des différences de réussite dans la lutte perpétuelle pour la survie. Mais notre objet ici est l'analyse d'un ordre social qui est non anarchique, au moins au sens où il inclut des moyens institutionnels permettant de résoudre les conflits entre les personnes. Un tel ordre implique, indépendamment de la façon dont ceux-ci ont émergé et indépendamment des différences entre les personnes, l'existence d'une structure de droits individuels, ainsi qu'une agence collective, l'Etat. Il est essentiel de traiter séparément ce qui concerne l'attribution des droits aux individus et aux groupes dans la société, d'une part, et, d'autre part, ce qui concerne la mise en œuvre de cette attribution. Une confusion profonde, mais compréhensible, naît de l'incapacité de bien séparer ces deux aspects.

Les personnes sont définies par les droits qu'elles possèdent et qui sont reconnus par les autres. Quand deux personnes s'engagent dans un échange, chacune doit forcément et de manière réciproque respecter les droits de l'autre. Si tel n'est pas le cas, si les demandes de l'une des deux parties sont satisfaites par l'autre mais sans la réciproque, on n'a pas quitté l'anarchie et l'échange au véritable sens du terme n'est pas possible. Cela revient à dire qu'une entente mutuelle sur l'attribution des droits implique le respect *égal* et *réciproque* des droits attribués. Toute attribution de droits implique aussi que l'agence qui les fera respecter, c'est-à-dire l'Etat, accomplisse sa tâche de manière impartiale ; autrement dit, traite toutes les personnes de manière égale pour ce qui concerne l'organisation et la mise en œuvre du respect des droits. Les gens doivent être traités de manière égale dans la mesure où l'attribution des droits implique l'impartialité, et non dans la mesure où ils sont égaux<sup>7</sup>. En réalité, ils sont et demeurent inégaux. La clause d'impartialité se traduit par un traitement égal d'êtres inégaux, non d'êtres égaux. La confusion vient souvent de ce que l'égalité de traitement est considérée comme un attribut de l'égalité réelle. Autrement dit, il est souvent présupposé que l'égalité

7. Voir Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du Contrat social*, 1762 ; voir aussi Henry MAINE, *Ancient Law*, Boston, Beacon Press, 1963, p. 89.

de traitement implique l'égalité de fait ou, pour le moins, que l'égalité est la norme du progrès social. Thomas Jefferson aurait pu permettre qu'une bonne partie des confusions à venir soient évitées si son déisme l'avait autorisé à modifier légèrement ses affirmations. Aurait-il écrit « aux yeux de leur créateur, tous les hommes sont égaux » plutôt que « tous les hommes sont créés égaux », il aurait sans doute mieux traduit ce qu'il semble avoir voulu dire. La norme du traitement égal découle directement de l'établissement de l'identité et de la définition des personnes, et n'implique ni l'égalité de fait ni l'inscription de l'égalité en position de norme du progrès social<sup>8</sup>.

## Quis custodiet ipsos custodes ?

Pour l'individualiste, l'idéal est l'anarchie ; réaliste, il doit toutefois admettre la nécessité d'une agence d'exécution du droit, d'une collectivité, d'un Etat. La norme minimale de procédure que doit respecter toute entité de ce genre réside dans le traitement égal de tous ceux qui ont qualité de membres, c'est-à-dire de personnes, quelles que soient les différences entre eux. Cette norme, fondamentale pour un ordre social individualiste, s'exprime de manières diverses dans nos maximes et notre vocabulaire courant : « l'égalité devant la loi », « la loi est la même pour tous », « la souveraineté du droit », « le gouvernement des lois plutôt que le gouvernement des hommes », « des règles, pas des ordres », « la justice est aveugle », etc. Mais qu'est-ce que « le droit » ? Ou, plus exactement peut-être, quelles sont les limites de la loi ? Une agence d'exécution est nécessaire en raison de l'existence des conflits d'intérêts, et son rôle consiste à protéger les droits individuels de faire certaines choses, parmi lesquelles passer des contrats et les mettre en œuvre. En jouant ce rôle, elle part des droits tels qu'ils ont été attribués. Dans ces limites et ce contexte, elle n'a pas à établir ou à définir les droits.

Si on confie à la collectivité le pouvoir de faire respecter les droits individuels, comment pendant l'empêchera-t-on d'outrepasser ses limites ? Quels sont les « droits » de l'agent d'exécution, de l'Etat ? Dès lors qu'on peut, en théorie, séparer la question de la protection des droits et de l'exécution de contrats impliquant l'échange de droits entre les personnes, d'une part, et,

---

8. La Déclaration française des droits de l'homme de 1789 prête encore plus à confusion que la formule de JEFFERSON dans la Déclaration d'indépendance américaine. Elle énonce en effet que « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en *droits* ». (C'est nous qui soulignons). Une telle phrase suggère l'idée fautive que les hommes doivent être, ou qu'on doit les rendre, égaux en fait avant qu'ils ne puissent prétendre à l'égalité de traitement dans un régime démocratique. On trouve dans cette idée la source de la grande confusion qui entoure de nos jours les recherches génétiques.

d'autre part, la question des changements exogènes dans l'attribution des droits, on doit aussi pouvoir spécifier, en théorie toujours, les droits dont la collectivité dispose pour agir. On ne peut se contenter de reculer et tenter de concevoir une agence de protection supérieure qui protégerait et délimiterait tout à la fois les droits de l'Etat et ceux des individus. Il faut bien que la hiérarchie de l'exécution s'arrête quelque part, et nous devons ici, vu notre objet, nous en tenir au premier niveau. Il est facile d'imaginer la collectivité jouer un rôle de protection de la personne et de la propriété contre des actes « illégaux » commis par d'autres personnes. Il est plus difficile d'imaginer comment les individus peuvent faire respecter leurs droits contre des actes « illégaux » commis au nom de la collectivité même. Comment enchaîner le Léviathan ? Ce problème, qui a de tout temps préoccupé les philosophes politiques, n'a reçu de réponse vraiment satisfaisante ni dans le domaine de l'analyse ni dans celui de l'expérience politique concrète.

Deux méthodes de limitation du pouvoir de la collectivité bien distinctes ont été proposées et expérimentées. La première a consisté à recourir à des mécanismes institutionnels variés destinés à restreindre le niveau global de l'interférence collective dans les choix individuels. La république romaine a voulu ainsi faire partager le pouvoir exécutif par deux magistrats (ou davantage) nommés simultanément au même poste. L'Europe médiévale a vu l'opposition d'une noblesse féodale décentralisée à l'Eglise centralisée, puis à l'Etat-nation naissant. Montesquieu a analysé les modalités susceptibles de permettre une division du pouvoir de l'Etat. Les Suisses ont, grâce au fédéralisme, globalement réussi à préserver leur liberté pendant des siècles.

La seconde méthode a consisté à proclamer ouvertement la croyance en une « loi supérieure » gouvernant les actes du souverain autant que ceux des hommes ordinaires. Les formes et les modalités ont, là encore, été très diverses. Les Tables de la loi mosaïque et le *Livre de Mormon* constituent des exemples, l'un ancien, l'autre moderne, de « lois » d'origine divine. Des philosophes ont cherché des « lois naturelles » qui seraient inhérentes à la nature humaine et imposeraient des normes aux collectivités. Les philosophes des Lumières ont utilisé l'idée de contrat social pour expliquer l'origine et les limites du pouvoir étatique. Le recours à des constitutions écrites et datées a eu pour but essentiel d'offrir une garantie durable des limites du pouvoir de l'Etat. Les mécanismes institutionnels et les croyances politiques dont les sociétés occidentales ont hérité varient grandement. Aux Etats-Unis, les « pères fondateurs » ont mêlé le fédéralisme et la séparation des pouvoirs telle que conçue par Montesquieu, et ils ont voulu garantir le tout à l'aide d'une constitution écrite fondée sur des postulats relevant à la fois du contrat social et du droit naturel.

Qui peut prétendre, dans le contexte des années 70, que ces efforts ont été couronnés de succès ? Depuis la terrible guerre civile des années 1860, le fédéralisme, en tant que moyen de tenir en échec la domination du gouverne-

ment central a presque complètement disparu. Seules des circonstances fortuites peuvent expliquer que le gouvernement fédéral n'ait pas crû davantage jusqu'à 1930. Depuis la Grande Dépression, nous avons pu assister à une croissance continue et de plus en plus forte de notre propre Léviathan. On peut décrire ce que nous connaissons actuellement comme une situation d'« anarchie constitutionnelle » où le domaine et l'étendue du pouvoir du gouvernement fédéral sur les individus dépend essentiellement des préférences aléatoires des politiciens qui occupent les positions du pouvoir judiciaire, législatif et exécutif. Les gens se sentent de plus en plus à la merci d'une bureaucratie anonyme et irresponsable, de manigances susceptibles de bousculer leurs projets personnels de manière inattendue et sans qu'il puissent espérer obtenir réparation.

Les naïfs dans nos rangs voient dans le droit pour les hommes de recourir à la révolution l'ultime barrière au pouvoir étatique. Mais, comme Gordon Tullock l'a démontré, la menace d'une révolution véritable ne peut qu'avoir un poids insignifiant pour l'organisation collective en place<sup>9</sup>. On ne peut attendre d'un individu en tant qu'individu qu'il crée le « bien public » qu'est la révolution romantique, même s'il fait face à la plus oppressive des tyrannies. La « distribution naturelle » du pouvoir réel penche inéluctablement en faveur des Etats existants, les seules nuances tenant à l'occasionnel « changement de la garde » résultant d'élections en bonne et due forme, ou de ces phénomènes plus violents et moins prévisibles que sont les coups d'Etat.

Les années 70 révèlent un paradoxe. Des cris s'élèvent de toutes parts réclamant le démantèlement de la bureaucratie, la réduction des prérogatives de l'Etat, l'allègement de la pression fiscale. Il est généralement admis que l'Etat a acquis trop de pouvoir, et qu'il s'ingère beaucoup trop dans les affaires privées. Mais, en même temps, les demandes d'interventions de la puissance publique abondent. On constate l'omniprésence du gouvernement, mais l'ordre minimal qu'est censé assurer la garantie collective des droits semble en voie de disparition. Les deux phénomènes sont-ils reliés ? L'Etat est-il devenu trop grand, trop puissant, trop maladroit pour mener efficacement la mission qui constitue sa raison d'être. Ou faut-il lire la relation causale dans l'autre sens ? Est-ce l'existence de l'Etat qui a entraîné une érosion de l'anarchie ordonnée sur laquelle repose la société ? Les individus, en respectant dans les relations sociales des règles que nul n'oblige à appliquer, créent un « bien public ». Le non-respect de ces règles engendre certes un « mal public », mais il est sans doute vain d'espérer une solution collective au problème, tout spécialement si on prend en compte que l'Etat lui-même a contribué à sa naissance. (Ceux qui pensaient différemment avant le *Watergate* seront sans doute aujourd'hui plus convaincus de la validité de ce que j'écris.)

9. Voir Gordon TULLOCK, « The Paradox of Revolution », *Public Choice*, vol. 2, automne 1971, p. 89-100.

Il est douteux qu'un gouvernement, un parti politique ou un politicien quel qu'il soit puisse être capable de restaurer le sens civique qu'exigerait un niveau d'ordre acceptable dans le contexte des années 70. Faute d'alternative pourtant, l'Etat intervient et le paradoxe s'aggrave.

Pouvons-nous espérer une vraie « révolution constitutionnelle » susceptible de réaménager les droits des individus et ceux de l'Etat ? La démocratie constitutionnelle américaine peut-elle fonctionner avec un Etat central beaucoup plus étendu que celui envisagé par les pères fondateurs ? La démocratie participative, conçue comme incarnation du droit des individus de faire leurs propres choix collectifs et comme gouvernement « par le peuple » peut-elle fonctionner alors que le domaine des contrôles étatiques-politiques est devenu aussi vaste ?

## Dieu, l'homme et la bonne société

Ces questions n'ont pas grand intérêt pour ceux qui appréhendent la politique en termes de recherche de la vérité. Si on considère que la politique et les institutions politiques étatiques, qu'elles soient démocratiques ou non, ne sont que des instruments par le biais desquels la vraie nature de la « bonne société » peut être découverte et/ou révélée, on ne peut que mettre sur le même pied les actions du fonctionnaire, du juge fédéral, du chef de parti politique, du député, et même de l'adepte de la désobéissance civile. Si la « vérité » existe en politique et s'il ne s'agit que de partir à sa recherche, peu importe, en effet, pour celui qui pense l'avoir trouvée, qu'elle soit le fruit d'une décision solitaire, celui d'un vote majoritaire, celui de la décision de l'autorité judiciaire ou celui d'un ukase bureaucratique.

Pour les individualistes et les non-idéalistes qui, comme nous, rejettent l'idée d'une vérité politique, ces questions sont par contre capitales. Nous ne pouvons jouer à Dieu, ni faire passer nos propres préférences pour la « vérité » émanant de Lui. Nous devons diagnostiquer plutôt que rêver. Aux yeux de nombreux observateurs, la société américaine actuelle est « malade ». L'un des objectifs de ce livre est de proposer un diagnostic des processus sous-jacents, étape nécessaire avant toute tentative d'apporter une solution au problème global. L'interprétation que je propose est celle d'un praticien de l'économie politique qui adopte une perspective individualiste. Mon analyse repose sur quelques concepts importants, dont certains ont déjà été mentionnés : attribution des droits aux personnes et mise en œuvre des moyens qu'ils soient respectés, limitation de la puissance collective. A mesure que ces concepts prendront corps, deux autres dimensions un peu plus techniques feront leur apparition. La première est le « caractère public » de la

loi elle-même, celle-ci étant définie comme l'ensemble des règles de comportement, qu'elles soient volontairement choisies ou qu'elles soient imposées de l'extérieur. La seconde tient à ce que l'adhésion à ces règles constitue un capital. Le capital social que représente une société d'hommes libres respectueux des lois peut se trouver consommé. L'Amérique des années 70 est peut-être une société qui a laissé son capital se dégrader à un rythme accéléré.

## Chapitre

# 2

---

## Les bases de la liberté en société

« Deux hommes peuvent-ils cheminer ensemble  
sans s'être concertés ? »

*Amos, 3,3*

**P**endant l'été, à la sortie de Blacksburg, on trouve le long de la route un étal de fruits et légumes frais. J'y achète des pastèques en une quantité que je choisis, et à des prix qui, par convention, sont fixés par le vendeur. Il y a rarement marchandage et la transaction ne dure que quelques minutes. Ce genre d'échange économique nous est tellement familier, tellement quotidien, que nous en ignorons en général les fondements institutionnels. Je ne connais pas personnellement le vendeur, et je ne m'intéresse pas particulièrement à son bien-être. Il a la même attitude envers moi. Je ne sais pas, et je n'ai pas besoin de savoir, s'il est indigent, très riche ou si son niveau de vie se situe quelque part entre ces deux extrêmes. Son ignorance de ma situation économique est identique. Pourtant, nous sommes capables de réaliser ensemble et sans hésitation un échange que nous jugeons tous deux « juste ». Je n'essaie pas de m'emparer des pastèques sans son consentement et sans les payer. Et le vendeur ne s'empare pas de l'argent contenu dans mon porte-monnaie.

L'échange se fait efficacement parce que nous sommes tous deux d'accord sur nos droits de propriété respectifs. Nous reconnaissons tous deux que ces pastèques bien empilées sur le bas-côté de la route « appartiennent » au

vendeur ou à son patron. Nous nous entendons aussi sur mon droit de disposer librement de l'argent qui est dans mes poches ou sur mon compte en banque. De plus, nous sommes tous deux conscients que tout geste unilatéral qui violerait les droits exclusifs ainsi attribués serait puni par l'Etat. Autrement dit, nous sommes d'accord sur « la loi » qui gouverne l'échange auquel nous procédons.

Considérons une situation en apparence plus simple, mais très différente à certains égards. Imaginons qu'il soit de notoriété publique que les pastèques sont produites par un agriculteur qui les empile près de la route pour que les passants se servent gratuitement. Imaginons alors que je me retrouve face à quelqu'un qui prétend me les faire payer. Le contexte comportemental est radicalement différent. Puisque je ne reconnais pas le droit de propriété de la personne qui s'est appropriée les pastèques, il me répugne de payer, même si pour moi le prix demandé est inférieur à la valeur des fruits. De son côté, le possesseur nominal des fruits ne veut pas satisfaire ma demande gratuitement puisqu'il croit avoir établi un droit de propriété. Un échange ordinaire, qui semblait si facile dans le cas précédent, est devenu problématique parce que les deux parties ne s'accordent pas sur le « droit de propriété » en cause, et qu'elles ne savent donc pas ce que fera l'Etat en cas de conflit. Si j'avais la certitude que la loi ne reconnaît aucun droit au vendeur, je prendrais les pastèques et j'appellerais la police s'il essayait de m'en empêcher. En l'absence, pour lui, de droits légaux reconnus, il n'emploierait sans doute, cela dit, pas la force contre moi. Si, à l'inverse, j'étais certain que le droit qu'il revendique est exécutoire, alors, quel que soit mon sentiment sur la moralité de l'affaire, je paierais probablement les pastèques et poursuivrais mon chemin comme avant.

La signification de ces exemples est fort claire. Un accord mutuel sur des droits bien définis facilite les échanges économiques entre les gens. La présence pour cela des deux éléments concernés est nécessaire : les droits individuels doivent être bien définis et non arbitraires ; ils doivent aussi être connus et acceptés par les protagonistes. Si l'existence de droits bien définis et non arbitraires est acquise mais que, pour savoir ce qu'ils sont, on doit investir énormément dans la recherche d'informations, de nombreux échanges mutuellement avantageux peuvent fort bien ne jamais se réaliser. Que par contre les deux éléments soient présents, qu'on s'accorde sur la définition et les limites des droits de chacun, et l'échange économique devient presque l'archétype de l'anarchie ordonnée. Les individus peuvent traiter les uns avec les autres de façon purement volontaire, sans coercition ni menace. Ils peuvent proposer et conclure des échanges sans rien savoir sur les opinions politiques, les préférences sexuelles ou la situation économique de leurs partenaires. Ceux qui procèdent à la transaction peuvent fort bien être inégaux sous l'une ou l'autre de ces incidences sans que cela ne les empêche, dans la transaction même, de se considérer mutuellement comme des égaux. En ce

sens – classique – l'échange économique est impersonnel, et en ce sens aussi, il constitue le type idéal d'interaction qui caractérise l'anarchie ordonnée. Chaque personne dans la relation est considérée strictement comme elle se présente, et donc sans doute comme elle choisit de se présenter. Peut-être le marchand de fruits bat-il son cheval, tue-t-il des chiens ou mange-t-il des rats. Aucun de ces traits n'a à affecter mes relations strictement économiques avec lui.

Dans un régime où les droits d'agir des individus sont clairement définis et reconnus, le marché libre permet l'expression maximale de l'excentricité personnelle et privée, de la liberté individuelle dans sa signification la plus élémentaire. L'incapacité des anarchistes romantiques de comprendre cette dimension des marchés libres ne laisse pas d'étonner et constitue l'une des sources du paradoxe des années 70 que nous avons évoqué dans le chapitre premier. Quand bien même ces deux principes organisationnels sont accolés l'un à l'autre dans une bonne partie des textes anarchistes romantiques, l'organisation socialiste, conçue globalement comme mode de contrôle collectif ou étatique sur les processus d'échange volontaire, ne peut être qu'antithétique par rapport à l'anarchie<sup>1</sup>.

Science des marchés et des institutions reliées à l'échange, l'économie se fonde sur une structure bien définie de droits individuels, et en tire des énoncés censés expliquer les caractéristiques de ce qui se produit et de ce qui se produira si des changements de la structure sont mis en œuvre<sup>2</sup>. La théorie économique est suffisamment performante pour expliquer de nombreux types de relations d'échange. L'essentiel de la tradition en elle repose sur l'analyse des relations d'échange à deux personnes telles qu'elles peuvent se dérouler dans le cadre et les limites d'un réseau de relations d'échange – effectives et potentielles – à deux personnes. Je n'ai pas l'intention de résumer cette tradition ici. Comme cela apparaîtra néanmoins au chapitre 3, l'extension directe de certains des modèles qu'elle inclut aux situations d'échange complexe à plusieurs personnes, telles celles impliquées par l'action collective, débouche

1. Un ouvrage récent qui se situe dans cette tradition romantiques est celui de Daniel GUÉRIN : *L'anarchisme*, Gallimard, 1965. Il y a une autre version de l'anarchisme qui, tout au contraire, voit dans les marchés libres le moyen de faciliter les relations entre individus en l'absence de l'Etat. Laurence S. Moss parle d'« anarchisme propriétaire » [*privat property anarchism*] et fait la recension des contributions américaines à ce courant dans *Private Property Anarchism : An American Variant*, communication présentée à la réunion de la Southern Economic Association tenue à Washington, D.C., en novembre 1972. Murray ROTHBARD est un des théoriciens contemporains de ce courant ; voir son *For a new liberty*.

2. C'est ma définition personnelle de la science économique. Je l'ai présentée de manière plus exhaustive dans l'allocation que j'ai prononcée en 1963 devant la Southern Economic Association : « What Should Economists Do ? », *Southern Economic Journal*, vol. 30, janvier 1964, p. 213-222. Mes façons de voir m'opposent à ceux qui définissent l'économie essentiellement en fonction du principe de maximisation. Ces différences de définitions n'affectent pas essentiellement les principaux arguments présentés ici.

sur des résultats d'intérêt majeur. En tout cas, et c'est ce sur quoi je veux insister, l'analyse économique suppose toujours une attribution initiale de droits aux personnes qui participent aux échanges, attribution qui est censée être observable théoriquement, et censée aussi être reconnue et respectée par toutes les parties.

## **Choses communes** **et interactions non économiques**

Le fait que l'efficacité du commerce dépende de la délimitation et de la définition de droits individuels est particulièrement évident lorsque des biens « privés » exclusifs sont en cause. Mais la nécessité d'un commun accord sur la définition d'une structure ne se limite pas à cela. Il suffirait pour s'en convaincre d'évoquer les équipements que les impératifs techniques ou un choix social imposent de mettre à la disposition de tous les membres d'un groupe donné. Un accord mutuel sur les limites de ce qui est permis en ce qui concerne l'usage de ces choses ne diffère pas, au fond, d'un accord mutuel sur les limites des possessions privées. Ma reconnaissance de ce que le vendeur est propriétaire des pastèques n'est pas différente, en principe, de ma reconnaissance de notre droit respectif d'emprunter les rues du village, droit que nous respectons tous les deux et que ni lui ni moi ne songerions à contester. Nous utilisons tous deux des choses d'accès libre, et ce sans conflit manifeste, parce que nous reconnaissons et acceptons tous deux ce droit. Mais qu'une rue ou un chemin soit « privé », que l'un de nous détienne sur cet équipement un titre légal qui comporte le droit d'exclure, et l'autre respectera vraisemblablement la mention « Propriété privée, défense de passer » s'il la voit. Cela quand bien même les voies seraient physiquement identiques dans les deux cas. Les conflits naissent, ou peuvent naître, non pas de telle ou telle attribution de droits, mais du désaccord et de l'incertitude quant à l'attribution susceptible d'être mise en œuvre légalement.

Le principe vaut pour de nombreux aspects du comportement humain qu'on ne considère généralement pas comme « économiques », et qu'on ne traite pas formellement comme des relations d'échange. C'est un accord mutuel concernant les sphères d'activité permise ou tolérée qui permet de concilier le désir qu'ont les individus d'« agir comme bon leur semble » avec le fait qu'ils vivent en société. L'idée de « liberté égale » ne peut pas véritablement être considérée comme une norme ou une règle d'interaction sociale avant que les individus n'aient d'abord été définis en termes de limites recon-

nues et acceptées de l'action possible. L'acceptation et la reconnaissance de ces limites nous est si familière et concerne tant de nos comportements routiniers et de nos attitudes devant les actions d'autrui que nous réfléchissons rarement à la structure de « droits » individuels sous-jacente. Notre attention n'est attirée par la définition des droits que quand les limites de la tolérance sont dépassées, quand les frontières auparavant reconnues sont violées. Ce n'est que dans de telles circonstances que nous envisageons de tracer les limites plus précisément, quitte à recourir à des agents pour les faire respecter, ou à employer des moyens individuels de réparation ou de protection.

Le savoir-vivre, les règles coutumières de conduite qui reflètent l'acceptation mutuelle des limites, varient bien sûr selon les cultures, mais il est relativement facile d'en trouver des exemples qui se retrouvent dans n'importe quel contexte. Si je ne tonds pas mon gazon très tôt le dimanche matin et si mon voisin ne fait pas jouer sa chaîne stéréo à tue-tête après onze heures du soir, c'est que chacun de nous a conscience des inconvénients qui pourraient en résulter pour l'autre et que chacun s'interdit, même s'il se prive ainsi d'un avantage, d'imposer ce coût à l'autre. Si l'un de nous viole les règles du « vivre et laisser vivre », l'autre sera tenté d'agir pour remédier à la situation. Si mon voisin fait souvent hurler ses enceintes aux petites heures du matin, je serai tenté de l'ennuyer intentionnellement avec le bruit de ma tondeuse, d'appeler la police pour qu'elle fasse respecter le règlement sur le bruit ou, si un tel règlement n'existe pas, d'en faire adopter un par la commune. En dernier recours, je pourrai même en venir à m'en prendre matériellement à la personne ou la propriété de ce voisin.

C'est dans ce cadre que certains des nouveaux comportements qui se sont fait jour dans les années 60 soulèvent des questions fondamentales et inquiétantes pour l'ordre social. Comme nous l'avons noté, les individus ont vécu jusqu'à ce jour, les uns avec les autres, sous le régime de règles implicites de comportement que tous, ou presque tous, dans la communauté respectaient. Or, l'un des moyens d'action des tenants de la contre-culture a consisté à rejeter les normes de conduite traditionnelles, à violer ouvertement ce qui était auparavant considéré comme les principes de base des « bonnes manières ». L'anarchie ordonnée, qui constitue encore une bonne partie du fonctionnement de la vie quotidienne dans notre société, s'en est trouvée soumise à de très fortes tensions, qui se sont traduites par des appels à « la loi et l'ordre », et par la formulation et la mise en pratique de nouvelles règles autrefois inexistantes.

La stabilité sociale requiert l'adoption et la mise en œuvre d'une structure de droits individuels, que ces droits concernent l'usage d'équipements collectifs, les formes quotidiennes de comportement interpersonnel ou les biens privés exclusifs, et que le respect de ces droits soit imposé de l'extérieur ou intériorisé. Dissipons tout de suite ici une source d'ambiguïté. Un accord mutuel, renforcé si nécessaire par des mesures d'application légale, constitue

l'une des conditions nécessaires de l'interaction sociale. Mais cet accord peut concerner n'importe quelle distribution ou attribution de droits parmi la variété presque infinie de celles qui sont possibles, et peut se situer dans les limites de n'importe lequel des ensembles tout aussi nombreux de règles de conduite personnelle. La question de l'accord mutuel, de la clarté de la définition et de l'application de la loi convenue est indépendante du choix d'une distribution spécifique de droits et de la structure de celle-ci<sup>3</sup>. Les équipements collectifs peuvent être subdivisés en « propriétés privées » individuelles de manières diverses. Ils peuvent aussi faire l'objet de règles permettant leur usage en commun par des groupes de personnes pouvant aller jusqu'à une collectivité entière. Si les limites du comportement individuel sont nettement tracées, l'interaction sociale libre et ordonnée peut s'accommoder de n'importe quelle structure. Les relations interpersonnelles peuvent prendre place dans le contexte de *n'importe quelle* distribution de droits. C'est seulement à un deuxième niveau, bien distinct, du discours que se pose la question de savoir quelles distributions de droits sont préférables et/ou plus efficaces. La tendance ou la propension à introduire trop tôt des normes d'équité ou d'efficacité a obscurci l'approche des droits de propriété depuis des temps immémoriaux.

Il est bien évidemment possible de comparer les distributions sur la base de critères personnels de « justice » ou d'« équité ». On peut aussi, sur un mode plus positif, classer les divers régimes de droits en fonction de leur efficacité économique. Les propriétaires de bétail et de moutons peuvent détenir soit 1) des droits de vaine pâture, soit 2) des lopins individuels et enclos. Il se peut qu'à l'analyse, le second arrangement se révèle plus efficace, au sens usuel du terme, que le premier, mais l'inefficacité relative de la propriété communale des pâturages n'a rien à voir avec ce qui peut se produire lorsque la mutualité de l'accord sur les droits disparaît, lorsqu'il y a incertitude sur le fait de savoir quelle structure de droits sera légalement mise en œuvre. Les guerres des pâturages qu'a connues l'Ouest américain à la fin des années 1880 ont été provoquées par ce genre d'incertitude, et non par le fait que la structure existant était globalement inefficace au sens usuel du terme, ou pouvait apparaître « injuste » en vertu de tel ou tel critère<sup>4</sup>.

3. David HUME insiste aussi sur ce point : voir *A Treatise of Human Nature*, présenté par L.A. Sleby-Bigge, Oxford, Clarendon Press, 1960, p. 502-503. La théorie de HUME sur les origines des droits de propriété et les avantages de ceux-ci pour la stabilité sociale se rapproche à divers niveaux de la thèse développée dans le présent ouvrage.

4. La meilleure manière de décrire la « théorie de la propriété » sous-jacente dans ce passage ainsi que dans le reste du livre est sans doute de dire qu'elle combine la théorie de la « personne » (*personality theory* – N.d.T.) et la théorie « utilitariste », notamment celle de David HUME. Concernant cette manière de voir la théorie de la propriété, on consultera Frank J. MICHELMAN, « Property, Utility, and Fairness : Comments on the Ethical Foundations of Just Compensation Law », *Harvard Law Review*, vol. 80, avril 1967, notamment p. 1202-1213.

## Les droits et le contrat

Nos arguments jusqu'ici sont relativement évidents et ne prêtent guère à controverse. Le point de départ obligé d'une société d'individus libres, mais impliqués dans le même réseau d'interdépendances, se trouve dans une entente sur une structure de droits qui définit les entités susceptibles de négocier. Il est difficile ne serait-ce que d'imaginer comment une relation quelle qu'elle soit pourrait exister en l'absence d'une entente de ce genre. Comment deux hommes qui se rencontrent pour la première fois pourraient-ils réaliser la forme la plus simple d'échange mutuel sans l'acceptation de certaines limites à leur comportement ?

Comme je l'ai déjà noté, nous tenons généralement pour acquis ces fondements de l'action individuelle en société, à telle enseigne que nous nous arrêtons rarement pour examiner les problèmes qui s'y rapportent. On peut reconnaître avec Blackstone que « ce genre d'examen serait inutile, voire embarrassant, dans la vie de tous les jours. Il est bon que la masse des gens obéisse aux lois qui sont promulguées »<sup>5</sup>. Une fois les droits individuels reconnus, les négociations contractuelles deviennent possibles, et les économistes peuvent se lancer dans l'analyse des questions intéressantes que soulève le processus même du contrat et de l'échange. Ce faisant, ils oublient parfois que l'institution même du contrat, sous la forme élémentaire de l'échange isolé entre deux parties comme sous la forme de l'entente plus complexe entre  $n$  personnes, repose sur les fondements potentiellement chanceux d'une entente mutuelle concernant les droits individuels, à laquelle est partie un agent d'exécution, l'Etat, qui doit lui aussi limiter son champ d'action. Il est sans doute temps que les économistes prêtent davantage attention aux origines du contrat.

On ne peut en ce sens que saluer les recherches contemporaines venues constituer l'« économie des droits de propriété ». Je pense notamment aux travaux d'Alchian, Cheung, Demsetz, Furubotn, Kessel, McKean, North, Pejovich et Thomas<sup>6</sup>. Il reste que ces recherches se limitent à traiter, sur la base

5. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, douzième édition, Londres, T. Cadell, 1794, II, 2-3.

6. On peut dresser une liste partielle des travaux concernés : A.A. ALCHIAN et R. KESSEL, « Competition, Monopoly, and the Pursuit of Money », in National Bureau of Economic Research, *Aspects of Labor Economics*, New York, 1962, p. 157-175 ; S. CHEUNG, « Private Property Rights and Sharecropping », *Journal of Political Economy*, vol. 76, décembre 1968, p. 1107 à 1122 ; Harold DEMSETZ, « The Exchange and Enforcement of Property Rights », *Journal of Law and Economics*, vol. 7, octobre 1964, p. 11-26 ; R. MCKEAN, « Divergences Between Individual and Total Cost Within Government », *American Economic Review*, vol. 54, mai 1964, p. 243-249 ; Douglass C. NORTH et Robert Paul THOMAS, « The Rise of the Western World : A New

implicite du critère orthodoxe d'efficacité économique, de la manière dont divers régimes de propriété influencent le comportement de l'individu et du groupe, et que jusqu'à présent, rien en elles n'a concerné l'émergence des droits de propriété<sup>7</sup>.

On peut illustrer cela à l'aide de l'analyse que Harold Demsetz a présentée des droits de propriété privée chez les Indiens du Canada<sup>8</sup>. Selon Demsetz, les Indiens de la péninsule du Labrador admettaient l'utilisation commune des territoires de chasse avant la très forte augmentation du prix de la fourrure de castor provoquée par l'arrivée des commerçants français. Cette augmentation des prix entraîna une intensification de la chasse, les fourrures devinrent plus rares, et les activités de chasse individuelles se traduisirent par une utilisation non économique de la ressource commune. Afin d'internaliser les déséconomies externes résultant de ce régime de droits, les tribus indiennes passèrent de la propriété commune à la propriété privée. Le fait de savoir s'il s'agit là d'une interprétation correcte de l'Histoire n'a pas à nous préoccuper ici. On peut noter par contre que Demsetz « explique » pour l'essentiel une modification de la structure des droits en montrant comment un nouvel arrangement contractuel s'est trouvé suscité par un changement exogène des données économiques. L'exemple historique lui sert simplement à étayer le principe selon lequel il existe une tendance à l'adoption de la structure de droits dont les caractéristiques sont les plus efficaces compte tenu des conditions auxquelles la communauté fait face. Ce principe est difficilement discutable, et la contribution de Demsetz ne peut qu'être reconnue. On commettrait cependant une erreur si on pensait que cette analyse explique l'émergence des droits des individus ou des familles (les tribus) indépendamment de tout accord contractuel, explicite ou implicite. Dans le modèle de Demsetz

---

Economic History », Cambridge, Cambridge University Press, 1973. Concernant ces travaux et d'autres, on consultera la recension exhaustive de Eirik FURUBOTN et Svetozar PEJOVICH, « Property Rights and Economic Theory : A Survey of Recent Literature », *Journal of Economic Literature*, vol. 10, décembre 1972, p. 1137-1162.

7. S. PEJOVICH est le seul parmi les économistes de l'école contemporaine des droits de propriété à avoir tenté de rendre compte des origines de ceux-ci. Il affirme très explicitement qu'il cherche à démontrer que « la genèse [...] des droits de propriété est endogène » (p. 310). Une lecture attentive de son article suggère toutefois que l'endogénéité ne renvoie pas, pour lui, au processus de l'échange. Ce qui se passe plutôt, écrit-il, est que, maximisant leur utilité privée, les individus sont amenés à investir dans la défense et le pillage de la richesse, ce qui correspond évidemment à l'anarchie hobbesienne. Je préfère quant à moi limiter l'« explication économique » du changement institutionnel au processus contractuel. En un tel contexte, comme mes analyses le suggèrent, les droits de propriété peuvent apparaître découler d'un calcul économique menant à la négociation d'un « contrat constitutionnel ». Ce qui impliquerait qu'ils ne découlent pas en soi de la maximisation indépendante des utilités individuelles. Voir S. PEJOVICH, « Towards an Economic Theory of the Creation and Specification of Property Rights », *Review of Social Economy*, vol. 30, septembre 1972, p. 309-325.

8. Harold DEMSETZ, « Toward a Theory of Property Rights », *American Economic Review*, vol. 57, mai 1964, p. 347-359.

les droits respectifs des participants ne peuvent qu'avoir été reconnus comme tels par tous *avant* que ne soient menées de nouvelles négociations contractuelles destinées à changer les caractéristiques structurelles.

Il faut admettre qu'aucune explication purement économique ne peut suffire à rendre compte de l'émergence des droits initiaux. Comment les droits des individus (des familles, des tribus), droits d'agir comme droits de propriété, peuvent-ils émerger et être reconnus par tous ? Quel est le fondement logique de la propriété ? Ce genre de question ne peut recevoir une réponse qui serait exclusivement contractuelle. Le concept d'externalité, par contre, pourrait bien se révéler utile pour indiquer la voie dans laquelle l'analyse doit s'engager. La thèse de Demsetz est que les droits de propriété se développent dans le but d'« internaliser les externalités ». L'argumentation qu'il développe, nous l'avons noté, vise à expliquer comment les structures s'adaptent pour satisfaire des normes globales d'efficacité. Il n'a pas essayé, du moins explicitement, d'utiliser la logique de sa thèse en amont, si on peut s'exprimer ainsi, et d'étudier les aspects non contractuels du processus.

On peut franchir cette étape en adoptant une définition suffisamment large des externalités. Dans un monde sans conflit effectif ou potentiel entre les personnes, il ne serait bien entendu pas nécessaire de délimiter, de définir et de faire respecter un ensemble de droits individuels (ou familiaux), ni en ce qui concerne la propriété ou l'usage de biens matériels, ni en ce qui concerne les actions envers autrui. J'utilise le terme de « conflit » plutôt que celui de rareté pour bien marquer le fait que, même si les « biens » qu'on appelle « économiques » étaient surabondants, des conflits interpersonnels seraient possibles. Le paradis lui-même, cela dit, ne serait pas à l'abri des conflits sociaux. L'absence totale de conflits n'est pensable que dans un contexte d'isolement complet des individus, ou dans une société où aucun bien ne serait rare et où tout le monde s'entendrait sur un ensemble précis de règles de conduite s'appliquant à chacun. Dans tous les univers concevables, des conflits potentiels entre les personnes existent, et avec eux en conséquence la nécessité de définir et de faire respecter des droits individuels.

## La « distribution naturelle »

Soit un univers de deux personnes, *A* et *B*. Par hypothèse, chacune d'elles dispose de tous les « biens » en surabondance, excepté un, que nous appellerons *X*. Le bien *X* est « rare », mais il n'est pas nécessaire de le produire pour en disposer : certaines quantités de *X* tombent du ciel près de chacune des deux personnes au début de chaque période de consommation. Les droits de propriété et la loi sont inconnus. On peut dire en ces conditions que la consommation ou l'usage d'une unité de *X* par l'individu *A* impose une

« déséconomie externe » à *B*, et vice versa. Dans une situation d'externalité classique, et plus précisément dans une situation où le groupe en cause est peu nombreux et les coûts de transaction sont peu significatifs, on pourrait s'attendre à ce qu'un processus d'« échange » s'engage entre les deux personnes qui viennent internaliser leur relation d'externalité réciproque. Dans une situation telle que celle qui nous occupe ou, indépendamment de la distribution initiale de *X*, il n'y a pas de surplus qu'on puisse obtenir par l'échange direct, chacune des deux personnes a néanmoins intérêt à « internaliser l'externalité » que l'autre lui impose.

*A* et *B* cherchent tous les deux à consommer toute la quantité disponible de bien *X*. Comme l'a noté Thomas Hobbes : dans l'état de nature, chaque personne a « droit » à tout. Chacun trouve à son avantage de consacrer ses efforts, un « mal » nécessaire, à l'obtention de *X*. Les qualités personnelles, force physique, capacité de persuasion et de séduction, jouent pour déterminer les quantités de *X* que chacun peut réussir à obtenir et à conserver, quantités susceptibles d'être fort différentes de la répartition arbitraire du début. Il est possible, mais seulement possible, que la règle « vivre et laisser vivre » apparaisse naturellement. La situation de conflit effectif ou potentiel quant aux quantités de *X* qui seront consommées par chacun débouche en tout cas sur une sorte de « distribution naturelle » de ce bien<sup>9</sup>. Il ne s'agit pas, à proprement parler, de ce qu'on peut appeler un régime de *droits* puisque, même si une reconnaissance mutuelle de certaines limites de l'action individuelle peut se faire jour, aucun accord formel n'a été passé. La distribution naturelle est néanmoins à même de représenter un équilibre théorique, chaque personne ayant agi pour se procurer ou défendre son lot de *X* jusqu'au point où l'avantage marginal d'un effort additionnel s'est révélé égal à son coût marginal. Cette « distribution naturelle » réalisée, *A* et *B* continuent de s'imposer mutuellement des déséconomies externes au sens indiqué plus haut. Mais parce que la distribution a établi une base permettant de prédire ce à quoi s'attendre, il devient possible d'effectuer des « échanges » indirects pour internaliser les déséconomies externes.

La « distribution naturelle » qui a résulté des efforts investis dans l'appropriation et/ou la défense des parts du bien *X* peut servir à identifier, à définir les personnes individuelles, *lesquelles* peuvent ensuite conclure des ententes contractuelles. Sans un tel point de départ, il serait tout simplement impossible d'envisager, en théorie comme en pratique, des relations contrac-

9. Les propriétés théoriques de cette « distribution naturelle » ont été exposées par Winston BUSH; voir son article « Individual Welfare in Anarchy », in *Explorations in the Theory of Anarchy*, sous la direction de Gordon TULLOCK, Blacksburg, Center for the Study of Public Choice, 1972, p. 5-18.

On sait que l'idée d'une telle distribution avait déjà été exposée dans les travaux de plusieurs des philosophes qui ont réfléchi sur les origines de la propriété, notamment AEGIDUS, Hugo GROTIUS et Thomas HOBBS.

uelles susceptibles de signifier quelque chose. Cela étant, l'observation rationnelle ne peut que persuader *A* et *B* qu'une grande partie de leurs efforts d'acquisition et de protection des stocks de *X* a été menée en pure perte. Quelles que soient les caractéristiques de la distribution obtenue, que la symétrie prévale, que l'un des deux soit devenu un géant de la consommation et l'autre un pygmée, ou que, à la limite, toute la quantité de *X* disponible se trouve captée par un seul d'entre eux, *chacun d'eux* pourrait améliorer sa position si une entente était conclue. Des échanges, au sens d'accords sur des règles limitant les actions, sont dès lors possibles. De nombreuses affectations de consommation finale sont susceptibles de déboucher sur des gains mutuels, et la question de savoir laquelle peut l'emporter dépend, entre autres facteurs, de l'habileté des négociateurs.

## L'apparition de la propriété

Nous pouvons considérer que nous avons maintenant une base solide pour l'émergence des droits de propriété<sup>10</sup>. Les deux parties conviennent de la répartition et y donnent leur adhésion, ce qui implique qu'elles conviennent aussi et complémentaiement de ne pas violer les conditions adoptées. Chacune d'elles peut ainsi réduire ses investissements en forces d'attaque et de défense de sorte que, à la limite, elles peuvent profiter de la valeur totale de *X* sans encourir de coûts<sup>11</sup>. L'accord entre elles sur leurs droits constitue une internalisation contractuelle de la relation d'externalité réciproque qui existait dans l'état de nature précontractuel. On peut noter toutefois qu'il a fallu passer par une forme de « distribution naturelle » pour que les participants potentiels à l'échange soient identifiés. Cela peut être illustré par l'esquisse imaginée de ce qu'aurait pu être une histoire différente de l'émergence de la propriété parmi les tribus indiennes de la péninsule du Labrador. L'augmentation de la demande pour le castor, dirions-nous, a transformé une ressource autrefois abondante en une ressource rare. Comme aucun droit de propriété antécédent n'existait, cette rareté nouvelle a suscité des conflits tribaux. Le résultat des guerres tribales, effectives ou potentielles, a été l'émergence d'une « distribution naturelle » que toutes les tribus ont fini par reconnaître. Une redistribu-

10. Cette explication théorique a été proposée, sous diverses formes, par un grand nombre de philosophes politiques, notamment par ceux appartenant à la tradition contractualiste. On en trouvera des versions particulières dans les travaux de AEGIDUS, BODIN, GROTIUS, HOBBS et HUME. Pour un bon résumé, voir SCHLATTER, *Private Property*.

11. L'idée plus générale que tout investissement effectué dans la protection des droits implique forcément une perte nette sur un plan social se trouve développée dans l'ouvrage de Gordon TULLOCK, *The Social Dilemma*, Blacksburg, Center for the Study of Public Choice (Virginia Polytechnic Institute), 1974.

tion des territoires de chasse a pu alors être décidée d'un commun accord, chaque tribu y trouvant son intérêt en raison de la réduction de ses dépenses militaires ainsi rendue possible <sup>12</sup>.

La distribution des droits qui accompagne le premier pas hors de l'anarchie est très directement liée à la quantité de biens et à la liberté d'action relative dont disposent les personnes dans l'état de nature antérieur. C'est une conséquence nécessaire de l'accord contractuel. Dans le modèle de Hobbes, on peut supposer la présence de très fortes inégalités dans la situation précontractuelle. Dès lors que ces inégalités existent, une inégalité postcontractuelle dans les droits de propriété et dans les droits de l'homme ne peut qu'être prévisible. Il est inutile, pour les fins qui nous occupent, d'examiner en détail le degré d'inégalité susceptible d'exister entre les personnes dans l'état de nature conceptuel qui a été utilisé pour énoncer l'origine logique des droits de propriété. Ceux qui ont parlé de forts asservissant les faibles ont sans doute exagéré. Les romantiques modernes qui en reviennent à leur façon au bon sauvage de Rousseau se trompent sans doute eux aussi, mais en pêchant par excès inverse. Dire quelque chose de sensé à ce sujet impliquerait d'examiner minutieusement les données de l'anthropologie, de l'ethnologie et de l'histoire, tâche qui excède ma compétence et ne fait pas partie de mes centres d'intérêt.

Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que l'analyse repose entièrement sur l'acceptation ou le rejet d'une hypothèse ou d'un modèle particulier du comportement humain. Nous n'avons pas à suivre Hobbes et à supposer que les hommes agissent en fonction de leur intérêt personnel au sens étroit du terme. On pourrait supposer tout autant que, même dans l'état de nature, les hommes agissent en fonction d'un intérêt personnel tempéré par le respect de leurs semblables. On pourrait supposer aussi, à l'extrême inverse, qu'ils adoptent des règles de conduite qui correspondent aux intérêts de l'espèce humaine. Les inégalités qui peuvent être théoriquement observées dans la « distribution naturelle » résultent tout à la fois des différences innées de capacités personnelles et des comportements adoptés. Si, par exemple, les talents varient énormément d'une personne à l'autre, mais que toutes se comportent de façon non individualiste, on observera sans doute une distribution naturelle beaucoup moins inégalitaire que dans un contexte où les comportements sont hédonistes. Dans la mesure où, même sur un plan théorique, seule la distribution naturelle est observable, la combinaison précise des talents innés et des normes de comportement qui se rencontrent n'est pas pertinente. Il est par contre pertinent de noter qu'il n'existe pas de base permettant de postuler

12. Pour une présentation de l'exemple de DEMSETZ où l'interprétation de l'émergence des droits de propriété se trouve effectuée selon les lignes directrices qui sont les nôtres ici, voir Charles R. PLOTT et Robert A. MEYER, « The Technology of Public Goods, Externalities, and the Exclusion Principle », *Social Science Working Paper*, n° 15 (version revue), California Institute of Technology, février 1973.

l'égalité dans la distribution théoriquement observée entre les personnes dans l'état de nature et, par conséquent, pas de base permettant de prédire l'égalité dans la distribution de droits faisant l'objet d'un accord dans la situation post-contractuelle. Rien ne suggère que les hommes s'engagent égaux dans les négociations initiales. Les hommes arrivent à la négociation tels qu'ils sont dans un état de nature donné, et cela peut impliquer des différences importantes.

## Violer le contrat

Les avantages de l'échange susceptibles de résulter d'un accord sur les droits se manifestent pour toutes les parties concernées par la diminution, rendue possible, des investissements dans les activités socialement inutiles que sont le pillage et la protection. Une distribution acceptée n'est pour autant, de manière générale, pas stable. Une fois le contrat conclu, l'une ou l'autre des parties peut trouver avantageux de renier ou de violer les termes de celui-ci. Cela vaut pour *tout* contrat susceptible d'être conclu : la tentation de l'infraction individuelle ne se trouve pas reliée seulement à quelques sous-ensembles des accords possibles. Dans toute distribution des droits acceptée d'un commun accord, les participants à l'action sociale font face à un véritable dilemme, appelé dilemme du prisonnier dans la théorie moderne des jeux. Chacun peut obtenir plus d'utilité si tout le monde obéit à la loi adoptée, mais chaque personne individuellement trouvera avantageux pour elle de violer la loi et de ne pas respecter les limites de comportement fixées par le contrat.

Cet état de choses peut être illustré dans le cadre de notre univers de deux personnes par une matrice simple (voir figure 2-1). Sous le régime de la distribution naturelle où aucune des deux personnes ne reconnaît ni ne respecte quelque droit que ce soit sur l'unique bien rare, les niveaux d'utilité atteints par chacune des personnes sont ceux figurant dans la case IV. Le premier nombre indiquant ici – comme en les autres cases – l'utilité ou le solde net de l'individu *A*, le deuxième l'utilité ou le solde net de l'individu *B*, il est clair que, comme nous l'écrivions plus haut, les soldes d'utilité ne sont pas nécessairement égaux dans une situation anarchique. (Nous n'avons pas à nous occuper ici de la question des comparaisons interpersonnelles d'utilité, puisque c'est l'absence d'égalité qui nous importe, non la démonstration de l'inégalité). En cas d'accord, les soldes d'utilité sont ceux figurant dans la case I, où les deux personnes ont amélioré leur situation par rapport à ce qu'elle apparaissait être dans la case IV. Le solde combiné est, ajouterions-nous, là à son maximum. (Un exposé exhaustif permettrait d'apporter ici les précisions requises concernant les augmentations d'utilité). La matrice montre néan-

moins que, chacun de son côté, *A* et *B* peuvent avoir intérêt à violer l'entente contractuelle sur les droits s'ils sont l'un ou l'autre seuls à le faire. *A* améliore sa situation s'il peut provoquer un déplacement vers la case III, *B* améliore la sienne s'il peut parvenir à la case II.

Figure 2-1

		B	
		<i>Respect des droits</i>	<i>Violation des droits</i>
A	<i>Respect des droits</i>	Case I 19,7	Case II 3,11
	<i>Violation des droits</i>	Case III 22,1	Case IV 9,2

Dans une société limitée à deux individus, il est possible que l'un des deux, ou que chacun d'entre eux, se retienne de violer le contrat parce qu'il s'attendrait alors rationnellement à une réaction de l'autre qui aboutirait vite à un retour à l'état de nature précontractuel. Dans le fonctionnement simple de la figure 2-1, la case I constitue le « noyau », pour employer la terminologie de la théorie moderne des jeux. Aucun joueur ne peut être assuré d'un meilleur résultat que celui qu'il obtient quand tout le monde respecte l'attribution des droits décidée d'un commun accord. Aucune personne ne peut être sûre de ce que le fait qu'elle viole la loi ne débouchera pas sur une détérioration de sa propre condition. D'où une dimension importante de stabilité dans la position représentée par la case I. Cette stabilité a tendance toutefois à disparaître lorsque le nombre des participants à l'interaction augmente et ce, même si les propriétés formelles de cette dernière sont inchangées. Elle peut aussi se trouver compromise, sujet que nous aborderons plus loin, par des changements dans les caractéristiques de la matrice ou dans les relations entre les éléments qui la constituent.

## Les deux étapes du contrat

Jusqu'à présent, nous avons approché l'émergence théorique de la distribution initiale des droits individuels par le biais d'un modèle extrêmement simple. Le modèle supposait l'existence, à l'exception du temps, d'un seul bien rare. Il se limitait aussi à l'interaction entre deux personnes, et il était intemporel, ce qui veut dire qu'aucun de ses éléments ne changeait avec le temps. Nous devons maintenant supprimer ces restrictions. L'analyse doit être

généralisée et prendre en compte l'existence de plusieurs biens rares et l'interaction de plusieurs personnes ; elle doit incorporer les effets du temps sur la relation contractuelle. Dans la suite et la fin de ce chapitre, j'entreprendrai les deux premières extensions. L'incorporation du temps est, elle, relativement complexe et implique qu'on lui consacre plus de place.

Nous pouvons continuer à recourir à notre modèle de deux personnes, mais en y insérant cette fois l'existence de plusieurs biens rares. Le conflit entre *A* et *B* dans l'état de nature concernera dès lors tous les biens qui ne sont pas surabondants. Pour des raisons de simplicité, nous supposons toujours que ces biens ne sont pas produits, qu'ils tombent du ciel comme une manne et se répartissent d'une certaine manière entre les deux personnes.

Comme dans le contexte où il y avait un seul bien rare, une distribution naturelle émerge des conflits effectifs ou potentiels. Cette distribution, maintenant multidimensionnelle, subit l'influence de la possession initiale des biens ainsi que des caractéristiques personnelles et des habitudes de comportement des personnes. On peut décrire le résultat par un vecteur dont les éléments représentent la quantité nette des biens finalement disponible pour la consommation de chaque personne :

$$(X_A, X_B ; Y_A, Y_B ; \dots)$$

Pour arriver à obtenir sa part de la distribution naturelle, chaque personne doit investir du temps et de l'énergie dans des activités de pillage et/ou de protection. Il n'y a pas de différence sous cet angle entre le modèle à un bien et le modèle à plusieurs biens. Et, comme auparavant, la distribution naturelle constitue le point de départ à partir duquel un accord contractuel est possible. Comme auparavant aussi, l'accord consiste à se reconnaître réciproquement des droits, l'avantage résultant consistant précisément en la diminution des efforts consacrés au pillage et à la protection. Le contrat conclu, qui constitue le pas initial hors de l'anarchie hobbesienne, est la première étape d'un processus contractuel à deux étapes. Pour des raisons de commodité, je me référerai désormais à cette première étape en parlant de « contrat constitutionnel »<sup>13</sup>.

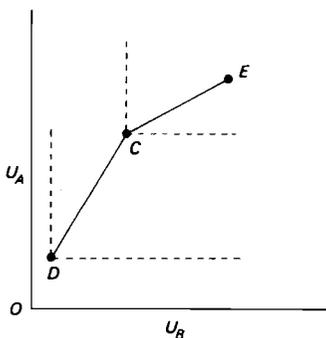
Ce sont ces deux étapes ou niveaux d'entente qui distinguent le modèle à plusieurs biens du modèle à un seul bien. Dans ce dernier, l'accord initial sur

13. Nous affirmons ici que les droits constitutionnels et postconstitutionnels sont les fruits d'un *contrat* mais qu'il est impérieux de bien distinguer les deux étapes. Cette position peut être comparée à celle présentée par HAYEK dans le premier volume de son ouvrage *Droit, législation et liberté (Règles et ordre, Paris, PUF, 1980)*. Si je comprends bien sa thèse, HAYEK soutient que « le droit », qui est l'équivalent de ce que j'ai appelé *contrat constitutionnel*, n'a pas d'origine contractuelle, mais émerge d'un processus évolutif imprévisible. Il oppose cette thèse aux « constructivistes », à qui il reproche de concevoir le droit comme le produit d'une volonté humaine. Dans la réalité de l'histoire, des éléments évolutifs peuvent fort bien rendre compte d'une bonne partie de l'apparition et du développement du « droit ». Reconnaître ce fait n'est toutefois pas incompatible avec le recours à des normes contractuelles-constructivistes pour évaluer le « droit » établi qu'on peut vouloir modifier.

le partage de l'unique bien rare constitue la limite de l'échange et conduit le groupe de deux personnes à la frontière de Pareto : aucun autre contrat ne peut être passé qui offre des avantages mutuels. Le modèle à plusieurs biens se révèle, lui, sur ce plan profondément différent. Si les individus n'ont pas les mêmes goûts, des avantages potentiels de l'échange peuvent exister au-delà de l'« échange » initial des consentements sur les droits individuels. Dans le processus d'échange qui marque cette seconde étape, l'étape *postconstitutionnelle*, on retrouve évidemment le domaine de la théorie économique traditionnelle. On suppose des participants individuels qui entrent dans le forum des échanges pourvus de talents et/ou de dotations initiales identifiables qui font l'objet de droits mutuellement reconnus par tous les membres de la communauté, et que l'Etat fait respecter.

Les deux étapes du cheminement contractuel peuvent être représentées par un diagramme tel que la figure 2-2. L'utilité obtenue par l'individu A apparaît en ordonnée, celle obtenue par l'individu B en abscisse. La distribution naturelle, c'est-à-dire la situation de quasi-équilibre qui émerge de l'état de nature est inscrite par le point D. Le contrat constitutionnel initial, qui n'est rien d'autre qu'un accord mutuel sur une structure de droits, déplace le résultat dans une direction nord-est, dans des limites indiquées par les lignes en pointillé dessinées à partir de D, jusqu'à une position C. Dans le modèle à un seul bien, aucun échange ultérieur n'est possible, et la frontière utilité-possibilité est atteinte. Dans le modèle à plusieurs biens, des échanges ultérieurs de biens spécifiques peuvent être mutuellement avantageux. Ils s'opéreront en permanence si les goûts diffèrent et si les attributions qui ont fait l'objet d'un accord ne correspondent pas exactement aux combinaisons finales de biens préférées.

Figure 2-2



Peu de raisons existent pour prédire une correspondance aussi précise, même si des tendances menant dans cette direction peuvent exister. Dans

l'état de nature, les individus consacrent, certes, plus d'efforts à obtenir et à protéger les biens de consommation qui occupent une place élevée sur leur propre échelle de préférence ; au cours de la négociation conceptuelle concernant les droits à accepter, les individus ont tendance à sacrifier les biens qui à leurs yeux ont une valeur relativement moindre que celle des biens qu'ils peuvent obtenir en « échange » : les aptitudes relatives à l'obtention et à la protection des biens ainsi qu'à la négociation ne correspondent pour autant pas obligatoirement et de manière étroite aux valeurs relatives que chacun attache aux différents biens. Quoi qu'il en soit et quels que soient les facteurs qui jouent pour empêcher la correspondance entre les attributions initialement acceptées et les combinaisons finales préférées, des échanges peuvent, disons-nous, s'opérer et ils peuvent déplacer le résultat encore plus loin vers le nord-est, leur limite étant indiquée par les lignes en pointillé qui partent du point *C*. Il existe en ces conditions un équilibre final de l'échange, disons le point *E*, où une nouvelle frontière utilité-possibilité est atteinte. Le contrat constitutionnel implique le déplacement initial de *D* à *C* ; le contrat postconstitutionnel, le déplacement de *C* à *E*. Les économistes se sont presque exclusivement intéressés à ce dernier phénomène, au détriment du premier <sup>14</sup>.

On peut établir, à l'intérieur des contrats ou des échanges postconstitutionnels, une classification qui est plus familière aux économistes. Le déplacement de *C* à *E* peut s'opérer par le biais de deux types de processus. Dans le premier, les individus échangent des biens qui, au stade de l'attribution des droits initiaux comme à celui de la consommation finale, sont en situation de concurrence pour ce qui concerne leur usage, et pleinement divisibles ou répartissables. Si *X* et *Y* se rangent dans cette catégorie de biens et si l'individu *A* a obtenu des droits initiaux à relativement plus de *X* qu'il n'en désire, il en cédera une partie en échange d'unités de *Y*. Ce type d'échange, habituellement appelé échange de *biens privés*, peut s'institutionnaliser sur des marchés quand un grand nombre d'acheteurs et de vendeurs potentiels sont en relation.

Les gains mutuels peuvent, cela dit, continuer à exister au-delà des échanges de biens pleinement divisibles. La consommation collective de certains biens peut être plus efficace qu'une consommation séparée. Supposons aux fins d'illustration que les biens *X* et *Y* soient en situation de concurrence pour ce qui concerne la consommation de *A* et *B*, mais qu'un bien *Z* soit à même de satisfaire simultanément la demande de l'un et de l'autre ; donc qu'il n'y ait pas de rivalité dans la consommation du bien *Z*. Et continuons à supposer que nous sommes dans le cadre d'une économie sans production où les biens sont arbitrairement distribués au départ. La question qui se pose alors

---

14. On notera bien qu'il n'est pas nécessaire d'attribuer une réalité historique au contrat constitutionnel pour accepter cette distinction. Quelle que soit la manière dont une structure de droits de propriété apparaît, il demeure utile de distinguer la spécification de cette structure et les échanges de droits qui se produisent dans son cadre.

est de savoir pourquoi  $Z$ , définissable comme un bien public pur dans la terminologie habituelle, devrait être classé parmi les biens « rares » dont l'usage exigerait une attribution de droits individuels par un contrat initial au stade constitutionnel. Si  $Z$  était considéré indépendamment de tous les autres biens, une telle attribution ne serait en effet pas nécessaire : on peut caractériser un bien purement collectif ou public en disant précisément qu'il échappe à tout problème de répartition<sup>15</sup>. Dès lors que des conflits de répartition touchent d'autres biens privés ou divisibles,  $X$  et  $Y$ , les individus concernés peuvent néanmoins, dirons-nous, essayer d'obtenir des droits sur la distribution de  $Z$  dans l'optique d'utiliser ces droits pour négocier davantage des autres biens au sein du processus d'échange postconstitutionnel.

Ce phénomène prendra plus d'importance encore à mesure que nos modèles deviendront plus complexes et plus réalistes dans la suite de cet ouvrage. Quoi qu'il en soit, nous posons ici l'hypothèse que l'attribution des droits donne à  $A$  et  $B$  des quantités nettes de biens publics futurs et de biens privés. Supposons par exemple que la structure des droits attribue toutes les unités de  $X$  à  $A$  ; et toutes les unités de  $Y$  et de  $Z$  à  $B$ . Les échanges concernant les biens privés  $X$  et  $Y$  se feront de la manière habituelle. Quant au bien  $Z$ , par rapport auquel il n'y a pas de rivalité dans la consommation,  $B$  acceptera de le rendre collectivement disponible (en tout ou en partie) pour  $A$  en échange d'une certaine quantité du bien  $X$  qui est, lui, en situation de rivalité<sup>16</sup>. Il y a une différence de nature entre cette forme d'« échange » de  $Z$  et les échanges ordinaires de biens et services qui sont rivaux dans la consommation. Le glissement en une communauté humaine de ce qui est représenté par le point  $C$  à ce qui est représenté par le point  $E$  dans la figure 2-2, s'accomplit par le biais d'une combinaison d'échanges de biens privés et d'échanges de biens publics s'opérant les uns et les autres à l'intérieur des limites fixées par le contrat constitutionnel.

## Un plus grand nombre de participants

Avant de passer du modèle à deux personnes à un modèle à  $n$  personnes, il peut être utile de résumer le schéma théorique que nous avons développé :

15. Cette question est examinée dans mon *Demand and Supply of Public Goods*, Chicago, Rand McNally, 1968, voir notamment le chapitre 9.

16. L'analyse présentée ici repose sur l'hypothèse que  $A$  peut, sans coûts excessifs, exclure  $B$  de la jouissance de  $Z$ . Si  $Z$  était essentiellement non exclusif, aucun droit de propriété le concernant ne serait, dans une économie sans production, attribué. Notre analyse demeure applicable, cela dit, dès lors que  $Z$  doit être produit : même si, une fois produit, il devient non exclusif. L'exclusion prendra alors la forme de la non-production.

- 1) à partir d'une distribution naturelle ;
- 2) un contrat constitutionnel est négocié qui, à son tour, rend possibles
- 3) un contrat postconstitutionnel concernant :
  - a) des échanges de biens privés (biens rivaux dans la consommation) ;
  - b) et/ou des échanges de biens publics (biens non rivaux dans la consommation).

Lorsqu'on passe à un grand nombre de participants, des négociations peuvent prendre place entre des coalitions ou sous-groupes au sein d'une appartenance plus large et plus globale à la communauté. On peut ainsi imaginer une « distribution naturelle » s'opérant à chacun des niveaux de regroupement. A l'extrême, situation que nous pourrions qualifier de distribution naturelle pure, aucune coalition n'existe, et chaque individu agit tout seul dans la guerre hobbesienne « de tous contre tous ». En un tel contexte cependant, des « contrats constitutionnels » impliquant attribution de droits peuvent être conclus au sein des groupes de deux personnes ou plus, tandis qu'entre les groupes, les conflits continuent. A son niveau, chacun des groupes ou coalitions (dont certains peuvent ne compter qu'un seul membre) se trouve dans une situation de distribution naturelle tout à fait semblable à ce que nous avons vu dans le modèle à deux personnes. Le processus d'internalisation par voie de contrat peut progresser avec l'augmentation de la dimension des groupes, jusqu'au point où la négociation réunira toutes les personnes de la communauté dans une seule et même structure constitutionnelle.

Le contrat constitutionnel final définira les droits attribués à chaque personne dans la communauté globale. Et chaque personne se trouvera dans une position meilleure que celle qu'elle aurait pu espérer dans n'importe quelle autre distribution naturelle puisqu'elle n'aura pas à exercer – ou à contribuer à – des activités de défense ou de pillage, que ce soit comme individu ou comme membre d'un sous-ensemble de la communauté globale<sup>17</sup>. La seconde étape des négociations, l'étape constitutionnelle, peut alors commencer. Le passage du modèle à deux personnes au modèle à  $n$  personnes

---

17. Des complications inhérentes aux situations où les participants sont nombreux peuvent y rendre l'attribution des droits moins stable. Et ce, pour deux raisons. Premièrement, presque toute répartition ou attribution convenue entre les personnes sera dominante par rapport à celle que l'individu pourrait espérer s'il faisait sécession et essayait de subsister par lui-même dans l'anarchie pure. Mais quand les participants sont en grand nombre, l'assortiment des attributions de droits susceptibles, pour chaque personne, de prédominer sur celle qu'il pourrait espérer si *l'une ou l'autre* des nombreuses coalitions possibles faisait sécession, est beaucoup plus restreint et, dans de nombreuses situations d'interaction, constituera peut-être même un ensemble vide. Ces questions ont été examinées de manière exhaustive, et sur un mode formel, par la théorie moderne des jeux. Pour emprunter sa terminologie, on dira qu'il peut arriver que le noyau ne contienne aucune répartition ou attribution et que, si tant est qu'un noyau existe, il peut ne contenir qu'un petit nombre d'attributions. Pour une introduction à ces concepts, voir Duncan LUCE et Howard RAIFFA, *Games and Decisions*, New York, John Wiley and sons, 1957.

débouche là sur d'autres différences de résultats. En ce qui concerne les biens privés, les échanges suivront leur cours de la manière normale, étudiée en détail par les économistes. Les institutions du marché se constitueront ; les possibilités de marchandage seront limitées par les nombreuses options dont dispose chaque acheteur et chaque vendeur ; les résultats du processus seront davantage déterminés que dans un contexte où il n'y aurait qu'un petit nombre de participants. On peut remarquer – cela précisé – que, aspect digne d'intérêt pour notre propos, ces échanges de biens privés continuent de concerner des paires de participants, un acheteur individuel et un vendeur individuel. Comme dans le modèle de base et malgré l'ajout de participants, chaque échange demeure une transaction entre deux parties. Il n'est pas nécessaire d'impliquer tous les membres de la communauté dans chaque contrat. Rien là qui ressemble à un « contrat social ».

Au-delà de ces échanges de biens privés, il peut y avoir d'autres surplus potentiels à réaliser au moyen d'« échanges » de biens publics, ou de biens de consommation collective, ces biens qui sont susceptibles de satisfaire simultanément les demandes de *toutes* les personnes du groupe. Supposons, pour en revenir à notre exemple, que Z est un bien public de ce genre et peut être consommé collectivement et simultanément par tous les membres d'une communauté composée de, disons, trois individus, A, B et C. Maintenons l'hypothèse que toute la quantité de Z disponible est aux mains de B en vertu du contrat constitutionnel de base. Il y a alors une possibilité d'« échanges » qui consisteraient pour A et C à céder des biens privés et divisibles à B qui, en retour, rendrait Z disponible à la consommation collective. Ce qui doit être souligné est que, dans ce genre d'échange, *tous* les membres du groupe des consommateurs finaux doivent être directement impliqués dans les négociations contractuelles concernant l'offre du bien public. Il n'est pas possible de décomposer le réseau des échanges économiques en un certain nombre de transactions bilatérales distinctes. Ce trait différencie radicalement les échanges de biens publics et les échanges de biens privés lorsque de grands nombres sont impliqués. Dans le cas des biens publics, on voit de nouveau apparaître quelque chose qui s'apparente à un « contrat social » et qui, pour ce qui concerne le nombre des parties impliquées, se compare au contrat constitutionnel définissant les droits individuels.

Avant d'aller plus loin dans l'analyse des implications de cette similitude et de la confusion qui peut en résulter, clarifions certaines ambiguïtés. Pour faciliter l'exposé, j'ai fait comme si tous les biens rares étaient soit des biens

---

Deuxièmement, même si l'attribution finalement convenue devait avoir les qualités nécessaires pour être incluse dans le noyau au sens de la théorie des jeux, les individus pourraient toujours trouver avantageux de violer ses termes s'ils prédisaient une absence de réponse de la part des autres membres du groupe. Si cette tendance à l'instabilité est présente tout à la fois dans les groupes nombreux et peu nombreux, l'anonymat des individus dans les grands groupes fait que les calculs stratégiques de comportement ont moins de chances d'y survenir.

privés purs soit, à l'autre extrême, des biens publics purs<sup>18</sup>. J'ai qui plus est supposé que la « portée » du caractère public de tous les biens publics coïncidait exactement avec la communauté dans son entier. Cette hypothèse est peut-être plus limitative encore que celle consistant à considérer que les biens appartiennent purement à une catégorie ou à une autre. Il existe vraisemblablement de nombreux biens qui sont « publics » ou « collectifs » lorsqu'il s'agit d'un nombre de consommateurs déterminé, mais qui deviennent des biens rivaux lorsque le nombre des consommateurs augmente. La dimension du « club » de consommateurs qui répond au critère d'efficacité peut être bien inférieure au nombre total des membres de la communauté<sup>19</sup>. Quand les « clubs » sont relativement petits par rapport à la taille de la communauté globale, des institutions apparaissent sur le marché qui internalisent les arrangements contractuels requis, même si les strictes caractéristiques de l'échange bilatéral du marché pur et parfait sont violées. Pour les fins qui nous occupent, ayant reconnu qu'une bonne partie du secteur non collectif fonctionne sur le mode des regroupements par petits nombres, nous pouvons traiter tout « échange » qui n'implique pas une portion substantielle de la communauté totale comme un échange de « marchandises privées ». Ce qui revient en pratique à laisser de côté le processus de prise de décision politique au niveau local.

Cette analyse suggère qu'un « contrat social », défini comme l'ensemble des négociations impliquant *tous* les membres d'une communauté donnée, peut prendre place théoriquement à deux niveaux : d'abord à celui, initial, du contrat constitutionnel, où un accord est passé sur une attribution de droits individuels ; puis à celui du contrat postconstitutionnel, où les individus s'entendent sur les quantités et sur les coûts des biens et des services collectivement consommés. Les mêmes problèmes se posent essentiellement à chaque niveau, problèmes qui découlent globalement de la nécessité d'impliquer un grand nombre de personnes dans le même accord contractuel. Le coût de l'obtention d'un accord sur un résultat quel qu'il soit s'élève fortement à mesure que le nombre de personnes s'accroît. Dans un échange à deux parties, seuls l'unique acheteur et l'unique vendeur ont à s'entendre. Le simple et strict accroissement du nombre suffit à engendrer d'énormes différences de coûts. Et l'absence d'alternatives peut rendre en ce cas l'entente encore plus ardue entre les parties. Il peut par contre ne pas se révéler très coûteux pour un très grand nombre de personnes de se mettre d'accord si chacune d'entre elles dispose d'autres possibilités pour atteindre ses objectifs. Un individu qui a d'autres possibilités de choix peut tout simplement se retirer du grand groupe

18. La même hypothèse a été posée par SAMUELSON dans sa formulation classique des normes de bien-être social régissant l'offre des biens publics : Paul A. SAMUELSON, « The Pure Theory of Public Expenditure », *Review of Economic and Statistics*, vol. 36, novembre 1954, p. 387-389.

19. Une analyse plus approfondie de ce sujet se trouve dans mon article « An Economic Theory of Clubs », *Economica*, vol. 32, février 1965, p. 1-14.

si l'accord proposé n'est pas compatible avec ses préférences. Pour la communauté globalement considérée, la participation nécessaire de tous ses membres exclut effectivement les possibilités d'alternatives véritables. Les Etats nations, qu'un individu ne peut quitter d'une manière générale qu'en encourant des coûts d'émigration élevés sont dès lors, bien plus que les gouvernements locaux, les entités organisées du monde réel auxquelles nos analyses sont directement applicables.

Une dernière précision doit prendre place ici si nous ne voulons pas que les chapitres à venir apparaissent contredire ce que nous avons écrit jusqu'à présent. Elle concerne la délimitation ou l'attribution des droits individuels résultant du contrat constitutionnel. Il est essentiel que la diversité potentielle des spécifications des droits individuels soit reconnue. Théoriquement, l'entente peut aller d'une attribution qui implique relativement peu de « lois » au sens formel du terme à une attribution qui enferme le comportement individuel dans de multiples limitations. Une attribution de droits n'est pas un choix entre tout ou rien. Toutes choses étant égales par ailleurs, la liberté sans lois de l'ordre anarchique est l'état de choses le plus souhaitable. La propension d'un individu ou d'une communauté à sacrifier cette liberté qui subsiste même dans la jungle hobbesienne en faveur de la stabilité que promettent des régimes fondés sur divers ordres de restrictions formelles dépend de la pénibilité de la jungle, de la valeur attribuée à l'ordre, du coût de l'application de la loi et de divers autres facteurs sur lesquels nous reviendrons.

## Chapitre

# 3

---

## Contrat postconstitutionnel La théorie des biens publics

**J'**analyserai plus en détails dans ce chapitre la catégorie 3 (b) du schéma établi dans le chapitre précédent. Figurent dans cette catégorie les accords à plusieurs parties, authentiques « contrats sociaux » qui peuvent être conclus après que : 1) les droits individuels ont été attribués par le contrat constitutionnel ; et 2) tous les gains susceptibles de résulter des échanges de biens strictement privés ou divisibles ont été réalisés. Mon analyse pourrait être considérée comme une « théorie des biens publics » si on prend les mots au sens large. Les éléments de base qu'elle implique sont familiers aux économistes modernes, mais le contexte dans lequel ils sont utilisés est sans doute assez nouveau pour justifier qu'on s'y arrête.

J'ai modifié l'ordre logique prévu par le schéma. Le contrat constitutionnel, qui définit et attribue les droits individuels, vient en celui-ci, logiquement et chronologiquement, avant le contrat postconstitutionnel, qui concerne les échanges de biens privés et publics s'opérant après que les droits ont été définis et reconnus par tous. J'ai procédé à cette interversion pour des raisons pédagogiques. La théorie du contrat postconstitutionnel, qu'elle soit théorie des échanges de biens privés, domaine de la micro-économie traditionnelle, ou théorie des échanges de biens publics, est en effet moins complexe que la théorie du contrat constitutionnel. Et c'est en bonne partie parce que j'ignorai ou laisserai de côté les complications de la seconde qu'il me sera possible de développer une approche précise et rigoureuse de la première.

Si on excepte le paragraphe qui introduit la section suivante, je laisserai de côté, en outre, la catégorie la plus importante de contrat postconstitutionnel, les échanges de biens et de services divisibles et privés. Cette omission, qui s'explique en partie par le caractère familier des échanges concernés, se justifie surtout par ce qu'est l'objectif général de ce livre. La théorie traditionnelle des échanges de biens privés n'est pas une source importante d'interrogations et de confusions concernant le rôle de l'Etat, ce qui n'est pas le cas de la théorie des échanges de biens publics qui en constitue le complément.

Une limitation additionnelle tient à ce que je me concentrerai sur les procédures de « contrat social » dans leur forme la plus pure. Je ne traiterai pas des questions intéressantes qui émergent, en théorie et en pratique, quand le fonctionnement efficace de la non-rivalité et/ou de la non-exclusion permet la floraison de transactions s'opérant au niveau de groupes plus petits que la communauté, la dimension de celle-ci étant, par hypothèse, déterminée de manière exogène <sup>1</sup>. Ce qui veut dire que je n'aborderai ni le fédéralisme fiscal, ni la théorie des clubs <sup>2</sup>. Aussi intéressantes que soient ces questions, leur examen nous éloignerait des problèmes du contrat social entre plusieurs personnes qui sont ceux dont j'entends parler ici.

Je continuerai, dans ce chapitre, à travailler dans le cadre d'un modèle essentiellement intemporel qui suppose que les contrats soient exécutés de manière immédiate, et par les personnes même qui les ont conclus.

## Les échecs du marché et le problème des passagers clandestins

Si les droits individuels sont précisément définis et reconnus par toutes les parties, les gens seront incités à amorcer librement des échanges concernant les biens et services divisibles : les biens et services qui peuvent être entièrement ou presque entièrement divisés entre les individus distincts ou de petits groupes. Ce qui veut dire que le comportement d'individus motivés par l'intérêt personnel fera apparaître plus ou moins spontanément des marchés et ce, au plus grand avantage de tous les membres de la communauté. Les avan-

1. L'article de Dennis MUELLER, « Achieving a Just Polity », *American Economic Review*, vol. 44, mai 1974, p. 147-152, examine certains des problèmes que cette omission soulève. Bien que MUELLER présente ses thèses dans le contexte d'une critique de John RAWLS, une bonne partie de son analyse s'applique à ce que je développe dans le présent ouvrage.

2. Deux ouvrages récents renferment l'examen détaillé de plusieurs de ces questions : Wallace E. OATES, *Fiscal Federalism*, New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1972, et Richard E. WAGNER, *The Fiscal Organization of American Federalism*, Chicago, Markham Publishing Co., 1971.

tages susceptibles de résulter de l'échange seront exploités aussi pleinement que possible, et tous, voyant leurs dons et leurs aptitudes bien délimités et enchâssés dans une structure de droits de l'homme et de droits de propriété légalement exécutoires, amélioreront leur condition par rapport à ce qu'elle aurait été si chacun était demeuré dans sa position postconstitutionnelle initiale. Le génie des philosophes moraux du XVIII<sup>e</sup> siècle (notamment Mandeville, Hume et Smith) est précisément d'avoir découvert et mis à contribution ce principe simple, qui a ensuite été développé dans plusieurs directions par la théorie économique moderne, et qui a servi, directement ou indirectement, de fondement aux institutions qui ont permis le progrès économique du monde occidental depuis les Lumières.

L'une des caractéristiques essentielles de l'ordre efficace et spontané des marchés est l'existence des contrats à deux personnes, qui permet de réduire les coûts de transaction à leur minimum. Les échanges s'accomplissent dès que les conditions en sont fixées, et seul est nécessaire le consentement des deux personnes concernées. De plus, le fait que les échanges à deux personnes appartiennent à un réseau d'options alternatives facilite plutôt qu'il ne retarde la conclusion des accords. L'effet du nombre est de multiplier les alternatives offertes aux acheteurs et aux vendeurs et, pour chaque échange particulier, de diminuer le risque des désaccords entre les parties<sup>3</sup>.

L'essentiel de la théorie moderne des biens publics, ou biens de consommation collective, réside dans la démonstration de ce que les marchés ne parviennent pas à apparaître et à produire des résultats raisonnablement efficaces lorsque les accords potentiels requièrent l'acquiescement simultané de plus de deux personnes. Aucun des éléments qui expliquent l'efficacité des marchés de biens privés ne se retrouve dans le modèle des marchés de biens publics purs. Les coûts de transaction et d'acceptation sont beaucoup plus élevés en raison du nombre élevé des personnes qui doivent être impliquées dans la même transaction ou le même échange. Et ce nombre élevé tend par lui-même à éliminer des alternatives disponibles aux participants. Pour expliquer ce qui distingue fondamentalement le comportement dans les échanges de biens publics du comportement dans les échanges de biens privés, on invoque souvent, bien que l'expression soit en elle-même trompeuse, le « problème du passager clandestin ».

Dans un échange simple à deux personnes concernant un bien divisible, chaque partie a conscience de ce que le comportement de son partenaire dépend directement de son propre comportement. Si vous avez les oranges et moi les pommes, et si je veux des oranges, je sais que je ne pourrai satisfaire mes désirs qu'en en payant le prix, c'est-à-dire en cédant des pommes. Je ne peux guère m'attendre à ce que vous m'offriez des oranges quelle que soit ma

3. Pour une analyse de l'ordre spontané qui émerge du processus de marché, voir l'excellent essai de Michael POLANYI, *The Logic of Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1951.

façon d'agir à votre égard, ni espérer simplement les prendre sans que vous n'invoquiez votre droit de propriété. Si j'essaie quand même ou si je romps un contrat que j'ai conclu, je ne peux espérer échapper aux conséquences de la destruction, que j'ai occasionnée, du processus d'échange. Il n'y a pas moyen pour moi d'obtenir les oranges sans encourir un coût. Le fonctionnement comportemental est radicalement différent dans un échange ou un contrat concernant des biens publics, indivisibles. Supposons que plusieurs personnes (1, 2, ...,  $n$ ) désirent un bien caractérisé par la non-rivalité pure, et prenons pour illustration l'exemple du drainage d'une prairie communale tel que le présente David Hume<sup>4</sup>. On peut dire que chacun des nombreux habitants de la commune sait que le drainage lui sera personnellement profitable si les coûts que celui-ci représente sont partagés également entre tous. La situation pour chaque habitant sera néanmoins plus avantageuse encore si la prairie est drainée par les autres, et s'il n'a à verser lui-même aucune contribution. Chaque personne est incitée à s'abstenir de passer à l'action dans la mesure où elle croit que son comportement n'exerce aucun effet sur celui des autres participants à l'interaction sociale concernée. Chaque personne est incitée à devenir un « passager clandestin », quelqu'un qui obtient les avantages du bien ou du service collectivement consommé sans réellement contribuer à son financement.

Nous avons fait allusion au caractère trompeur de cette expression, qui suggère plutôt le recours à un comportement stratégique. Il n'y aura pourtant comportement stratégique, c'est-à-dire dissimulation par un individu de ses véritables préférences concernant le bien public, que si le groupe est peu nombreux et si l'individu discerne que son propre comportement peut influencer les autres. Dans un groupe nombreux, quand bien même les résultats sont identiques, les conditions comportementales sont différentes. L'individu n'adopte pas un comportement stratégique par rapport aux autres membres du groupe : il voit dans le comportement des autres un aspect parmi d'autres de son environnement, et il ne considère pas que ses propres actions peuvent exercer une influence sur celles des autres. Il maximise donc son utilité en s'abstenant de contribuer lui-même à la production et au financement du bien ou service consommé collectivement. Dans un cas comme dans l'autre quoi qu'il en soit, certains des avantages de l'échange susceptibles de rapporter à tous ne se réaliseront pas spontanément, même si les droits individuels originaux sont précisément spécifiés et observés. Les échanges de biens publics purs ne semblent pas pouvoir s'opérer volontairement dans le cadre institutionnel qui permet les échanges de biens privés<sup>5</sup>.

4. Voir David HUME, *A Treatise of Human Nature*, p. 358. Les phénomènes de comportement dont il est question ici sont connus depuis la plus haute Antiquité ou, pour le moins, depuis Aristote. Voir ARISTOTE. *Politique*, Cambridge, Harvard University Press, 1967.

5. Pour une analyse plus poussée de ces questions, voir le chapitre 5 de mon *Demand and Supply of Public Goods*.

## Echange et unanimité

Les échanges ordinaires de biens privés s'opèrent dans un cadre d'unanimité implicite. Ce qui veut dire que lorsqu'un acheteur et un vendeur se mettent d'accord, un échange s'opère auquel les membres de la communauté autres que le vendeur et l'acheteur consentent implicitement. Il n'est pas nécessaire que le consentement de ces membres autres soit explicite : si l'un d'eux avait voulu intervenir dans n'importe lequel des échanges réalisés, il lui suffisait d'offrir de meilleures conditions à l'acheteur ou au vendeur. Aussi longtemps que ses retombées ou effets externes sont peu importants, ce genre d'échange à deux personnes et implicitement unanime répond aux normes de l'efficacité<sup>6</sup>. Si la nature d'un bien est telle que la participation de tous les membres du groupe est requise pour des accords efficaces de partage, la condition d'unanimité devient beaucoup plus problématique. Tout le monde doit explicitement approuver les termes des échanges ; tout le monde doit se rassembler en une seule organisation chargée d'effectuer ceux-ci.

Knut Wicksell fut le premier chercheur à discerner que la règle de l'unanimité dans les choix collectifs constitue l'équivalent institutionnel de l'échange bilatéral dans le domaine des biens exclusivement privés ou divisibles<sup>7</sup>. La grande coalition des échangeistes requise pour que tout le surplus potentiel soit exploité ne peut pour autant pas émerger naturellement et spontanément du comportement privé et maximisateur d'individus confrontés à un bien public. Cela reste vrai même si on laisse de côté les coûts de transaction liés au marchandage. Un « équilibre naturel » au sein duquel une coalition de personnes produit une certaine quantité du bien public tandis que les autres sont en position de passagers clandestins peut, dans certaines circonstances, émerger spontanément, mais l'efficacité n'est généralement pas au rendez-vous. Une analyse approfondie mène à dire que l'efficacité ne peut exister que si un « contrat social » se trouve passé entre *toutes* les personnes, contrat requérant que tous les membres de la communauté participent à la prise de décisions collectives placées sous la règle de l'unanimité. On peut noter là un paradoxe apparent. La règle de l'unanimité garantit à chaque individu qu'il ne sera pas lésé par l'action collective. Mais jusqu'à ce qu'ils soient, et à moins qu'ils ne soient, organisés sous le régime d'un « contrat social » tel que celui

6. Une analyse globale de cet aspect se trouve dans Ludwig von Mises, *L'action humaine*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985.

7. Voir Knut WICKSELL, *Finanz theoretische Untersuchungen*, Jena, Gustav Fischer, 1896. Des extraits importants de cet ouvrage ont été publiés en traduction anglaise sous le titre « A new Principle of Just Taxation » in *Classics in the Theory of Public Finance*, sous la direction de R.A. MUSGRAVE et A.T. PEACOCK, London, Macmillan, 1958.

dont nous parlons, les individus ne peuvent, de manière privée et indépendante, atteindre l'efficacité par le biais d'échanges libres.

Ce point soulève une question importante pour ce dont je traite. Un « contrat social » par lequel tous les membres de la communauté s'entendent pour prendre toutes les décisions collectives concernant l'offre et le financement partagé des biens publics purs implique-t-il à proprement parler une coercition ? *Ex ante*, chacun sait qu'il retirera d'un tel contrat des avantages excédant ceux qu'il obtiendrait si aucun bien public n'était fourni. Des membres indisciplinés de la communauté peuvent toutefois espérer obtenir des avantages encore plus grands en restant à l'extérieur des coalitions qui apparaîtront pour partager les coûts et produire une certaine quantité des biens concernés. Comme, par hypothèse, l'optimalité ou l'efficacité parétienne ne sont atteintes que lorsque toutes les personnes participent à l'organisation de l'échange, il y a sans doute des avantages mutuels à réaliser des échanges entre ceux qui sont prêts à partager les coûts et les passagers clandestins de ce « contrat social ». Il semblerait ainsi que l'acceptation par tous de la participation à une communauté, qui ne prendrait ses décisions que selon la règle de l'unanimité, pourrait être obtenue sans recours à la coercition. Pareille acceptation impliquerait sans doute, cela dit, que certains membres du groupe se voient accorder des avantages plus grands du seul fait de leur réticence à coopérer. Et cette inégalité de traitement pourrait bien, en retour, se révéler inacceptable à des gens qui auraient sans cela volontairement consenti au contrat. Le principe fondamental de l'ordre politique d'une collectivité, le principe d'égalité de traitement, aurait été transgressé dès le départ. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, la conclusion à tirer est qu'une collectivité regroupant tout le monde ne peut guère s'organiser volontairement, et ce, même si on y restreint sévèrement les choix collectifs au moyen de la règle de l'unanimité<sup>8</sup>.

## Unanimité, volontarisme et exclusion

La conclusion est différente si l'exclusion est possible. Si les personnes qui décident de ne pas se joindre aux arrangements collectifs par lesquels les décisions relatives au partage des coûts sont prises à l'unanimité (exigence minimale) peuvent être exclues du bénéfice de la jouissance du bien public, l'optimalité parétienne, l'efficacité, pourra être atteinte volontairement, même

8. Pour une analyse de l'influence que l'attitude d'autrui exerce sur la décision individuelle de participer à des décisions de groupe, voir William J. BAUMOL, *Welfare Economics and the Theory of the State*, édition revue, Cambridge, Harvard University Press, 1965.

dans les cas de biens publics purs. Des arrangements de participation aux coûts tendront à émerger qui regrouperont tout le monde<sup>9</sup>. Il n'y aura pas de passagers clandestins puisque chaque personne sera consciente que son refus de participer la priverait complètement de la jouissance de biens publics qu'elle juge utiles. L'exclusion comme telle pourra fort bien ne jamais s'observer dans la mesure où la certitude d'être exclues, si elles restent à l'écart, incitera toutes les personnes à adhérer au contrat de base. Si elle est pratiquée, elle se révélera toutefois extrêmement coûteuse pour ceux qui la pratiquent et, pour peu qu'elle concerne une marchandise qui n'est pas objet de rivalité dans la consommation ou l'usage, elle équivaudra toujours à un gaspillage de ressources. Dans la mesure où tout le monde sait que le pouvoir et la volonté d'exclure existent, le type d'*inefficacité*, généré par le comportement du passager clandestin ne surviendra néanmoins jamais, ou rarement<sup>10</sup>.

Plus important pour mon propos est le problème de la compatibilité entre le pouvoir d'exclure, quel que soit le coût, et l'hypothèse selon laquelle des droits individuels ont été attribués, droits précisément définis et reconnus par toutes les parties. Si, retournant au modèle usuel des économistes, on place les droits dans l'espace ordinaire des marchandises et si on se représente les droits de propriété comme des revendications individuelles concernant des stocks de ressources et de biens finaux, diverses complications surgissent. Imaginons une communauté de  $n$  personnes dont  $n-1$  manifestent l'intention de conclure un contrat qui les oblige à participer au partage des coûts de production d'un bien public pur, les décisions concernant la quantité à produire et les coûts de production ne pouvant être prises qu'à l'unanimité. L'exécution du contrat signifie que chacune des  $n-1$  personnes cédera une partie de sa dotation initiale en « échange » des avantages qu'elle peut espérer tirer du bien public. Mais qu'advient-il de la *énième* personne, celle qui refuse de signer le contrat ? Notre hypothèse implicite était qu'elle appartient à la communauté, mais nous n'avions pas précisé le contenu de cette appartenance. L'exclusion de la jouissance du bien public implique forcément une expulsion, totale ou partielle, hors de la communauté. Or, ce geste ne semble pas compatible avec l'attribution des droits dans le contrat constitutionnel fonda-

9. Notons que je définis ici un bien public par la non-rivalité plutôt que par la non-exclusivité. Le caractère de bien public pur signifie alors que des consommateurs ou usagers additionnels peuvent s'ajouter au groupe à un coût marginal nul. Dans un tel contexte, l'exclusion des individus ne coûte pas forcément très cher.

10. L'exclusion de la possibilité de consommer des biens publics est analytiquement équivalente au châtement infligé pour violation de la loi, dont nous traiterons en détail au chapitre 8. La réticence que ceux qui paient peuvent éprouver à l'idée d'exclure des passagers clandestins, en raison du coût même de l'exclusion, est elle-même, sur le plan des principes, équivalente à la réticence que les citoyens respectueux des lois peuvent éprouver à l'idée de punir les contrevenants, en raison de la désutilité résultant de l'acte même de punir. Comprendre la théorie fondamentale des biens publics peut apparaître ainsi comme permettant de comprendre certaines des questions liées au maintien de l'ordre légal.

mental, attribution qui définit l'individu sur la base de sa dotation et de ses droits initiaux, ce qui inclut – on peut le présumer – une appartenance physique à un groupe géographiquement localisé aussi bien qu'une appartenance sociale à une communauté qui a adopté certains droits généraux et de citoyenneté. Exclure un individu de la jouissance d'un bien public peut impliquer une intrusion coercitive dans ses droits, qui sont indépendants de la décision concernant le bien public.

Il y a deux manières de contourner cette difficulté. On peut ou bien 1) nier la possibilité logique d'un vrai contrat social, même à un stade postconstitutionnel, tout en continuant de définir les droits individuels comme on la fait ; ou bien 2) redéfinir l'attribution des droits dans le contrat constitutionnel de manière à y incorporer l'exclusion. Comme notre exposé le laisse entrevoir, la deuxième approche fournit un meilleur modèle pour explorer et expliquer l'ordre social dans toute sa complexité. Plus spécifiquement, je dirai que l'attribution initiale des droits dans le contrat constitutionnel peut définir des droits individuels sur des dotations en ressources (humaines et matérielles) ainsi que des droits égaux de citoyenneté, ceux-ci étant limités par la nécessité de mettre en œuvre des moyens minimaux permettant de priver des biens publics ceux qui refuseraient explicitement de participer à un contrat postconstitutionnel effectivement régi par l'unanimité. En termes plus simples, cela revient à dire que l'appartenance à la communauté peut être définie de manière à rendre obligatoire, sous réserve que la règle de l'unanimité s'applique effectivement, la participation au véritable processus contractuel qui régit les biens publics au stade postconstitutionnel. La contrainte réside dans la privation de jouissance des biens publics, privation qui peut, si nécessaire, impliquer la négation de certains titres de « propriété privée »<sup>11</sup>.

Nous pouvons depuis là analyser le contrat postconstitutionnel dans le cadre d'un modèle d'action purement volontaire. Comme tel, l'individu se trouve défini sur la base des droits qui lui sont attribués dans le contrat constitutionnel. Ces droits incluent une dotation initiale spécifique ainsi que l'appartenance à une unité collective où les décisions seront prises à l'unanimité. L'individu n'a pas le droit de se séparer de la collectivité, car cela constituerait une violation du contrat constitutionnel aussi forte que l'acte consistant à voler les dotations ou les biens qui ont été attribués aux autres. J'admets que ce modèle est extrêmement abstrait et irréaliste, mais il nous permettra d'édifier les constructions plus réalistes qui suivront. Une idée qui s'en dégage est que, même quand la règle de l'unanimité limite les choix, l'Etat ou la collectivité doit être un élément explicite du contrat constitutionnel et en résulter. Les échanges globaux de biens publics purs que l'efficacité

11. Mancur OLSON a insisté sur l'importance des biens privés en tant que moyens d'exercer l'exclusion dans le cadre de l'offre des biens publics : voir sa *Logique de l'action collective*, Paris, Presses Universitaires de France, 1978.

requiert n'émergeront pas nécessairement de manière volontaire des actions libres d'individus définis seulement en termes de dotations initiales.

Si donc, d'une part, nous faisons de l'appartenance à une entité politique intentionnellement constituée une composante essentielle des droits de l'individu et si, d'autre part, nous restreignons au moyen de la règle de l'unanimité le pouvoir de décision de cette entité, nous pouvons analyser les échanges généraux de biens publics à plusieurs personnes en des termes analogues à ceux permettant d'analyser les échanges de biens privés et divisibles à deux personnes tels qu'ils se déroulent sur le marché. Comme Wicksell l'avait bien vu aussi, la règle de l'unanimité est le seul véritable test de l'efficacité dans les échanges à plusieurs personnes, celle-ci étant définie selon des critères individualistes. Ou, pour dire les choses autrement, tout échange à plusieurs personnes qui capte le surplus potentiel disponible peut théoriquement obtenir l'approbation unanime de toutes les parties. (Dans un jeu à somme positive, tous les participants peuvent réaliser des gains).

Parvenir à ce résultat exige toutefois que les incitations que les individus peuvent avoir à investir des activités de pure répartition soient réduites ou éliminées d'une façon ou d'une autre. La règle de l'unanimité fournit un droit de veto à chaque participant ; elle donne à chacun le pouvoir de négocier bilatéralement avec chacun des membres du groupe. Cette caractéristique fait que le coût d'un accord en son cadre peut être excessif ou prohibitif. Conscient de cette difficulté, Wicksell lui-même avait envisagé de proposer une règle de l'unanimité qualifiée, ce par quoi il entendait, en matière fiscale, quelque chose comme une majorité des cinq sixièmes de la communauté (ou de ses représentants).

## **Les droits individuels** **sous la règle de la non-unanimité**

L'efficacité institutionnelle implique donc que nous nous écartions de l'unanimité dans la prise de décisions collectives. Il faut insister sur l'importance de ce changement pour tout « contrat social » postconstitutionnel. Dans *The Calculus of Consent*, Gordon Tullock et moi avons analysé le choix auquel un individu se trouve confronté au stade constitutionnel en supposant que cet individu ne peut prédire ce que sera le rapport avantages-coûts des décisions ultérieures qu'il prendra. Nous avons posé les fondements logiques permettant l'adoption de règles n'exigeant pas l'unanimité, mais sans présenter d'arguments permettant de choisir l'une ou l'autre parmi toutes les règles

possibles<sup>12</sup>. L'un de nos objectifs secondaires était en fait de démontrer que la règle de la majorité n'est pas unique, quand bien même elle constitue l'option associée le plus souvent aux choix collectifs non unanimes. Mais le problème du choix de la règle permettant la prise de décisions collectives post-constitutionnelles n'est pas ce qui me préoccupe à ce stade de mon exposé. On supposera donc ici qu'une règle n'exigeant pas l'unanimité a été adoptée, et on utilisera à titre d'exemple celle du vote à majorité simple. On considérera en outre, que la règle adoptée constitue l'un des éléments du contrat constitutionnel qui définit l'ensemble des droits individuels. Et on s'intéressera sur cette base à la possibilité de réconcilier la règle de la majorité avec la notion d'échange à plusieurs parties. Qu'en est-il, en un tel contexte, des « droits » individuels ? Peut-on maintenir l'analogie entre les choix collectifs et les échanges volontaires de biens privés ? Est-il alors nécessaire d'adopter pour les décisions collectives un cadre conceptuel tout à fait différent de celui qui s'applique à la règle de l'unanimité ?

La règle de l'unanimité garantit l'efficacité, ou tout au moins l'efficacité espérée, de toute décision. Le consentement individuel y signifie que l'individu s'attend à des bénéfices en termes d'utilité personnelle, ce qui peut ou non incorporer l'intérêt personnel au sens strict. Dans le cas d'un bien public, les avantages susceptibles d'être obtenus par l'individu doivent être évalués par lui comme plus importants que sa part des coûts, définie en termes de biens privés qu'il doit sacrifier. L'échange à plusieurs parties impliqué par la fourniture de biens publics fait passer l'individu d'une attribution initiale à une attribution finale, incluant des biens publics, à laquelle il attache plus de valeur et d'utilité. Grâce au choix effectué des biens publics, chaque membre de la collectivité atteint – ou pense qu'il atteindra – une position supérieure dans son propre espace d'utilité.

Ce résultat n'est plus garanti quand les choix collectifs s'écartent de l'unanimité. Sous le régime du scrutin à majorité simple, par exemple, une personne peut s'apercevoir qu'une décision majoritaire concernant un bien public l'a déplacée vers le bas plutôt que vers le haut dans son espace d'utilité. Où sont ses « droits » dans ce genre de changement postconstitutionnel ? Il semble difficile d'assimiler à un « contrat » la situation où on enlève à quelqu'un, contre son gré, des biens auxquels il attache de la valeur. La coercition exercée contre lui est apparemment du même ordre que celle qu'il subit lorsqu'un voleur lui prend son porte-monnaie à Central Park. Cette façon fort répandue de voir les choses tend néanmoins à laisser dans l'ombre des aspects qu'il importe d'analyser plus soigneusement. Quand le voleur prend le porte-

---

12. L'approche utilisée ici et là fait de l'unanimité le standard dont on ne peut s'éloigner que pour des raisons d'efficacité décisionnelle. Le consentement demeure l'idéal théorique. Pour une analyse qui remet en cause cette approche, on consultera Douglas W. RAY, *The Limits of Consensual Decision*, communication présentée au colloque de la Public Choice Society, College Park (Maryland), mars 1973.

monnaie à sa victime, il est facile de discerner la coercition parce que la victime, le voleur et les tiers s'entendent sur les droits de propriété en cause. Le porte-monnaie appartient à la victime en vertu d'un droit qui lui a été attribué et qui est reconnu par tous. Peut-on juger de la même manière la situation du citoyen obligé, sous peine de sanctions, de payer des impôts supérieurs à ce qu'aurait été sa contribution volontaire au financement des biens publics ? La collectivité qui se laisse diriger par les coalitions de prise de décision formées sous le régime d'un contrat constitutionnel théorique se comporte-t-elle comme un voleur ? Il ne fait pas de doute que c'est ce que pensent de nombreuses personnes, et pas seulement celles dont l'utilité se trouve réduite par tel ou tel choix collectif.

Nous sommes là face à ce qui est l'une des sources de confusion les plus importantes dans les débats modernes de politique sociale, et cette source est étroitement reliée au paradoxe du gouverné que nous examinerons plus attentivement au chapitre 6. Si nous nous en tenons à notre postulat selon lequel les droits individuels sont des droits d'agir sur la base de dotations ou d'ensembles de biens attribués au départ, si nous disons qu'ils incluent *aussi* la participation aux activités d'une collectivité à laquelle est reconnu le droit d'agir selon des règles n'exigeant pas l'unanimité, et *si* nous ajoutons qu'ils sont reconnus par tous, il est incohérent et contradictoire pour quelqu'un de prétendre que ses « droits » sont violés par le simple fonctionnement de règles de choix collectif autorisées par la constitution. Rappelons qui plus est ici le caractère intemporel de notre analyse. Ce sont, par hypothèse, les *mêmes* personnes qui concluent le contrat constitutionnel théorique et qui participent aux ajustements postconstitutionnels. Il s'ensuit que si un contrat constitutionnel est conclu qui définit les personnes en termes de droits de propriété, et si ces derniers incluent l'appartenance à une société politique autorisée à prendre des décisions sans se soumettre à la règle de l'unanimité, chaque personne pourra être considérée comme ayant, à ce stade antérieur, consenti aux limitations de ses droits que le processus de décision implique. (Notons que cet énoncé ne suppose pas forcément que le contrat constitutionnel est optimal ou efficient. Notons aussi que la question de la justice ou de l'injustice de ce contrat n'est pas ce qui nous importe ici). La clarté de l'analyse nous impose de bien distinguer deux types de structures institutionnelles permettant de s'écarter du recours à la règle de l'unanimité dans l'action collective. Dans la première, les décisions collectives sont prises sans le consentement explicite de tous les membres de la communauté, mais les règles de décision sont soumises à des contraintes externes garantissant des résultats identiques à ceux qu'aurait produits l'unanimité, et donc l'absence des difficultés liées au marchandage et à l'entente. Ce qui veut dire que les résultats des décisions collectives sont tels que chaque membre de la communauté peut juger qu'ils améliorent sa situation d'avant la décision telle qu'évaluée en termes d'utilité. En ce cadre très restrictif, il semble légitime de parler de l'ac-

tion collective comme d'un *contrat* ou d'un *échange*. Des règles de non-unanimité sont nécessaires pour éviter des problèmes de comportements individuels, mais elles visent à reproduire les mêmes résultats que la règle d'unanimité. Même si un individu peut avoir personnellement préféré un résultat différent de celui que les règles de substitution ont produit, sa participation à la communauté lui a quand même permis de réaliser une augmentation nette d'utilité. Comme nous le verrons plus loin, ce type de structure n'est pas sans applications dans le monde réel.

Dans le second type de structure institutionnelle, les règles de décision collective ne sont soumises à aucune condition et, l'unanimité n'étant pas nécessaire, un individu peut subir du fait de sa « participation » une perte nette d'utilité. Ce qui veut dire qu'il peut se retrouver à un niveau d'utilité inférieur à celui qui aurait été le sien en l'absence de toute action collective. (Rappelons qu'en vertu de l'hypothèse que nous avons maintenue, les droits à certaines dotations définies au départ ont fait l'objet d'un accord mutuel). Qualifier pareille situation de « contractuelle » ressemble fort à un abus de langage. L'action collective peut en elle apparaître à l'individu lésé comme strictement équivalente à l'acte du bandit dans le parc, ou pire encore. Même ici toutefois, il importe de préciser quelles garanties le contrat constitutionnel offre contre l'exploitation de l'individu par des décisions collectives ou étatiques. Si l'action collective non unanime et sans autre restriction est effectivement inscrite dans la constitution, l'individu n'est pas vraiment « propriétaire » de ses dotations de départ, en tout cas pas selon le sens que le mot « propriétaire » peut avoir dans l'autre type de structure institutionnelle. La notion de « propriété privée » prend en ce contexte une signification très différente qui doit être examinée de très près. Avant de procéder à cet examen, sans doute peut-il être utile de décrire l'autre option de manière plus systématique <sup>13</sup>.

### ■ *Le contrat indirect en régime non unanime*

On peut analyser le premier des deux types de structure susdits à l'aide d'un modèle simple à deux personnes et d'un unique graphique. La figure 3-1 transcrit l'utilité de deux individus, *A* en ordonnée et *B* en abscisse. (Cette construction est semblable à celle de la figure 2-2 du chapitre 2. Le niveau d'utilité que chaque individu a pu atteindre depuis le contrat constitutionnel se trouve marqué par le point *C*. L'échange de biens divisibles et privés entre les individus déplace cette position en *E*. D'autres avantages de l'échange restent néanmoins à exploiter via l'offre d'un bien public consommé conjointe-

13. Il existe des relations étroites entre nos analyses et la thèse du « salaire juste ». Ces questions sont examinées à la lumière de la théorie juridique moderne dans l'excellent essai de Frank J. MICHELMAN, « Property, Utility and Fairness... », p. 1165 à 1258.

ment. (Nous traitons ici notre modèle à deux personnes comme s'il s'agissait d'un modèle à plusieurs personnes ; dans une interaction de deux personnes, il ne serait pas difficile de s'entendre sur le partage des coûts). Si le groupe peut atteindre un accord unanime, le résultat final se trouvera à l'intérieur du quadrant nord-est tracé à partir de l'origine  $E$ , c'est-à-dire dans la région délimitée par les droites en pointillé. Nous avons cependant posé que, dans une structure incluant plusieurs personnes, l'application d'une règle d'unanimité devient impraticable et que la constitution doit prévoir une procédure non unanime. Dans notre illustration, qui ne prend que deux personnes en compte, cela signifie que la décision de groupe sera prise par l'une de ces deux personnes,  $A$  ou  $B$ , indépendamment des préférences de l'autre.

Nous dirons que la décision collective concerne seulement l'achat, la production et le financement de l'unique bien public. Et nous noterons que cette hypothèse, à elle seule, restreint drastiquement les résultats possibles : au pire, le dirigeant unique pourrait faire supporter tous les coûts du bien par celui qu'il soumet, et en produire exactement la quantité qu'il désire ; dans des conditions normales, il ne serait pour autant pas garanti que le résultat se situerait à l'intérieur de la région d'échanges bordée par les pointillés dans la figure 3-1. Nous ajouterons donc une contrainte supplémentaire : le contrat constitutionnel fondamental prévoit une institution fiscale. Ce qui veut dire qu'une disposition constitutionnelle décrète un recours à la fiscalité destiné à financer l'obtention du bien public. Ce recours pourrait prendre la forme de l'un ou l'autre des impôts que nous connaissons : capitation, impôt sur le revenu proportionnel ou progressif, etc. Si le choix de l'institution est fait correctement, les résultats qui découleront du gouvernement d'un seul pourront être à l'avantage des deux personnes. Dans l'idéal, ce choix devrait être tel que la règle de décision collective soit sans influence, et permettre donc que toutes les règles mènent au même résultat<sup>14</sup>. Il ne saurait évidemment être question de spécifier l'impôt idéal au stade constitutionnel. Mais en fixant de manière réaliste une structure générale de la fiscalité et en limitant simultanément l'action collective à la fourniture des vrais biens publics, on peut s'assurer que le résultat se situera dans les parages de l'optimalité parétienne.

Considérons maintenant en supplément de la figure 3-1 les courbes de demande de la figure 3-2, et supposons que l'impôt choisi soit la capitation. Disons que si le dirigeant est l'individu  $A$ , il voudra la quantité  $Q_a$  ; s'il est

14. WICKSELL fut le premier à remarquer que les règles fiscales et les règles de choix collectif peuvent être substituées les unes aux autres. L'introduction d'une plus grande flexibilité fiscale rend concevable l'adoption de règles de décision collective plus restrictives permettant de se garantir contre l'exploitation fiscale. WICKSELL n'a toutefois pas vu qu'on peut inverser la relation logique. Avec des institutions fiscales bien conçues, on peut réduire, et à la limite éliminer, le potentiel d'exploitation fiscale que contiennent les règles de décision non unanimes. J'analyse cette relation dans mes ouvrages *Demand and Supply of Public Goods* et *Public Finance in Democratic Process*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1967.

l'individu  $B$ , la quantité  $Q_b$ . On notera que, dans un cas comme dans l'autre, celui qui ne gouverne pas obtient un surplus fiscal net de sa participation aux opérations de production-financement. Sur la figure, on peut représenter les deux positions résultant par les points  $A^*$  et  $B^*$ . L'une et l'autre position se situent bien dans le cadre de l'optimalité parétienne.

Figure 3-1

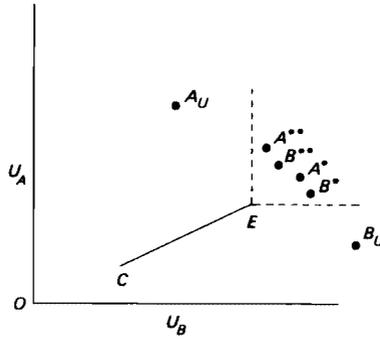
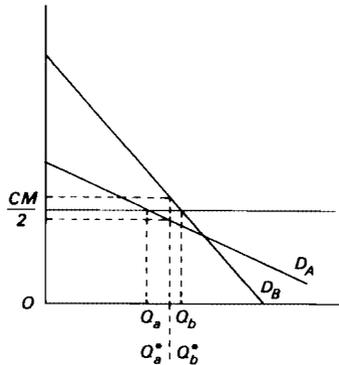


Figure 3-2



Cela signifie que  $A^*$  ou  $B^*$  pourraient fort bien, en théorie, résulter de l'application de la règle d'unanimité, étant donnés tous les facteurs aléatoires

qui peuvent avoir affecté les négociations. Notre hypothèse fiscale implique, certes, que le non-dirigeant,  $B$ , ne sera pas tout à fait satisfait de la position  $A^*$  ou  $Q_a$ . Il n'aura pas tout à fait atteint son équilibre à la marge entre quantité du bien public et prix fiscal. S'il devenait dirigeant, il souhaiterait se déplacer en  $B^*$  et  $Q_b$ . Il sera par conséquent « mécontent » de la décision budgétaire et fiscale  $A^*$  qui lui est imposée par l'individu  $A$ . Et *mutatis mutandis* pour  $A$  si le dirigeant était  $B$ . Il va de soi que des contraintes différentes produiront des conséquences différentes, même si la règle de décision ne change pas. Imaginons que,  $A$  étant toujours décideur collectif, ce soit maintenant un impôt proportionnel sur le revenu plutôt qu'une capitation qui soit l'impôt pratiqué. Posons aussi l'hypothèse que  $B$  touche un revenu plus élevé que  $A$ , comme pourrait le laisser supposer la position de  $D_a$  et de  $D_b$  sur la figure 3-2. L'impôt aura en ces conditions tendance à réduire la quantité de bien demandée par  $B$  et à accroître celle demandée par  $A$ . Et il est concevable que, sous un tel régime fiscal, l'individu  $A$  choisisse  $Q_a^*$ , et l'individu  $B$   $Q_b^*$ . Les positions d'utilité atteintes par l'un ou l'autre lorsqu'il a le statut de dirigeant sont représentées par  $A^{**}$  et  $B^{**}$  sur la figure 3-1. Ainsi placées, ces deux positions demeurent, d'un point de vue parétien, supérieures à la position de départ  $E$ . Comme cet exemple le suggère, il est donc concevable qu'il existe tout un ensemble de règles fiscales et de règles de dépenses, c'est-à-dire de limitations constitutionnelles des processus budgétaires, qui garantissent l'efficacité des règles de non-unanimité dans ce que nous avons qualifié d'« échange indirect » de biens publics purs.

Il importe de bien voir à la fois le but et la portée des limitations constitutionnelles imposées aux règles de non-unanimité dans les décisions collectives au stade postconstitutionnel de l'interaction sociale. Pour demeurer à l'intérieur de ce qu'on pourrait appeler le territoire contractuel, chaque individu doit être certain que le fonctionnement de l'activité politique se soldera pour lui par des avantages plutôt que par des coûts. Or, il n'y a rien dans la « structure d'échange » des biens publics qui implique une distribution univoque des avantages de l'échange, rien d'analogue au partage du surplus net qui se dégage de l'échange d'un bien privé, pas de vecteur déterminé des prix qui résulterait des nouveaux contrats théoriques susceptibles d'être passés. On ne s'étonnera pas dès lors de la grande variété possible des règles et structures politiques-institutionnelles qui respectent les limites du partage des avantages entre toutes les parties. En termes techniques, le noyau du jeu concernant les biens publics est beaucoup plus « inclusif » que celui du jeu concernant les biens privés <sup>15</sup>.

15. Les preuves formelles que la « solution » de Lindahl se situe dans le noyau d'un jeu de bien public ne signifient pas qu'il n'existe pas d'autres « solutions » qui s'y trouveraient aussi. L'équilibre de Lindahl dans les jeux de bien public n'est, en ce sens, pas comparable à l'équilibre concurrentiel qui caractérise les biens privés.

Dans un contexte où les paiements de compensation seraient parfaits et les coûts de transaction nuls, une affectation unique des ressources dans la fourniture d'un bien public ne pourrait être obtenue que si les effets secondaires liés au revenu étaient absents ou s'ils n'étaient pas pris en compte. Une affectation donnée peut, cela dit, être le résultat de modalités de distribution fort diverses puisqu'elle requiert seulement que les prix marginaux auxquels les participants sont confrontés soient en une certaine relation les uns par rapport aux autres ; ce genre de relation n'existe pas en ce qui concerne les prix moyens. La seule restriction, relativement lâche, imposée par les contraintes liées à l'« échange indirect » est que chaque personne tire de l'affectation un bénéfice net. Dans un contexte plus général où les paiements de compensation sont coûteux, les mêmes contraintes permettent aussi de grands écarts par rapport à l'affectation des ressources idéale. La seule condition nécessaire est, dans les termes de la théorie des jeux, que l'échange d'un bien public soit un échange à somme positive pour tous les participants. Il n'est pas nécessaire que les gains totaux soient maximisés. Dans la mesure où ces derniers subissent l'influence des règles adoptées, l'efficacité anticipée de l'affectation des ressources devient un des critères des ajustements effectués au stade constitutionnel. Mais, comme nous le montrerons, des normes de répartition peuvent avoir priorité sur ce critère.

### ■ *L'abandon sans restriction de l'unanimité*

Le modèle devient radicalement différent lorsque les décisions collectives peuvent être prises dans le cadre de règles de non-unanimité et sans aucune contrainte ou limitation constitutionnelle. Notre schéma de base, rappelons-le, distingue théoriquement le stade du contrat constitutionnel, où les droits individuels sont définis et les règles de décision collectives établies, et le stade contractuel postconstitutionnel, où commercent et échangent les personnes dont les droits d'agir et de disposer des choses ont été définis au stade précédent. Ce schéma nous permet de parler des processus du marché, des échanges de biens privés, ainsi que des processus politiques qui incarnent les « échanges » de biens publics au stade postconstitutionnel. Nous y avons incorporé les « échanges indirects » qui s'effectuent avec d'autres règles et restrictions que celle de l'unanimité. Si, toutefois, la définition des droits indi-

---

Pour que l'illustration géométrique de la figure 3-1 s'applique plus directement à un très grand nombre de participants, on pourrait réinterpréter la position E comme incluant non seulement tous les échanges de biens privés, mais aussi tous les échanges de biens consommés collectivement par les coalitions plus petites que l'ensemble du groupe concerné. Cette modification ferait que le graphique et la discussion pourraient porter sur les limitations imposées aux règles de décision politique du point de vue d'un individu face au reste de la société.

viduels au stade constitutionnel permettait à la collectivité, à l'Etat, de prendre des décisions sans unanimité et sans *contrainte*, le schéma semblerait affecté d'une contradiction interne. Dans le cas de deux personnes par exemple, on ne peut guère prétendre que les droits de *B* ont été définis à un stade antérieur si ceux de *A* sont totaux et illimités. Notre modèle implique la nécessité de définir les « droits » ou les limites du décideur collectif tout autant que ceux des membres de la collectivité. Ce n'est que dans la mesure où les actions de la collectivité sont limitées, nous l'avons vu, qu'on peut concevoir les parties contractantes dans les négociations postconstitutionnelles comme des citoyens individuels. Bien que beaucoup plus complexes, les processus politiques demeurent analogues à ceux du marché. Mais on ne peut plus parler de cette manière lorsque toutes les limites pesant sur l'action collective disparaissent.

On peut tenter d'échapper à la contradiction en recourant au concept de « droits probabilistes »<sup>16</sup>. Ce qui veut dire qu'on peut considérer que les droits de l'homme et les autres droits sont définis dans la constitution comme soumis aux actions que peut entreprendre une communauté libre de tout faire et opérant dans le cadre d'un sous-ensemble de règles de décision non unanimes susceptible d'aller de la quasi-unanimité d'une majorité qualifiée wicksellienne à la dictature d'un seul en passant par le vote majoritaire. La valeur des prétentions individuelles à des biens simples, parmi lesquels la vie elle-même, peut alors se trouver représentée par une « valeur anticipée » qui serait déterminée par les caractéristiques de la règle de décision choisie, par l'histoire sociale de la collectivité, par la valeur nominale des titres revendiqués et par la probabilité que celle-ci soit tirée vers le haut ou vers le bas par des mesures imposées au nom de l'autorité collective, de l'Etat.

Prenons le cas d'une personne ayant reçu une part nominale relativement importante de « biens » et qui soit membre d'une collectivité qui prend ses décisions au moyen de scrutins majoritaires simples, sans limitation constitutionnelle formelle ou coutumière. Dans ce contexte, la probabilité que la personne concernée soit en mesure de conserver la valeur nominale des « biens » qui lui ont été attribués et *a fortiori* de l'accroître en participant au commerce de biens publics, peut être faible. La personne devrait en effet être en mesure d'estimer la « valeur espérée » de ces biens. La question qui se pose est de savoir si on peut échanger des biens, publics ou privés, sur la base de ce genre d'estimation. Si tel est le cas, il demeure que l'élément de risque atténuera la tendance vers l'efficacité. Une question plus fondamentale se pose pourtant concernant les titres nominaux qui donnent lieu à ces valeurs espérées. Si l'on s'en tient rigoureusement à notre cadre conceptuel, comment

16. Une analyse exhaustive de ce concept dans le contexte de l'économie du bien-être se trouve dans A. Mitchell POLINSKY, « Probabilistic Compensation Criteria », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 86, août 1972, p. 407-425.

imaginer que quelqu'un ait accepté la toute-puissance collective en même temps que des droits nominaux relativement avantageux ? Pourquoi ce quelqu'un aurait-il, même en théorie, accepté l'attribution à la collectivité de droits illimités ? Ces questions nous ramènent à l'analyse du contrat constitutionnel. Bien que nous souhaitions reporter celle-ci à plus tard, on peut quand même leur suggérer une réponse provisoire. Si un individu a conscience de ce qu'un pouvoir collectif illimité réduit la valeur espérée de ses titres, il ne peut rationnellement que préférer une réduction constitutionnelle initiale de ses droits nominaux assortie d'une limitation de l'action collective. Identiquement, si un individu découvre que, par l'effet d'une action collective sans retenue, la valeur espérée de ses titres peut dépasser la valeur initiale de sa dotation, il préférera logiquement une dotation de départ plus importante, accompagnée de l'imposition de contraintes à la collectivité. Dans un cas comme dans l'autre, les restrictions apportées à l'action de l'Etat réduiront l'incertitude.

Nous aurions donc là une raison logique d'imposer des contraintes à la collectivité en tant qu'agent, même si la nature des institutions requiert que l'agent concerné opère indépendamment des individus. Une autre raison justifiant les limitations constitutionnelles tient à ce que leur absence inciterait les individus à investir davantage d'efforts dans le contrôle de l'action collective. Le contrôle des mécanismes de décision collective devient le moyen de s'appropriier les gains dans les jeux politiques à somme nulle. Et pour la communauté dans son ensemble, les ressources consacrées à cette activité sont simplement gaspillées. La tentation de prendre le contrôle de la machine politique n'est, bien sûr, pas tout à fait inconnue, même dans un modèle constitutionnellement limité. Comme la représentation simplifiée de la figure 3-1 le montre bien, il existe une différence en termes d'utilité selon que c'est *A* ou *B* qui prend effectivement les décisions collectives. Dans un modèle sans limitation, l'individu *A* pourrait être tenté par la possibilité de parvenir à la position  $A_{\mu}$  qui résulterait de ce qu'il a pris le contrôle de la prise de décisions pour la communauté, tandis que *B* serait semblablement tenté par la possibilité de rejoindre la position  $B_{\mu}$ , qu'il atteindrait s'il prenait en main les rênes du gouvernement. Il est clair sur ces bases que l'incitation à investir des ressources dans la « politique » est plus impérieuse dans le système sans limitation que dans l'autre.

Une tentation analogue pour ceux qui contrôlent le processus de choix collectif consiste à se servir de celui-ci pour se procurer des biens privés et divisibles à consommer directement plutôt que pour produire d'authentiques biens publics bénéficiant à toute la communauté. Dans une collectivité non limitée constitutionnellement, il est vraisemblable que les transferts nets du revenu et de la richesse soient des composantes plus importantes de l'action étatique que dans un régime constitutionnellement limité. Le recours aux revenus fiscaux prélevés sur ceux qui « n'en sont pas » pour alimenter les

comptes en banque suisses de « ceux qui en sont » constitue un exemple familier au sein du monde réel.

En ce sens, l'examen de l'action collective sans contrainte sous le règne des décisions non unanimes nous ramène à notre point de départ. L'objectif « social » (au sens large du terme) de la définition des droits dans un contrat constitutionnel consiste à faciliter l'anarchie ordonnée, à établir la base à partir de laquelle les individus prendront l'initiative de commercer et réaliseront des échanges simples ou complexes. Ayant défini et accepté une configuration des droits, les individus pourront réduire leur investissement dans les secteurs de la protection et du pillage et s'employer à accroître leur utilité par le biais d'échanges librement négociés. Quand l'action collective est autorisée à franchir les limites des échanges, directs et indirects, qui sont mutuellement avantageux, la communauté fait un bond en arrière vers la jungle anarchique, ou montre qu'elle n'a pas réussi à faire le pas décisif qui l'en aurait fait sortir.

Il semble difficile qu'une collectivité tenue par aucune limite ait jamais pu résulter d'un contrat constitutionnel négocié par des participants rationnels. Sur un plan historique, il est fort possible qu'il n'y ait jamais eu de stade constitutionnel comme tel, que la structure des droits soit née d'un processus évolutionniste caractérisé par une absence de consentement explicite. C'est sur cette base que la contradiction apparente a pu se faire jour. Le plus important pour mon propos ici est néanmoins la possibilité que, même si une sorte de contrat initial a fixé la structure des droits individuels et collectifs, celle-ci peut se trouver érodée par le temps. Même s'ils ont été autrefois limités, les pouvoirs d'une collectivité peuvent graduellement s'épandre jusqu'à outrepasser toute limite effective. Comme nous l'avons déjà dit, les modèles contractualistes ne sont pas conçus comme des descriptions de ce qui est historiquement survenu, mais comme des moyens de construire des normes permettant d'évaluer les systèmes politiques-juridiques existants. En ce contexte, l'observation empirique de ce que la collectivité dans laquelle nous vivons aujourd'hui n'est pas soumise à des limitations permet d'émettre l'hypothèse qu'une révision en profondeur de la constitution recueillerait l'assentiment de tous.

Les analyses incluses dans ce chapitre comme dans les autres se fondent sur les normes fondamentales de l'individualisme telles que je les ai exposées au chapitre premier. Elles prennent le contre-pied de l'approche dite « positiviste » selon laquelle il serait toujours impossible, en fin de compte, d'astreindre la collectivité à des limites. Telle était l'opinion de Hobbes : dans le contrat social originel, l'individu, écrivait-il, cède tous ses droits au souverain. Dans les termes que nous employons ici, cela signifie que seule la collectivité, l'Etat, détiendrait quelque chose qui ressemble à des « droits ». Toute prétention des personnes à mener telle ou telle activité, y compris la prétention à posséder des ressources et à en faire usage, serait à tout moment susceptible d'être modifiée d'autorité par l'Etat. Le rôle essentiel de l'Etat pour les positivistes consiste en fait à arbitrer les revendications conflictuelles des

individus et des groupes, ce qui implique la possibilité pour lui de retracer sans arrêt les frontières et les limites<sup>17</sup>.

Je ne défendrai pas les positions prises ici contre les thèses positivistes. La possibilité de limiter le pouvoir de l'Etat, de protéger les droits individuels au sens usuel du terme, ne pourra jamais faire l'objet d'une démonstration empirique. Les attitudes des individus devant la réalité semblent compter là davantage que la réalité même. Les décisions gouvernementales sont toujours prises par des hommes, et si ces hommes agissent en fonction d'un paradigme qui incorpore de réelles limitations constitutionnelles, on peut mener l'analyse « comme si » ces limitations existaient, indépendamment du fait que le pouvoir ultime peut être exercé ou non.

## Affectation et répartition

La distinction étanche que j'ai établie entre contrat constitutionnel et contrat postconstitutionnel ne semblera pas étrangère à l'économiste. Elle se rattache à la distinction entre l'affectation et la répartition des ressources telle qu'elle se rencontre dans le discours néo-classique et dans les analyses d'économie politique normative. Dans un monde de biens et de services exclusivement privés ou divisibles, il faut que des droits de propriété soient établis pour que les marchés apparaissent et président à l'affectation des ressources avec une efficacité acceptable et pour qu'une certaine répartition des avantages de l'échange entre les parties s'opère. Or, les économistes néo-classiques et les économistes modernes en général ne se sont que peu ou pas intéressés à la répartition des *avantages* de l'échange par le marché. Ils se sont montrés peu disposés à accepter les résultats finaux de la répartition parce qu'ils n'ont pas voulu restreindre leur domaine d'analyse aux contrats post-constitutionnels. La distinction établie ici aurait eu l'avantage d'éviter maintes confusions dans les débats d'économie politique en ce qu'elle aurait permis de

17. Warren J. SAMUELS est clairement un représentant de l'école positiviste. Il y a eu entre nous un débat sur une question spécifique de droit qui a permis de mettre au jour les différences fondamentales séparant sa méthodologie et la mienne ; voir Warren J. SAMUELS, « Interrelations between Legal and Economic Processes », *Journal of Law and Economics*, vol. 14, octobre 1971, p. 435-450 ; James M. BUCHANAN, « Politics, Property and the Law : an Alternative Interpretation of Miller et al. v. Schoene », *Journal of Law and Economics*, vol. 15, octobre 1972, p. 439-452 ; Warren J. SAMUELS, « In Defense of a Positive Approach to Government as an Economic Variable », *Journal of Law and Economics*, vol. 15, octobre 1972, p. 453-460. Un exposé plus exhaustif des conceptions de SAMUELS se trouve dans son article « Welfare Economics, Power and Property », *Perspectives of Property*, sous la direction de G. WUNDERLICH et W.L. GIBSON, Jr., Pennsylvania State University, Institute for Land and Water Resources, State College, 1972, p. 61-146.

montrer que le problème de la répartition se pose non pas par rapport aux avantages de l'échange comme tels, mais plutôt par rapport à la répartition initiale des dotations et des talents – répartition qui constitue la base à partir de laquelle les individus entrent dans le processus d'échange.

De ce point de vue, on peut dire que l'analyse et les débats ont été beaucoup plus élaborés dans le domaine de l'échange des biens publics par contrat postconstitutionnel que dans celui du marché privé. Knut Wicksell a reconnu de manière explicite que les normes d'efficience dans la production des biens consommés collectivement, normes qui ont joué un si grand rôle dans sa quête des institutions appropriées de choix collectif, n'ont d'application que lorsqu'il existe des droits individuels de propriété bien définis et généralement acceptables. Il a discerné aussi que le processus de décision doit être modifié quand il s'agit d'un vrai contrat constitutionnel. Sous cette incidence comme sous d'autres, j'ai fortement subi son influence. Dans son manuel, pierre angulaire de la théorie moderne des finances publiques, R.A. Musgrave distingue nettement la fonction allocative et la fonction distributive du budget<sup>18</sup>. En la réponse qu'il fait aux propositions d'extension des normes d'affectation aux politiques redistributrices, il semble en particulier établir une distinction catégorique entre les processus de décision impliqués dans l'un et l'autre cas<sup>19</sup>.

18. R.A. MUSGRAVE, *The Theory of Public Finance*, New York, McGRAW HILL, 1959.

19. R.A. MUSGRAVE, « Comment », *American Economic Review*, vol. 60, décembre 1970, p. 991-993. L'article qui a suscité ce commentaire de MUSGRAVE, en même temps que plusieurs autres, était celui de Harold M. HOCHMAN et James D. RODGERS, « Pareto Optimal Redistribution », *American Economic Review*, vol. 59, septembre 1969, p. 542-557.



# Chapitre 4

---

## Contrat constitutionnel La théorie du droit

**N**ous avons noté plus haut que, depuis que leur discipline existe, les économistes se sont essentiellement intéressés au contrat postconstitutionnel. Malgré cette concentration d'efforts sur les processus d'échange, plusieurs problèmes théoriques sérieux demeurent en ce secteur sans solution. A quoi peut-on s'attendre dès lors quand on essaie d'approcher le contrat constitutionnel, cette interaction humaine au sein de laquelle les droits individuels et les règles mêmes des relations interprofessionnelles se trouvent initialement définis, et par laquelle « la société » vient littéralement remplacer « l'anarchie » ? Peut-on s'étonner, lorsqu'on commence à approcher ce nouveau champ d'un œil critique et investigateur, que les économistes aient eu tendance à énoncer au départ que les droits de propriétés sont bien établis ? Peut-on s'étonner identiquement qu'une véritable théorie économique du droit n'ait pas été développée <sup>1</sup> ?

---

1. Deux des phénomènes importants des années 60 et 70 ont été l'apparition de « l'économie de la propriété », et, en parallèle, le développement de la théorie économique et l'arrivée d'un plus grand nombre d'économistes dans les facultés de droit. Les recherches résultant sont, cela dit, surtout allées dans la direction d'un soulignement de l'influence du cadre légal sur le comportement individuel. Si cette orientation est très louable en soi et si elle a produit et continuera de produire des résultats scientifiques utiles, il demeure néanmoins qu'on s'est relativement peu intéressé à expliquer pourquoi les institutions observées sont apparues à l'origine ; voir les notes du chapitre 2 à ce sujet.

Les économistes ne sont pour autant pas seuls à blâmer. Ils auraient même quelque raison de justifier leur attitude en prétextant que leur domaine traditionnel n'excède pas, ou ne devrait pas excéder, le contrat. Les plus critiquables sont peu être les chercheurs travaillant sur les relations de pouvoir entre individus et groupes. Les politologues ont hésité à suivre la direction balisée par Thomas Hobbes. Ils ont beaucoup traité des obligations politiques des individus, dirigeants comme dirigés, mais relativement peu des fondements à partir desquels il aurait été possible d'en faire une évaluation. Pour sa défense, la science politique peut invoquer un rapport à l'histoire mieux développé et plus complexe que celui existant dans l'économie. A partir du moment où on prend conscience que les institutions d'ordre politico-légal n'existent que dans un contexte historique donné, essayer d'analyser leurs origines sans prendre en compte la dimension historique de celles-ci ne présente que peu d'intérêt. Et la tentation devient forte de réaffirmer la position essentiellement positiviste disant qu'une structure de droit – un système légal et des droits de propriété établis – existe, et qu'il serait absurde de construire une métaphore contractualiste expliquant son émergence et qui puisse permettre de trouver des normes de changement social. Cette approche n'est pas sans mérite, tant qu'elle n'occulte pas l'utilité d'autres formes d'analyse. Nous traiterons dans le chapitre 5 de certaines implications de l'attitude consistant à aborder le droit comme une donnée factuelle.

Pour traiter des normes susceptibles de permettre de modifier la structure des droits, mieux discerner les origines théoriques de celle-ci peut se révéler utile. Comme nous l'avons vu, la tâche à entreprendre consiste essentiellement à expliquer et à comprendre les relations entre les individus ainsi qu'entre ceux-ci et l'Etat. Et, à cette fin, le recours, sans prise en compte des faits historiques retranscrits, à différents modèles des origines expliquant les choses « comme si » elles s'étaient passées ainsi peut se révéler nécessaire<sup>2</sup>. L'accent doit être mis sur l'« explication » et la « compréhension » dans la mesure où la tentation d'introduire des jugements normatifs est très forte à ce niveau. Le fait précisément que les origines théoriques sont approchées *indépendamment* des données de l'histoire a pour implication que la différence entre l'analyse positive et le discours normatif est là difficile à déceler.

Doit-on, si on veut dériver la structure d'une société libre du comportement rationnel et intéressé des hommes, postuler une égalité fondamentale

2. Voir S.I. BENN et R.S. PETERS, *The Principles of Political Thought*, New York, The Free Press, 1959, p. 377. Henry MAINE formule l'hypothèse que seuls les traités de droit romain offraient la langue et la terminologie nécessaires pour parler des relations entre dirigeants et dirigés dans la société postféodale et que, par cette voie, l'histoire linguistique explique en partie l'émergence des théories contractualistes de l'Etat. A cet égard, l'exposé de MAINE sur les « quasi-contrats » est utile et le terme qu'il a forgé est peut-être celui qui est le plus approprié à l'analyse du « contrat social ». Le terme « quasi-contrat » n'implique pas un accord explicite, mais renvoie à une relation qui rend le discours contractualiste particulièrement productif. Voir Henry MAINE, *Ancien Law*, Boston, Beacon Press, 1963, p. 333-335.

entre ceux-ci dans leur contexte originel ? On a souvent répondu par l'affirmative, ne serait-ce qu'implicitement. La « théorie » des fondements constitutionnels qui a résulté s'est révélée très vulnérable aux attaques positivistes. Je tente dans ce livre d'expliquer comment la « loi », les « droits de propriété », les « règles de conduite » peuvent émerger d'un comportement des hommes non idéaliste et basé sur l'intérêt personnel et ce, sans présupposer l'égalité – réelle ou espérée – dans la position originelle<sup>3</sup>. Je ne prétends pas que mes efforts ont échappé à toute influence normative. Mais j'affirme que le point de vue adopté ici est moins normatif que le point de vue usuel qui consiste à dire que toute analyse logique du droit *devrait* procéder *comme* si l'hypothèse de l'égalité des personnes était respectée. Nous renforcerons substantiellement les fondations de la liberté si nous parvenons à démontrer que, même parmi des hommes inégaux, on peut prévoir l'émergence d'une structure de droits légaux qui garde en elle certains des éléments essentiels qu'on associe aux principes de l'individualisme. Ce n'est qu'après avoir accompli cette tâche que nous pourrions commencer à aborder de manière critique et constructive l'amas de confusion qui encombre les débats sur l'ordre constitutionnel.

## L'inégalité des personnes

Pour que l'analyse du contrat constitutionnel soit la plus générale possible, il nous faut prendre en compte la possibilité que, dans la position conceptuelle de départ, des différences substantielles entre les personnes existent. Cela n'équivaut pas à postuler une inégalité de fait. L'analyse doit être assez générale pour avoir sa pertinence aussi dans le cas où les gens se révéleraient, en réalité, être essentiellement égaux. Ce qu'il nous faut éviter est que nos conclusions dépendent de quelque hypothèse gratuite d'égalité naturelle. Le degré d'inégalité éventuelle affectera évidemment les caractéristiques de la position initiale ainsi que la structure des droits que le contrat fera éventuellement émerger.

Soit, donc, une position initiale en laquelle les hommes ne sont pas égaux. Si on adopte les façons de faire des économistes, on peut considérer l'inégalité sous deux angles différents : 1) l'inégalité de goûts et de préférences et 2) l'inégalité d'aptitudes<sup>4</sup>. Il nous faudra nous garder de la tendance

3. C'est en ce qui concerne l'avenir que l'approche adoptée ici se démarque le plus nettement de celle de *The Calculus of Consent*, où on supposait que les individus étaient incertains des positions qui leur seraient dévolues par le fonctionnement des règles de décision et qu'ils se présentaient aux négociations constitutionnelles au moins égaux de ce point de vue.

4. Pour une analyse des implications de l'inégalité prise sous ces deux angles différents, on consultera mon article « Equality as Fact and Norm », *Ethics*, vol. 81, avril 1971, p. 228-240.

usuelle à ne distinguer les personnes qu'en fonction de leurs dotations de « biens », mesurées par hypothèse en termes de produits. Car cela reviendrait à supposer résolu le problème auquel nous nous attaquons justement dans ce chapitre, et à présupposer que les droits individuels aux biens et aux produits ont déjà été définis.

Au sens où nous employons les mots dans le cadre de notre analyse, un individu ne possède ni « biens » ni « ressources ». Il se définit initialement par une fonction d'utilité ou de préférence, d'une part, et par une fonction de production, d'autre part<sup>5</sup>. La fonction d'utilité indique les différents taux auxquels chaque personne est subjectivement disposée à échanger les biens (et les non-biens) les uns contre les autres. La fonction de production individuelle est moins familière. Chaque individu possède, incorporé dans sa personnalité physiologique, un ensemble de capacités (compétences, talents, aptitudes) qui, exercé dans un environnement donné, définit, en ce qui le concerne, une relation potentielle entre les éléments de base (biens négatifs ou non-biens) et les produits (biens positifs). C'est cette relation qui constitue sa « fonction de production ».

Comme nous l'écrivons plus haut, les personnes peuvent se différencier par leurs goûts, par leurs aptitudes ou par les deux à la fois. Des personnes aux goûts et aux aptitudes identiques peuvent aussi se trouver dans des environnements qui n'offrent pas les mêmes possibilités. Une personne aux talents médiocres peut se trouver placée dans une situation qui lui offre de bonnes chances d'acquérir les biens qu'elle désire, alors qu'une autre personne, aux talents supérieurs, fera face à un environnement moins favorable. La position qu'atteindra une personne dépend en fait de trois facteurs élémentaires : ses préférences, ses aptitudes *et* son environnement. L'hypothèse que tous les individus sont confrontés au même environnement serait tout à fait arbitraire et aussi indéfendable que celle consistant à postuler l'égalité des préférences et des capacités.

## L'interaction anarchique

Soit deux individus, chacun sur son île, complètement isolés l'un de l'autre et sans contact social. Chacun peut atteindre, dans son comportement personnel, un équilibre déterminé par l'interaction de sa fonction d'utilité, de sa capacité intrinsèque de transformer des éléments de base en produits, et de

5. Nous retirons les restrictions liées à l'hypothèse de non-production inhérente au modèle analysé brièvement dans le chapitre premier.

son environnement naturel. Il n'y a pas de moyen évident de déterminer lequel de nos deux Robinson dispose de la meilleure situation, lequel jouit du plus grand « bien-être ». Leur monde est évidemment tout à fait anarchique. Il n'y existe pas de lois et il ne servirait à rien d'y définir des droits individuels, droits de propriété ou droits de l'homme. La société comme telle pour eux n'a pas d'existence. Le monde qu'ils constituent fournit néanmoins un point de départ commode pour commencer à examiner ce qui se passera dans un monde où les conflits interpersonnels peuvent émerger. Imaginons que nos deux personnes – nommons-les *A* et *B* – ne soient plus complètement isolées, mais occupent plutôt des espaces distincts sur la même île. Ce changement en soi n'affectera pas nécessairement les préférences de l'une ou l'autre d'entre elles, bien que cette possibilité ne soit pas à écarter ; il affectera par contre l'environnement de chacune d'elles, chacune considérant désormais l'autre, dans ce monde sans loi, comme un élément de son environnement. Ce qui jouera de différentes manières sur les taux de transformation des non-biens en biens.

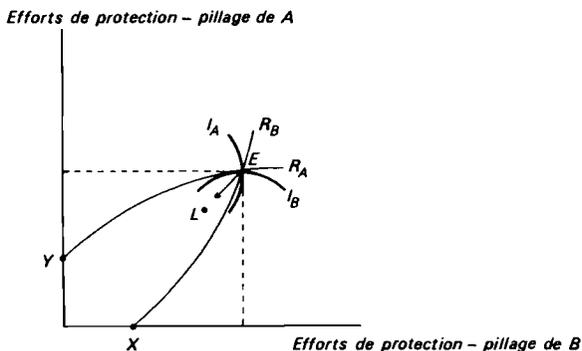
Dans un contexte de rareté, le fait que l'environnement naturel soit désormais exploité par deux personnes signifiera que les termes de l'échange de chaque personne vis-à-vis de son environnement se détérioreront par rapport à ce qu'ils étaient dans la situation antérieure d'isolement et de solitude. L'environnement naturel deviendra en effet « propriété commune », ce qui fera apparaître la relation d'externalité réciproque que nous connaissons. Peut-être la plupart des économistes arrêteraient-ils ici l'analyse sans se demander ce qui peut se passer d'autre. Un second phénomène très différent peut néanmoins intervenir. Si la production n'est pas effectuée au moment même de la consommation, les individus peuvent stocker des produits pour l'avenir. Dans un tel cas, la présence de *B* peut conduire *A* à consacrer des efforts, un « mal », à la dissimulation de ses provisions et à la défense de celles-ci contre le vol. Comme ces efforts de protection auraient pu, sans cela, servir à produire directement des biens, *A* voit alors son taux de transformation diminuer.

Un phénomène compensatoire est cela dit possible. La présence de *B* offre à *A* une opportunité nouvelle. Il peut se procurer des biens auxquels il n'avait pas accès dans sa vie de Robinson. S'il sait que *B* produit et stocke des choses, *A* peut considérer qu'il est plus productif pour lui de rechercher les provisions de *B* et de s'en emparer que de fabriquer les mêmes provisions de ses propres mains. Si ce phénomène devait prédominer, *A* verrait sa fonction de production améliorée. Dès lors qu'on prend en compte les possibilités de protection et de pillage, il devient clair que des différences de talent individuel peuvent exister quant à la capacité de mener à bien ces activités, et que ces différences ne correspondent pas obligatoirement aux différences de capacités de mener à bien la production directe. Les individus peuvent, qui plus est, différer aussi sur le plan de leurs préférences, celles-ci pouvant les

porter plutôt vers les activités de protection-pillage ou plutôt vers les activités de production directe.

On ne peut évidemment prendre en compte les effets de la présence de *B* sur *A* sans simultanément prendre en compte les effets de la présence de *A* sur *B*. Il existe entre eux une interaction réciproque ; leur comportement est interdépendant, même si l'interdépendance en question ne prend place au sein d'aucune structure sociale. Comme nous l'avons noté au chapitre 2, cette interdépendance peut être analysée en termes d'externalité, même si on se trouve ici dans un modèle où il n'y a ni loi ni droits de propriété. On peut se reporter par rapport à cela au modèle des déséconomies externes réciproques, où le comportement de chaque personne nuit à l'autre. Considérons d'abord le comportement de *A* producteur de marchandises dans un environnement partagé, mais sans conflit déclaré. Autrement dit, postulons que *A* et *B* se permettent l'un l'autre de s'ajuster sans interférence. Chacun d'eux utilise ses talents au mieux pour maximiser son utilité, en tenant pour acquis que ni l'un ni l'autre ne volera ce qui est accumulé par son voisin. Ce point de départ est tout à fait arbitraire et ne pourra constituer un équilibre final dans la suite des événements. Dans la figure 4-1, ce point de non-conflit est représenté par l'origine. Notons bien que, dans cette situation, *A* et *B* n'ont pas nécessairement la même quantité de biens et n'acceptent pas nécessairement la même quantité d'efforts pour atteindre la position indiquée. Au fin d'illustration, disons, qu'à l'origine, *A* consacre six unités d'effort (un non-bien) pour obtenir, tout compte fait, dix unités de bananes (un bien), tandis que *B* obtient douze unités du bien pour cinq unités d'effort.

Figure 4-1



Notre point de départ arbitraire ne saurait être un point d'équilibre des comportements parce qu'il correspond à une situation dans laquelle chaque personne est incitée à provoquer le conflit, à se lancer dans les activités de pillage. Comme l'indique la figure 4-1, si *A* croit que *B* restera dans la position d'origine, il entreprendra des activités de pillage et se déplacera en *Y*. De son côté, *B* placé dans les mêmes conditions cherchera à atteindre la position *X*. La réaction de *A* à l'intensité des activités de protection-pillage de *B* est décrite par la ligne de faite  $R_a$ . De la même manière, la ligne de faite  $R_b$  transcrit la réaction de *B* à l'intensité des activités de protection-pillage de *A*. L'équilibre dans ce monde purement anarchiste est atteint en *E*, point où aucune des deux personnes n'a intérêt à prendre l'initiative de nouvelles actions. Dans cette situation d'équilibre, chacun répartira vraisemblablement ses efforts entre la protection de ses provisions, le pillage des provisions de l'autre et la production directe pour lui-même. Cette position d'équilibre des adaptations automatiques représente le résultat prévisible du fonctionnement d'un authentique ordre anarchique. La distribution *y* est ce que Winston Bush appelait la « distribution naturelle » ; le modèle à deux personnes peut, bien sûr, être étendu et appliqué à plusieurs personnes <sup>6</sup>.

J'ai insisté à plusieurs reprises sur le fait que l'égalité des personnes ne peut être supposée dans cette adaptation automatique qu'est l'équilibre naturel. On pourrait ajouter, dimension importante, que la position d'équilibre ne peut être le produit d'un contrat. Avant que l'équilibre naturel ne soit atteint, il n'existe aucune base à partir de laquelle les personnes pourraient négocier entre elles. La production de l'équilibre, de l'adaptation automatique, constitue donc le stade précontractuel de l'ordre social, si tant est que le terme « social » ait ici un sens.

Dans l'équilibre, il n'y a aucun droit de propriété au sens propre du terme. La situation se caractérise quand même par une certaine stabilité, tout à la fois pour la « société » et pour les participants individuels. Il n'existe pas d'incitation à ce que quiconque change son comportement, sauf en cas de choc exogène. Chacun sait avec un certain degré de certitude ce que seront, au bout du compte, ses possessions de biens de consommation. Chacun aussi, comme nous l'avons vu, consacre des ressources à la protection de ce qu'il a et à l'acquisition des stocks d'autrui. La valeur nette dont chacun disposera, la quantité finale des biens que chacun contrôlera, pourra être anticipée avec une certaine précision. La notion de chaos, dès lors qu'elle connote l'imprévisibilité, n'est pas la notion adéquate pour décrire cet authentique équilibre anarchique. Les conflits non contractuels de l'anarchie produisent donc

6. Voir Winston BUSH, « Income Distribution in Anarchy » et, aussi, Winston BUSH et Lawrence MAYER, *Some Implications of Anarchy for the Distribution of Property*, Blacksburg (Virginia), Center for the Study of Public Choice, Virginia Polytechnic Institute and State University, 1973, miméo.

quelque chose qui ressemble à la « propriété ». Les individus parviennent chacun à se constituer une base identifiable qui rend les contrats possibles.

## Le dépôt des armes et l'émergence des droits de propriété

Dans l'équilibre naturel, chaque personne consacre des ressources à se défendre et à attaquer les autres. Chaque personne profiterait donc de la réaffectation de ces ressources à la production directe de biens. L'accord contractuel le plus évident pourrait dès lors consister en l'acceptation mutuelle du dépôt des armes. Les avantages réciproques résultant devraient sauter aux yeux de toutes les parties en cause <sup>7</sup>.

Illustrons cela à l'aide de la figure 4-1. Par la définition que nous avons donnée des lignes de faite ou d'optimum, nous savons que les courbes d'indifférence de *A* sont verticales en tout point de  $R_a$  et que, de même, celles de *B* sont horizontales le long de  $R_b$ . On peut en déduire qu'en *E*, les courbes d'indifférence se coupent à angle droit, comme l'indiquent  $l_a$  et  $l_b$ . Nous savons aussi que les courbes d'indifférence de *A* sont concaves vers la gauche alors que celles de *B* sont concaves vers le bas. Il en est ainsi parce que la position idéale pour *A* est en *Y*, où *B* ne consacre aucun effort à défendre ses provisions ou à s'emparer des provisions d'autrui ; et que, de la même manière, la position idéale pour *B* est en *X*. Dans le contexte de ces configurations, la région supérieure au sens de Pareto, celle incluant les positions mutuellement avantageuses par rapport à *E*, se situe en direction du sud-ouest, comme l'indique la flèche. Les positions qui correspondent à des avantages mutuels impliquent des dépenses réduites de protection-pillage de la part des deux parties. Supposons qu'une entente soit conclue pour atteindre le point *L*. Quels seront ses termes ? Ils seront ceux d'un échange d'activités réciproques. L'individu *A* consentira à cesser une partie de ses efforts de protection-pillage en échange d'un changement correspondant dans le comportement de *B*. Ni l'un ni l'autre n'aurait de raison de modifier unilatéralement son comporte-

7. Cette déduction conceptuelle des origines de la propriété s'est retrouvée chez plusieurs philosophes sociaux. Elle a été énoncée pour la première fois par Aegidius ROMANUS au XIII<sup>e</sup> siècle, et s'est trouvée élaborée d'une manière remarquablement précise par Hugo GROTIUS en 1625. Sur ces contributions, on consultera SCHLATTER, *Private Property*, p. 57 sq. et 128-132. Ma façon de présenter les choses est très proche de celle utilisée par David HUME dans la troisième partie du *Treatise of Human Nature*. L'idée que les droits de propriété ont émergé contractuellement d'un état de nature anarchiste s'oppose à la thèse, soutenue par de nombreux chercheurs, selon laquelle il faut recourir aux préceptes du « droit naturel ».

ment, et rien dans cette entente ne requerra ni même ne favorisera, avant ou après l'entente, la reconnaissance par l'un de la légitimité des possessions de l'autre. La reconnaissance mutuelle de « droits de propriété » ne fera pas partie de l'entente. Une forme de « droit » aura quand même émergé. Les deux personnes auront accepté des limites à leur marge de manœuvre respective, à leur liberté. Un premier pas aura été franchi pour sortir de la jungle de l'anarchie.

## Conquête, esclavage et contrat

Jusqu'à présent, mes analyses de l'interaction anarchiste ont reposé sur l'hypothèse implicite que tous les hommes exercent de manière indépendante des activités de protection et de pillage, avant et après la réalisation de l'équilibre naturel. Si les différences individuelles sont suffisamment marquées, il peut arriver cependant que certains soient en mesure d'éliminer une partie de l'espèce. Dans ce cas, l'équilibre naturel ne surviendra que lorsque les survivants contrôleront entièrement l'environnement.

L'élimination complète des autres n'est, cela dit, pas forcément l'option préférée de ceux qui jouissent de capacités supérieures. L'attitude préférée des « forts » consiste plus vraisemblablement à laisser les « faibles » produire pour ensuite s'emparer de tout, ou de presque tout, ce que ceux-ci auront produit. De cette attitude découlerait la négociation d'une entente de désarmement ressemblant à un contrat d'esclavage, les « faibles » consentant à produire des biens pour les « forts » en échange de la possibilité de se voir autorisés à conserver un peu plus que ce qui leur permettrait de se maintenir à un niveau de subsistance qu'ils ne pourraient peut-être pas atteindre dans l'anarchie<sup>8</sup>. Une telle entente, comme tout autre accord contractuel, délimiterait des droits individuels et, dans la mesure où l'attribution aurait été acceptée par tous, la réduction des activités de protection et de pillage qui découle pourrait déboucher sur des avantages mutuels. Certains trouveront sans doute un peu tortueuse cette interprétation de l'esclavage, mais elle vise justement à permettre la généralisation du cadre d'analyse présenté ici<sup>9</sup>.

---

8. Dans les termes du modèle illustré par la figure 4-1, cela signifierait que, pour l'une des deux personnes, l'équilibre naturel serait clairement moins désirable que l'origine, où par hypothèse la personne concernée peut conserver ce qu'elle produit.

9. Pour une interprétation historique différente et plus globale de l'apparition de l'esclavage, on consultera Mancur OLSON, *Some Historic Variations in Property Institutions*, University of Maryland, 1967, miméo.

## L'équilibre de l'échange et la production directe

Les économistes familiers avec la géométrie de la figure 4-1 et avec les hypothèses sous-jacentes comprendront que les restrictions minimales imposées à la disposition et à la forme des courbes d'indifférence ne contribuent en rien à ce que l'exploitation complète des avantages de l'échange puisse coïncider avec l'origine, qui transcrit le résultat susceptible d'être obtenu en l'absence d'activité de protection et de pillage. Cette position de production directe, où chacun conserve pour soi ce qu'il produit lui-même selon ses capacités, ses goûts et les possibilités de son environnement, peut être ou non supérieure au sens de Pareto à l'équilibre naturel E ; mais même si elle l'est, elle ne se trouve pas nécessairement sur la courbe de contrat qui traduit les échanges entre les parties.

La relation entre les deux positions, l'équilibre E, qui domine dans un monde sans loi, et l'origine, où chaque homme conserve tout ce qu'il produit, est importante à cause de la place prédominante que la seconde a occupée historiquement dans les analyses des droits de propriété, notamment dans celles qui ont constitué la tradition du droit naturel à partir de John Locke. La théorie des origines du contrat qui est développée ici n'établit aucune distinction fondamentale entre la position où les gens peuvent conserver ce qu'ils ont produit eux-mêmes et tout autre position. La seule position identifiable antérieurement au contrat est celle résultant de l'équilibre naturel en E<sup>10</sup>.

Si la position de production directe est supérieure à E au sens de Pareto, ce par quoi nous entendons seulement que chacune des deux parties obtient plus d'utilité dans la première que dans la seconde, l'attraction d'un règlement négocié dès ce stade peut être très forte, même si la position de production directe ne tombe pas exactement sur la courbe de contrat. Deux facteurs poussent dans cette direction. D'abord, les accords initiaux de contrôle des comportements ne permettent pas des ajustements marginaux très finement réglés. Un grand saut quantitatif permettant d'éviter les négociations fastidieuses que requerrait un cheminement très précis peut dans ces conditions apparaître séduisant. Tout point à l'intérieur du losange fermé par les courbes d'indifférence pourrait dès lors convenir pour un règlement. A l'intérieur de ce vaste ensemble de positions supérieures au sens de Pareto, celles qui seront les plus susceptibles de faire consensus seront sans doute celles possédant les propriétés de Schelling : des positions simples que les parties discerneront facilement et auront tendance à choisir, même en l'absence d'informa-

10. S'il existait dans la nature de l'homme une inhibition innée contre le vol, l'équilibre naturel et l'origine coïncideraient sur la figure 4-1.

tion et de communication<sup>11</sup>. Une entente pour supprimer toute forme de pillage deviendrait vraisemblable en ce contexte, chaque personne acquérant la « propriété », en un sens désormais identifiable, de ce qu'il produit à partir de son environnement naturel. Le droit pourrait commencer à ressembler aux déductions théoriques de John Locke.

Le rôle dominant attribué à la position de production directe peut reposer sur l'hypothèse implicite de l'égalité naturelle des hommes. Si on admet la possibilité de différences entre les individus dans l'état de nature, il n'est par contre pas du tout certain que la position d'équilibre anarchique représentée par le point E de la figure 4-1 soit, au sens de Pareto, inférieure à la position de production directe de l'origine. Cette dernière ne se situe alors pas nécessairement à l'intérieur du losange borné par les courbes d'indifférence qui passent par E. Au moins une des deux personnes est susceptible d'obtenir davantage d'utilité dans l'équilibre anarchique que si elle devait dépendre exclusivement de sa propre production (comme dans notre exemple d'esclavage). Tel serait le cas si les deux personnes se démarquaient l'une de l'autre par des capacités de production très différentes, soit à cause de leur hérédité, soit à cause de leur environnement respectif. Le même résultat serait possible si une seule des personnes entretenait des objections morales à l'encontre du pillage, ou simplement si elle attachait à la liberté une valeur telle qu'elle renoncerait à la protection de ce qu'elle produit.

Si la position de production directe n'est pas supérieure à E au sens de Pareto, des droits de propriété clairs sur les biens produits directement ne pourront émerger de l'entente contractuelle idéale. Quelque chose d'autre qu'une entente limitant le comportement sera nécessaire pour sortir de la jungle hobbesienne. L'entente devra s'accompagner d'un transfert de biens ou de ressources, et ce transfert devra s'être effectué avant qu'un contrat ne soit passé et que des droits de propriété soient nettement établis.

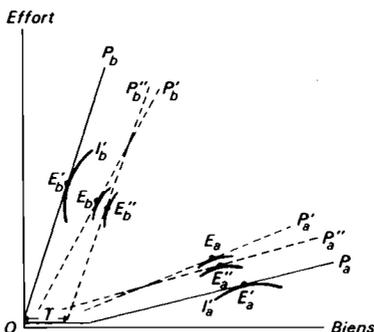
On peut illustrer cela, toujours dans le cadre d'un modèle de deux personnes, à l'aide d'une construction géométrique différente. Sur la figure 4-2, l'ordonnée indique les efforts, l'abscisse les biens. L'individu A ou jouit d'un environnement plus favorable ou dispose de plus grandes aptitudes à produire que l'individu B. La fonction de production de A, si B s'abstient d'interférer, est donnée par la courbe  $P_a''$ , dont la position initiale, proche de l'axe des X, indique que A peut obtenir une certaine quantité de biens sans grand effort. Les possibilités de production directe de B sont moins intéressantes. En l'absence d'interférence de A, sa fonction de production est représentée par  $P_b''$ . La position de production directe, qui se confondait avec l'origine dans la figure 4-1, correspond ici à la position  $E_{a'}$  pour A, et  $E_{b'}$  pour B. Dans une situation où il n'y a pas de droits de propriété attribués, il est possible que B

11. Voir Thomas C. SCHELLING, *Stratégie du conflit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986.

s'aperçoive que ses efforts les plus productifs sont ceux qu'il consacre au pillage, au vol de ce que *A* produit. Si celui-ci ne se défend pas, la fonction de production anarchique de *B* pourra ressembler à  $P_b'$ , où *B* atteindra son équilibre en  $E_b$ . L'action de *B* modifiera évidemment la situation de *A* qui, ne se défendant pas, verra sa fonction de production individuelle devenir  $P_a'$ .

Afin que notre graphique illustre bien les relations que nous voulons mettre au jour, nous supposerons que *A* n'ait pas réagi parce qu'il considèrerait que ce n'était pas dans son intérêt : sa nouvelle position d'équilibre se trouvera donc en  $E_a$ . Dans la mesure où nous avons posé par hypothèse que *A* n'a pas réagi, sa fonction de production effective n'aura pas changé, mais une partie de sa production ira maintenant à *B*. L'équilibre anarchique atteint sera la position représentée, dans la figure 4-2, par les deux points  $E_b$  et  $E_a$ . Il est évident que, pour *B*, une telle situation sera préférable à celle où les droits de propriété seraient attribués à celui qui produit quelque chose. C'est pourquoi il ne consentira jamais à la position de production directe. Les arrangements contractuels devront inclure quelque chose de plus que des restrictions comportementales. Dans ce contexte, *A* ne pourra obtenir que *B* consente à une attribution de droits sur les biens qu'on produit soi-même que s'il effectue en faveur de celui-ci un transfert forfaitaire d'une certaine quantité initiale de biens ou de dotations de ressources. Un tel transfert peut se trouver transcrit par le montant *T* sur la figure 4-2. Ce transfert en faveur de *B* déplacera la fonction de production de celui-ci en  $P_b''$  et son équilibre en  $E_b''$ , qui se situe à un niveau d'utilité supérieur par rapport à  $E_b$ , sur une courbe d'indifférence supérieure. *A* verra sa propre fonction de production déplacée vers la gauche en  $P_a''$  par le transfert, mais l'équilibre accessible pour lui en  $E_a''$  sur cette nouvelle fonction de production sera préférable en termes d'utilité à  $E_a$ , l'équilibre dans l'anarchie. Le transfert effectué, *B* consentira à respecter les biens propres attribués à *A*, qui fera de même à l'égard de *B*. Des droits positifs peuvent ainsi être établis après qu'un transfert initial a conduit les parties à une situation dans laquelle la quantité de production directe attribuée est, au sens de Pareto, supérieure à ce qu'elle aurait été dans l'équilibre anarchique.

Figure 4-2



Malgré leur extrême simplicité et leur caractère abstrait, les modèles géométriques ici utilisés permettent de mieux rendre compte conceptuellement de l'apparition des droits individuels. L'analyse démontre que la simple reconnaissance des droits de propriété de chacun sur les choses que son travail peut tirer de l'environnement naturel ne constitue pas nécessairement une base d'accord initial. Si on veut fonder un droit de propriété qui légitime ce que chaque individu (ou famille) produit par ses propres efforts hors de l'interférence d'autrui, il faut introduire quelque chose d'autre que les fonctions d'utilité de la théorie économique traditionnelle. Nulle part dans l'analyse, je n'ai nié la possibilité du recours à des contraintes morales sur le comportement qui interdiraient à l'homme de voler les choses produites par autrui ou d'envahir un domaine physiquement occupé par d'autres hommes. Sur cette question comme sur d'autres touchant à la nature humaine, je suis plutôt agnostique. Je tiens tout juste à souligner ici que si des contraintes de ce genre doivent exister, elles excèdent les modèles ordinaires de comportement économique. Cette réserve étant faite, les conclusions auxquelles nous sommes parvenus prennent là toute leur importance. Un premier accord sur les titres de propriété liés aux biens et aux dotations en ressources peut exiger certains transferts de ces choses. Ce qui veut dire qu'une certaine « redistribution » des biens et des ressources peut constituer une condition préalable à l'acceptation d'une base d'accord sur les droits de propriété. Comme le montre notre modèle simplifié de deux personnes, plusieurs redistributions peuvent remplir les conditions nécessaires. Une fois ces transferts réalisés, le cas échéant, et/ou une fois des limitations de comportement acceptées par tous, des droits effectifs concernant les stocks de biens ou les dotations en ressources peuvent être établis. Sur cette base, le commerce et les échanges s'opérant au stade postconstitutionnel dont nous avons parlé peuvent être mis en œuvre. Ces échanges mèneront tout le monde à des positions d'utilité nettement supérieures, soit à l'équilibre anarchique, soit à la répartition des biens et des ressources qui a été agréée pour l'établissement initial des droits individuels.

## Rupture et exécution du contrat

Nous nous sommes jusqu'ici concentrés sur les fondements conceptuels du contrat social fondamental. Notre analyse s'est attachée à la nature des avantages mutuels que produit un premier accord de désarmement accompagné, le cas échéant, par des transferts unilatéraux de biens et de ressources. Toutes les parties gagnent à ce premier contrat global en ce qu'il permet l'élimination du gaspillage que constituent les dépenses de protection et de

pillage. Dès que le stade postconstitutionnel est enclenché, les gens réclament des droits positifs sur des stocks de biens, sur des dotations de ressources et sur des domaines d'activité. Cela suppose que les droits auxquels les contractants ont consenti seront respectés par tous.

Cette hypothèse est évidemment intenable. Même à ce niveau élémentaire d'analyse, le problème de l'exécution des ententes contractuelles doit être abordé de front. En ce qu'elle cherchera à maximiser son utilité, chaque personne trahira ses obligations contractuelles si elle croit que la trahison demeurera unilatérale. La figure 4-3 (reproduction de la figure 2-1) illustre cela dans le cadre d'une relation de deux personnes à l'aide d'une matrice à deux lignes et deux colonnes. Seuls nous intéressent les gains nets de chacune des deux parties, A et B, en fonction des deux positions possibles. Chaque partie a deux options : soit respecter son engagement, c'est-à-dire respecter les droits définis de l'autre personne, comportement identifié par « O » (pour « observer ») dans les colonnes et les lignes de la matrice, soit ne pas respecter son engagement et agir en fonction de son seul intérêt personnel, option représentée par la colonne et la ligne « V » (pour « violer »). Si les deux personnes choisissent l'option V et violent le contrat conclu, l'équivalent de ce que nous avons appelé l'équilibre naturel de l'anarchie s'ensuit. Si les deux personnes respectent les termes du contrat, leur situation respective s'en trouve améliorée, le résultat « OO » de la figure s'identifiant à l'accord sur les droits susdits.

Figure 4-3

		B	
		<i>Respect des droits</i> O	<i>Violation des droits</i> V
A	<i>Respect des droits</i> O	Case I 19,7	Case II 3,11
	<i>Violation des droits</i> V	Case III 22,1	Case IV 9,2

Les nombres inscrits dans les cases sont des indicateurs d'utilité pour les deux personnes : le premier indique le niveau d'utilité que peut obtenir A, le second l'utilité accessible pour B. Chaque personne, on le constate, a intérêt à désertir le contrat si elle s'attend à ce que son geste reste unilatéral. Si A déserte alors que B continue de respecter les droits, A atteint sa position préférée, qui est la case III. De la même manière, si B déserte alors que A respecte ses engagements, B atteint sa position préférée, la case II. La situation est analogue au dilemme du prisonnier, bien connu dans la théorie des

jeux<sup>12</sup>. Toute structure de droits positivement reconnue se révèle ainsi très vulnérable à la désertion dès lors que le maintien de sa base contractuelle dépend du respect volontaire de la loi par chacun. Dans notre exemple, *A* gagnera trois unités d'utilité en abandonnant seul la case I ; de son côté, *B* peut espérer gagner quatre unités d'utilité s'il déserte vers la case II. Mais que les deux désertent et le système revient à la case IV, c'est-à-dire à l'équilibre anarchique analysé plus haut.

Dans le cas d'une interaction simple entre deux personnes telle celle constituant notre exemple, il est plausible de penser que des participants rationnels respecteront leurs engagements contractuels. Chacun comprendra en effet qu'une désertion unilatérale serait impossible et ferait retomber le système dans une situation que tous jugent moins désirable que celle permise par le respect du contrat. Comme la matrice des gains de la figure 4-3 l'indique, ni *A* ni *B* ne laisserait l'autre désertir impunément : dans l'éventualité d'une défection de l'un, l'autre peut améliorer son sort en ramenant le système à la case IV.

Il est important de souligner explicitement la motivation comportementale qui fonde la stabilité de la solution contractuelle dans un monde de deux personnes. Chacun respecte l'attribution convenue parce qu'il prévoit que sa propre défection entraînera un comportement symétrique de l'autre. Chaque personne sait que son comportement influencera directement le comportement de l'autre.

Or, c'est précisément cet aspect de l'interaction qui se trouve modifié par le passage à un monde plus nombreux. A mesure que le nombre des participants à l'entente contractuelle initiale qui attribue les droits augmente, l'influence que le comportement d'une personne exerce sur les autres diminue. Quand une certaine masse critique est atteinte, l'élément de dissuasion qu'apportait l'interdépendance des actions disparaît. L'individu qui se trouve dans un groupe nombreux est rationnel en agissant comme si son propre comportement n'exerçait aucune influence sur le comportement des autres. Il considère le comportement des autres comme faisant partie de son environnement et il y adapte ses actions. Face au grand nombre, l'homme cesse, dans son comportement réfléchi en tout cas, d'être un « animal social ». Le contexte reste celui d'un dilemme du prisonnier, à *n* personnes cette fois, mais d'un dilemme du prisonnier ou le respect volontaire d'un contrat ou de toute forme de loi ne peut plus être considéré comme acquis. Chaque personne est rationnellement motivée à trahir ses engagements ; plusieurs le feront donc et l'accord perdra tout effet, sauf si les conditions des choix individuels sont modifiées<sup>13</sup>.

12. Pour une analyse plus générale prenant en compte un grand nombre de personnes, on consultera Gordon TULLOCK, *The Social Dilemma*.

13. Cette divergence entre la maximisation de l'utilité individuelle et l'intérêt du groupe se retrouve dans plusieurs situations autres que celles impliquant le respect de la loi au sens strict.

Cette relation entre, d'une part, l'adhésion volontaire à des règles mutuellement acceptées de comportement social, qu'il s'agisse de normes éthiques ou de droits de propriété attribués, et, d'autre part, la dimension du groupe en interaction, est bien connue, mais elle prend toute sa signification ici <sup>14</sup>. Faire respecter un contrat initial pose un problème beaucoup plus ardu dans un grand groupe. N'importe quelle configuration de droits de propriété, n'importe quelle structure de droit devient alors plus vulnérable aux infractions, ce qui signifie que la dépense consacrée à l'application des lois est alors elle-même proportionnellement plus grande. Pour ce qui concerne les origines conceptuelles du droit et du contrat, on peut vraisemblablement en déduire que les arrangements contractuels ou quasi contractuels commencent entre les individus (ou les familles) appartenant à des petits groupes, et que l'ordre contractuel s'étend ensuite par l'intermédiaire d'ententes entre ces petits groupes. Mais ces complications, malgré leur importance, n'ont pas à retenir notre attention ici.

Si les individus parties à un contrat initial qui fixe les droits de propriété savent que l'incitation de chacun sera de violer ses engagements et prennent ainsi conscience de la non-viabilité de tout arrangement fondé sur l'obéissance volontaire, ils prévoient, dans le cadre de leur contrat, un dispositif d'exécution des obligations. Les titres individuels sur des biens et des dotations de ressources seront garantis par une institution créée pour les faire respecter <sup>15</sup>. La nature de ce dispositif ou de cette institution doit être précisément comprise. Chaque personne en tirera l'assurance du respect de ses droits reconnus par les autres membres de la communauté. Et il'y aura des gains mutuels à ce que tous s'engagent dans un effort commun ou collectif de mise en œuvre du respect de ces obligations. Le fait de faire respecter les droits de propriété ou les droits de mener des activités définies constitue un bien public au sens moderne du terme.

La mise en œuvre du respect des droits diffère toutefois, sous plusieurs aspects importants, des biens publics usuels <sup>16</sup>. Pour être efficace, elle doit prévoir l'emploi de la contrainte physique contre ceux qui violent la structure des droits, qui violent la loi. C'est cette exigence qui pose problème : il n'y a pas de moyen évident de limiter efficacement l'institution concernée. Comme Hobbes le notait si bien il y a plus de trois siècles, les individus qui contrac-

14. La question générale est traitée dans mon « Ethical Rules, Expected Values, and Large Numbers », *Ethics*, vol. 76, octobre 1965, p. 1-13.

15. La nécessité de prévoir un mécanisme d'exécution dans le contrat social originel distingue celui-ci des autres contrats conclus à l'intérieur d'un ordre légal donné. John C. HALL souligne que la reconnaissance de cette dimension du contrat social est un élément essentiel de la pensée de HOBBS et de ROUSSEAU; voir John C. HALL, *ROUSSEAU: An Introduction of His Political Philosophy*, London, Macmillan, 1973, p. 86-92.

16. Cet énoncé prendra tout son sens avec l'analyse plus générale des chapitres 7 et 8.

tent un accord instaurant un service d'application des lois renoncent ce faisant à leur indépendance.

Prenons l'exemple d'une société de 100 hommes. En l'absence d'application de la loi, disons que *B* viole le contrat qui régit les droits de propriété : soit qu'il vole quelque chose à l'individu *A*, soit qu'il empiète sur le domaine des libertés protégées de celui-ci. La victime sera tentée de réagir elle-même et d'attaquer *B*. Si ce genre de comportement devient la norme, il est évident que le système se dégradera rapidement, jusqu'à retomber en la position pré-contractuelle de l'équilibre anarchique<sup>17</sup>. Or, les individus *C*, *D*, *E*, n'ont pas d'intérêt personnel immédiat à punir *B* pour l'agression qu'il a perpétrée à l'encontre de *A*. Ils y ont un intérêt indirect dans la mesure où la sûreté de leurs propres droits s'en trouverait mieux garantie, mais à moins qu'ils n'entretiennent une conception de la peine qui mette cette relation en lumière, ils risquent de désapprouver l'idée d'une punition bien précise. Une solution au problème pourrait consister en une entente entre toutes les personnes sur l'achat de ce genre de services auprès d'une institution ou d'un agent extérieur qui s'occupera des cas particuliers où il faut faire respecter la loi et punir. Le « bien public » est la sûreté générale des droits et des titres, non les actes particuliers produisant cette sûreté.

Théoriquement considérée, cette institution, ou cet agent, est nécessairement extérieure à ceux qui passent le contrat initial. Elle fonctionne comme un jeu. Deux garçons acceptent la répartition des billes entre eux et veulent jouer ensemble. Chacun d'eux craint toutefois que son adversaire ne soit tenté de tricher s'il n'est pas surveillé. Ils s'entendent tous les deux pour désigner un arbitre, l'informer des règles qu'ils ont choisies et lui demander de les faire respecter. C'est là précisément ce qui est demandé à l'Etat dans son rôle d'application des lois. L'Etat est un arbitre institutionnel et son rôle est de garantir le respect des termes du contrat. L'analogie posée avec le jeu met au jour une erreur qui revient fréquemment dans les discussions sur les droits de propriété et le rôle de l'Etat par rapport au respect de ces droits. Faire respecter des droits et les définir au départ sont deux choses tout à fait différentes. Les droits qu'on peut réclamer ont été établis par le consentement théorique de toutes les parties au stade constitutionnel du contrat social. On a ensuite recours à l'Etat pour surveiller l'exercice des droits, pour les faire respecter, pour garantir le respect des engagements du contrat. Dire que les droits sont définis par l'Etat reviendrait à dire que c'est l'arbitre et non les joueurs qui détermine la répartition initiale des billes et les règles du jeu.

---

17. Historiquement, le rôle de l'Etat dans le droit pénal s'est développé à partir du rôle que l'Etat a joué dans la mise en œuvre des procédures par lesquelles on réglait les différends privés, le duel par exemple ; voir Henry MAINE, *Ancien Law*.

## L'Etat-protecteur et l'Etat-producteur

La distribution de deux stades, constitutionnel et postconstitutionnel, dans le contrat social nous permet de concevoir l'État, agence collective, comme dépositaire de deux fonctions bien distinctes. L'incapacité de distinguer ces fonctions, dans la théorie et dans la pratique, a eu tendance et continue à susciter de multiples confusions. Au stade constitutionnel, l'État se présente comme agence ou institution d'application des lois, il est en principe extérieur aux contractants et chargé d'une seule mission : faire respecter les droits établis et les contrats incarnant des échanges librement négociés sur la base de ces droits. Dans ce rôle de « protecteur », l'État n'a rien à voir avec la réalisation du « bien » ou de la « justice », sauf si ces notions désignent les résultats des contrats qu'il fait respecter. Il ne peut clairement pas être conçu comme une sorte de matérialisation communautaire d'idéaux abstraits qui prendraient forme au-delà des individus et hors de leur portée. Une telle conception est et ne peut être que tout à fait étrangère à un modèle ou une vision contractualiste ou individualiste de l'ordre social. Etant donné l'intérêt de chaque personne à la sûreté des droits qui lui ont été attribués, l'État juridique ou l'État-protecteur doit être neutre. Des joueurs n'admettraient pas la nomination d'un arbitre connu pour son manque d'équité dans l'application des règles du jeu ou, à tout le moins, ils ne pourraient pas s'entendre sur le même arbitre. L'« équité » et la « justice » peuvent donc, en un certain sens, être le produit de l'intérêt personnel des cosignataires du contrat d'application des lois, ils ne sauraient résulter de l'acceptation d'idéaux sociaux supérieurs.

L'État juridique ou l'État-protecteur, « la loi » au sens institutionnel, n'est *pas* un organisme décisionnel. Il n'a pas de fonction législative, et il n'est pas à proprement parler représenté par les institutions législatives. On ne trouve en lui aucun des mécanismes par lesquels les membres de la communauté prennent des décisions collectives plutôt que privées ou indépendantes. Ces mécanismes relèvent du fonctionnement de l'État-producteur, théoriquement bien distinct, et qui est l'agence par l'intermédiaire de laquelle les individus s'offrent des « biens publics » par contrat postconstitutionnel. C'est dans ce second contexte que l'action collective prend l'aspect d'un processus complexe d'échanges impliquant tous les membres de la communauté. Ce processus est représenté de façon appropriée par les organes législatifs, et la prise de décision en lui appelée de manière adéquate « législation ». A l'opposé, l'État-protecteur ne prend, lui, aucune « décision » au sens propre du terme puisque le contrat constitutionnel ne lui a assigné pour mission que de protéger les

droits. Idéalement ou conceptuellement, cette tâche de protection est purement mécanique et pourrait être programmée d'avance. Les contractants s'entendent sur une structure de droits individuels et de titres de propriété qu'il s'agit de faire respecter et dont la violation déclenche une simple recherche des faits suivie de l'administration automatique des peines. Un contrat ou un droit est violé ou ne l'est pas ; c'est « la loi » qui en juge. Ce jugement n'est pas un « choix » au sens usuel du terme, où les avantages d'une option sont mis en balance avec son coût d'opportunité (le sacrifice d'avantages qu'elle implique). « La loi » que fait appliquer l'État n'est pas nécessairement cet ensemble de résultats représentant le meilleur équilibre entre des intérêts divergents, elle n'est pas compromise ou décision médiane. Bien comprise, « la loi » qui est appliquée est tout simplement celle que le contrat initial définit comme devant être appliquée, quelle qu'elle puisse être.

Je ne veux évidemment pas dire que cette tâche de protection est dépourvue de toute ambiguïté et purement mécanique, mais que sa réalité complexe ne doit pas occulter le but essentiel du contrat d'exécution, qui est de permettre la détection des infractions et la punition de ceux qui transgressent les titres et droits explicitement spécifiés. Comme nous l'avons fait remarquer, la loi sort de son rôle lorsqu'elle cherche explicitement à redéfinir les droits individuels. En pareil cas, l'État devient un véritable décideur puisqu'il doit prendre en considération les avantages et les coûts des diverses redéfinitions concevables.

Ce bref et élémentaire exposé suffit à démêler une bonne partie de l'imbroglio actuel. Il est positif que le pouvoir judiciaire, en tant qu'élément de la structure d'application des lois, soit indépendant du pouvoir législatif, qui est le bras décisionnel de la collectivité. Néanmoins, au fur et à mesure que le pouvoir judiciaire s'est mis à violer les termes de son propre contrat en procédant effectivement à un travail législatif et à la formulation de véritables « choix sociaux », il est devenu logique que son indépendance par rapport aux règles de décision soit remise en cause. Comme tel, l'État juridique, l'État-protecteur, n'est pas « démocratique » si on entend par ce terme l'adhésion à un processus de choix collectif par voie de scrutin, majoritaire ou non. Pour trancher les questions contractuelles de fait, les jugements peuvent être arrêtés à la pluralité des voix plutôt que par un seul juge ou à l'unanimité de la cour – les combinaisons possibles sont nombreuses. Dans plusieurs juridictions, les membres du jury doivent parvenir à l'unanimité avant qu'un verdict puisse être prononcé. Des cours d'appel fonctionnent à la majorité simple des voix des juges. Il doit être clair en tout cas que la pluralité des voix n'est qu'un mécanisme censé permettre que la recherche des faits soit effectuée de manière plus précise et plus scrupuleuse. Dans le cadre d'un choix collectif au sens strict, le mot précision n'est pas celui qui peut être utilisé. Un choix collectif peut être rationnel ou irrationnel, les avantages et les coûts qu'il

implique peuvent être soupesés de manière plus ou moins soigneuse, mais il ne peut, en lui-même, être précis ou imprécis puisque ce sont des valeurs et non des faits qui sont en cause.

## Les règles comme droits indirects

Un accord est passé qui fixe des limites aux actions des gens et détermine la configuration effective des droits et des titres de propriété sur les biens, cet accord est accompagné d'un contrat d'application des lois conclu avec l'État-protecteur : tel est le cadre dans lequel nous nous sommes situés jusqu'ici. Dans un monde de biens privés, nous pourrions écrire le mot : fin. Le commerce et les échanges postconstitutionnels émergeraient plus ou moins naturellement, comme nous l'avons vu au chapitre 3. Lorsqu'on introduit dans le tableau des biens et services collectifs ou publics, il faut néanmoins aussi y faire entrer la collectivité organisée en État-protecteur ainsi que ses règles de fonctionnement. La constitution politique, qui n'est de notre point de vue qu'un élément du contrat constitutionnel global, prend alors quelque importance, et les règles de décision collective concernant la production et le financement partagé des biens publics deviennent elles-mêmes objet des négociations ultimes au stade constitutionnel. Il serait, comme nous l'avons noté au chapitre 3, relativement vain de définir les droits nominaux d'un individu sur des biens sans protéger ces droits contre une exploitation politique incontrôlée.

L'ouvrage antérieur que j'ai écrit avec Gordon Tullock, *The Calculus of Consent*, était essentiellement consacré au choix constitutionnel des règles de décision collective. Dans notre analyse, Tullock et moi supposons implicitement que les individus participant aux délibérations constitutionnelles n'avaient aucune certitude quant à ce que serait leur intérêt dans les décisions collectives futures. Nous ne mettions toutefois en doute ni l'antériorité de leurs droits, droits de l'homme et titres de propriété matérielle, ni le fait que ceux-ci se situaient au-delà du domaine des choix collectifs. J'ai noté plus haut que cette approche se situait dans le prolongement de la méthodologie économique habituelle, dont la tendance est de négliger les problèmes cruciaux liés à l'établissement des droits individuels. L'aspect essentiel qui distingue ce livre du précédent est que j'essaie maintenant d'analyser le contrat initial qui détermine l'attribution des droits individuels et des titres de propriété parmi les personnes. Cette distinction fait que les règles de décision collective peuvent être interprétées dans un contexte quelque peu différent, et vues comme une partie intégrante d'un contrat plus global plutôt que comme

l'appendice politique d'un arrangement antécédemment négocié. Dans le livre précédent, nous soutenions que la norme de ce qui est acceptable ou efficient se trouve dans le consentement unanime. Nous soutenions aussi que, dans la mesure où les contractants ne savent pas ce que sera leur rôle dans le jeu subséquent des règles choisies, ils auront tendance à s'entendre sur des règles de fonctionnement relativement « équitables » et « efficientes »<sup>18</sup>. Nous ne postulions pas l'égalité originelle des droits de propriété ou des aptitudes parmi les individus, mais notre hypothèse d'incertitude fournissait une base vraisemblable d'entente sur des règles d'action collective.

Dans le modèle sous-jacent au présent ouvrage, par contre, je reconnais assez explicitement l'inégalité des individus dans l'équilibre naturel, ce point de départ anarchiste à partir duquel les premiers contrats de désarmement sont conceptuellement négociés. Comme les analyses de ce chapitre l'ont montré, l'établissement de droits effectifs sur des stocks de biens ou des dotations individuelles peut néanmoins se révéler impossible si des transferts unilatéraux ne sont pas effectués. Cette redistribution potentielle introduit une dimension additionnelle de négociation qui peut faciliter la conclusion d'un accord entre les participants. La reconnaissance du fait que les règles qui gouverneront les décisions collectives au stade postconstitutionnel doivent être aussi fixées par le contrat initial nous fournit une autre dimension le long de laquelle des ajustements sont possibles.

Quel sera le calcul d'un individu dont la situation dans l'équilibre anarchique n'est pas vraiment pire que celle qu'il peut espérer atteindre dans le cadre d'une simple entente de désarmement ? S'il discerne les problèmes que posera l'application de la loi, parmi lesquels la difficulté de limiter l'agence de protection elle-même, il hésitera à adhérer au contrat social. Supposons néanmoins que l'une des clauses proposées dans la négociation du contrat décrète que les « biens publics » seront financés au moyen d'un impôt progressif sur le revenu, et que notre homme prévoie ou bien que sa demande de biens publics sera supérieure à la moyenne ou bien que son revenu et sa richesse tomberont en deçà de la moyenne. Cette clause du contrat social global lui ouvrira alors des perspectives que ne lui ouvrirait pas la simple entente de désarmement. Les règles de décision collective proposées constituent pour lui l'équivalent de « droits » additionnels auxquels il attache une valeur. Cette autre forme de transfert, qui rend le contrat constitutionnel plus attrayant à ses yeux, peut l'amener à adhérer à celui-ci, même sans redistribution des biens au présent.

---

18. A cet égard, répétons-le, notre façon d'aborder les choses est très proche de celle de John RAWLS, qui a tenté de dériver des principes généraux de justice d'une manière analogue. Les premiers articles de RAWLS datent des années 50, mais sa théorie est présentée en détail dans sa *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987.

## La diversité constitutionnelle

Le contrat constitutionnel global est composé d'éléments qui peuvent être combinés de plusieurs manières. Ses clauses comportent d'abord nécessairement une disposition imposant des limites aux actions individuelles qui affectent les autres personnes dans la communauté. C'est ce que nous avons appelé le contrat de désarmement. Pour entrer vraiment en société, les gens déposent les armes ; ils acceptent des règles qui gouverneront leur comportement en échange de l'acceptation des mêmes règles par les autres. Le contrat fondamental doit, en deuxième lieu, définir les droits effectifs de propriété sur des biens ou, de manière plus générale, sur des dotations en ressources à même de permettre la production de biens. Ces dotations comprennent des dons et aptitudes (le droit de propriété sur sa propre personne, qui a fait l'objet de nombreuses discussions dans la théorie de la propriété) ainsi que des facteurs de production matériels tels qu'un espace territorial. Il est possible que ces droits et dotations ne fassent que refléter la configuration des possessions résultant d'un contexte de non-interférence personnelle, donc correspondent à ce que nous avons appelé l'attribution résultant de la production directe, mais notre analyse a montré que certains « échanges » de dotations, de biens ou de règles contraignantes seront vraisemblablement nécessaires avant qu'une répartition de la propriété acceptable par tous ne soit possible. En plus des contraintes de comportement et des droits de propriété au sens large, le contrat constitutionnel global doit aussi énoncer les conditions d'application des lois, c'est-à-dire les détails du fonctionnement et des limites de l'État-protecteur institué agent d'exécution des lois. Il doit enfin établir les règles dans le cadre desquelles la communauté prendra ses décisions concernant la production et le financement des « biens publics ». Ces règles détermineront précisément les conditions du fonctionnement et les limites de l'État-producteur, qui incarne la dimension législative de l'organisation collective. Les règles et institutions de l'État-producteur présentent elles-mêmes plusieurs aspects. Le contrat devrait spécifier quelles actions collectives sont permises ; ce qui veut dire qu'il devrait imposer des restrictions sur le type de biens susceptibles d'être produits et financés collectivement. La constitution fondamentale doit tracer, au moins grossièrement, la frontière entre le secteur privé et le secteur public ou étatique de l'économie. Cette frontière étant tracée, les écarts par rapport à l'unanimité dans la prise de décisions collectives susceptibles d'être autorisés devraient aussi être définis ; ces écarts sont, bien sûr, susceptibles de varier selon les décisions concernées. Des institutions de partage des coûts, c'est-à-dire des institutions fiscales peuvent aussi être prévues dans la structure constitutionnelle.

Mon but n'est pas ici de formuler des normes d'efficience dans la promulgation d'un contrat constitutionnel à même d'être valables dans n'importe quel contexte. L'ordonnement des différentes composantes dans le résultat des négociations ne peut qu'être fonction des caractéristiques de la communauté, notamment sa dimension et son environnement. Les traits essentiels de l'équilibre naturel de l'anarchie, que celui-ci ait ou non jamais existé dans la réalité, influenceront la position relative des individus et des groupes dans l'accord constitutionnel final. Le degré et la nature des inégalités entre les personnes joueront aussi leur rôle. Il peut exister des différences, réelles et perçues comme telles, entre les capacités relatives des individus de produire des biens ou de parasiter leurs semblables. Ces différences, tout comme les différences de goût des individus pour les activités de production ou de pillage, auront des effets prévisibles sur l'accord de base. Les demandes anticipées de biens et services produits collectivement et les niveaux prévus de revenus et de richesse joueront aussi sur la prédisposition à accepter les règles d'action collective proposées.

Cet examen très général met surtout en lumière l'interdépendance des nombreux éléments de l'arrangement constitutionnel. Quelles que soient les façons dont la méthode économique conventionnelle fonctionne, il semble impossible de considérer les droits individuels ou privés d'agir et d'utiliser des ressources matérielles indépendamment de ces autres droits indirects que représente l'appartenance à une communauté constitutionnellement mandatée pour faire des choix selon des règles déterminées à l'avance. Prenons le cas d'une personne qui détient un titre de propriété nominal sur les revenus produits par une ressource (matérielle ou humaine) rare et de grande valeur. Ce droit de propriété privé peut se trouver tempéré par des droits de sociétariat, rattachés aux institutions étatiques de la communauté, et qui peuvent conférer à d'autres personnes un certain droit sur les revenus en cause. Cela ne signifie pas que l'arrangement constitutionnel choisi sera nécessairement le plus efficace. Mais, comme on l'a vu au chapitre 3, toutes les parties peuvent tirer d'un transfert initial des droits l'avantage d'une plus grande stabilité de leurs titres de propriété.

Cette approche jette un jour nouveau sur le problème embarrassant de la redistribution du revenu et de la richesse. Dans certains régimes constitutionnels, les gens relativement « pauvres » ne peuvent invoquer de principes éthiques supérieurs pour réclamer une partie des avantages économiques ou des avoirs de ceux qui sont relativement « riches ». Mais elles *peuvent* se considérer susceptibles de présenter ces revendications au nom d'une appartenance commune à une collectivité organisée sous le régime d'un contrat constitutionnel donné. Les « riches », quant à eux, peuvent légitimement s'attendre à ce que leurs « droits privés » soient respectés et à ce que toute violation de ces droits soit punie, mais seulement dans le cadre du contrat global

qui requiert que leur contribution au financement des biens et services collectifs soit plus grande<sup>19</sup>. Dans le cadre du grand contrat, tous les individus et tous les groupes devraient trouver leur intérêt à adhérer aux règles établies, à respecter les droits tels que tempérés, et à se comporter d'une manière leur permettant de disposer de toute la liberté individuelle compatible avec un ordre satisfaisant.

---

19. Pour une analyse plus détaillée, voir mon article «The Political Economy of the Welfare State» (Research Paper n° 808231-1-8, Center for the Study of Public Choice, Virginia Polytechnic Institute and State University, juin 1972). Voir aussi Earl THOMPSON, *The Taxation of Wealth and the Wealthy*, UCLA, Department of Economics Working Paper, février 1972.

# Chapitre 5

---

## Le contrat permanent et l'ordre établi

### L'éthique et l'économie des obligations contractuelles

**L**es chapitres précédents proposent une analyse théorique de la façon dont la maximisation rationnelle de l'utilité par les individus peut engendrer contractuellement un ordre social qui inclut et la définition-attribution de droits individuels, et une structure politique chargée de faire appliquer des règles de comportement coextensives à ces droits. Même si on accepte sans réserve le cadre contractualiste, cette analyse ne peut s'appliquer qu'à une communauté d'hommes immortels. Le temps est absent du modèle. Or, même dans une communauté dont les membres seraient éternellement les mêmes, l'influence du temps sur la rationalité des choix introduirait quelques complications.

Certaines des critiques récurrentes de la théorie contractualiste de l'ordre social touchent précisément au caractère a-temporel du modèle utilisé. Comme nous l'avons déjà fait remarquer, de nombreux chercheurs ont rejeté l'explication contractualiste en raison de l'absence de données historiques et empiriques : nul n'a jamais observé la passation d'un contrat social. Ces mêmes chercheurs ont suggéré, dimension plus cruciale, que, même si un

contrat originel avait été passé à un moment donné de l'histoire, il ne lierait pas les hommes qui n'y ont pas eux-mêmes été parties, et ne les obligerait pas à respecter des engagements qu'ils n'ont pas pris personnellement.

Ces critiques sont effectivement importantes vis-à-vis d'un contractualisme qui a essentiellement des fondements éthiques et qui fait relever la légitimité de l'ordre social d'un contrat implicite. L'obligation contractuelle, qui est satisfaite par le respect des conditions du contrat, dépend d'une manière essentielle de la participation, réelle ou idéale, de l'individu obligé. L'individu qui a « donné sa parole » doit la respecter : « l'honneur l'exige ». Cela reste vrai même si les conditions de l'entente en viennent à être considérées « inéquitables » ou « injustes ». La violation de – ou le manquement à – ses engagements heurte de front les principes moraux régissant la conduite personnelle. Quand les règles de l'ordre social ou politique établi ne représentent rien d'autre qu'un héritage du passé, cette dimension morale fait défaut. Le fait que les ancêtres aient ou non participé à une entente contractuelle importe par ailleurs peu dans une structure sociale individualiste, qui est par elle-même incompatible avec l'idée que respecter les engagements de la génération précédente peut être une question d'honneur<sup>1</sup>. Les bases morales permettant la stabilité des règles et des institutions sont fortement affaiblies dès que la participation se révèle n'avoir pas de substrat historique, ou un substrat qui échappe à la mémoire des membres vivants de la communauté.

Dans la mesure où les phrases que nous venons d'écrire décrivent le fonctionnement du monde réel, il convient de se demander en *ces* conditions ce qui fait que les gens respectent volontairement les institutions établies. Ces institutions, certes, font appliquer les lois et imposent des peines aux contrevenants. Mais que signifie le consentement volontaire dans un contexte d'obligation sanctionnée par des peines ? A peu près n'importe qui respectera « volontairement » des règles de conduite imposées s'il sait que leur violation sera punie sévèrement et de façon relativement probable. Ce qui nous intéresse ici avant tout est le respect volontaire de la loi en dehors de toute obligation et de toute punition – comportement qui ne s'observe que rarement. Notons tout juste qu'il existe une relation entre le respect volontaire susdit et les investissements en ressources requis pour que ce respect soit. C'est ce genre de relation qui donne au « contrat » en vigueur sa pertinence, même pour ceux qu'on reconnaît comme non-participants. Quelles sont, donc, les conditions les plus propices pour que les individus adhèrent aux règles traditionnelles, qu'ils respectent l'attribution établie des droits individuels ?

La seule manière de répondre est de considérer la structure établie *comme si* elle était le produit d'un contrat actuellement en vigueur ou continuellement renégocié. Les individus comparent en pratique leur position res-

1. Il faudrait modifier cette conclusion dans le cas d'une structure sociale où la famille permanente serait l'unité de base.

pective avec celle qu'ils pourraient espérer obtenir d'une renégociation du contrat. S'ils considèrent que la position respective qui leur a été attribuée n'est pas trop éloignée de cette dernière, ils sont plus susceptibles de respecter les règles établies, même s'ils ont conscience de n'avoir pas participé historiquement à leur formation. Cette approche fournit un moyen d'évaluer les règles sociales, les structures juridiques et les droits de propriété. Mais un aspect des choses doit être mentionné. La configuration des droits dont on peut généralement s'attendre à ce qu'elle se situe dans les limites de ce qu'on peut appeler les « espérances de renégociation » des individus variera selon les sociétés et les époques. Comme les analyses du chapitre 4 l'ont démontré, les conditions du contrat, notamment la combinaison entre les différentes composantes de la constitution, dépendent directement des différences individuelles, que celles-ci soient réelles ou imaginaires. Le degré et la distribution de ces différences varient d'un groupe à l'autre. On doit en conclure qu'il n'existe pas de critères idéaux permettant de juger la structure juridique ou constitutionnelle d'une société particulière à un stade donné de son développement. Au mieux, l'observateur pourra dire quelque chose des institutions existantes à partir de son évaluation du comportement des individus qu'elles gouvernent.

Notre approche du contrat dans ce livre est économique et, comme nous l'avons vu, il existe des raisons économiques au passage du contrat constitutionnel entre les personnes. Il existe identiquement des raisons économiques à l'adhésion aux règles existantes, celles qui constituent l'ordre établi. Ces raisons économiques ne dépendent pas de la participation réelle ou de la réalité historique du contrat de manière aussi étroite que leur contrepartie éthique. Il existe aussi et en parallèle des motifs économiques individuels expliquant le viol d'une entente contractuelle. Dans les groupes nombreux en particulier, la maximisation de l'utilité incite l'individu à violer les termes définis du contrat, sauf s'il en est empêché par la force ou par des principes moraux. On doit souligner, cela dit, que les motifs économiques justifiant la violation du contrat n'ont rien à voir avec la question de savoir si l'individu a ou non participé à la négociation. L'individu qui a personnellement conclu un engagement pour l'avenir est soumis aux mêmes incitations de non-respect que celui qui a hérité du contrat passé par ses ancêtres, ou qui se retrouve dans un contexte où les fondements contractuels sont absents. La seule dimension susceptible de varier radicalement d'une situation à l'autre est la contrainte éthique ; la rationalité économique des choix privés, mesurée en termes économiques quantifiables, est quant à elle invariable.

Prenant en compte cette incitation individuelle à la défection, toutes les structures juridiques incorporent des règles d'application de la loi et de punition des contrevenants. D'un point de vue strictement économique, il n'y a pas de raison *a priori* susceptible de faire qu'un individu soit moins prompt à violer les règles et les institutions qui satisfont ses espérances raisonnables de

renégociation que celles qui ne les satisfont pas. Même chez celui dont les droits établis apparaissent plus avantageux que ceux dont il pourrait raisonnablement espérer disposer au terme d'une véritable renégociation, une incitation à violer la loi existe dès lors qu'il pense pouvoir accomplir cette violation de manière unilatérale et sans risque de punition. En termes strictement économiques, répétons-le, qu'un individu viole ou non les termes du contrat en vigueur, qu'il respecte ou non les règles et institutions légales et les droits établis, dépendra seulement de son évaluation de la probabilité et de la sévérité de la peine imposée par l'agence qui fait appliquer la loi. Cette évaluation sera une fonction directe de l'engagement de la communauté, par l'intermédiaire de l'Etat-protecteur, à appliquer la loi et les peines. Cet engagement lui-même sera fonctionnellement relié au degré attendu de respect volontaire de la loi. Et, comme nous l'avons vu, ce dernier facteur dépendra de la force des contraintes morales sur le comportement individuel. Suivre cette sorte de chaîne causale permet de tracer la relation entre l'application des lois et la « distance » qui sépare l'ordre établi de l'ensemble des « espérances de renégociation ».

Prenons un exemple. Et supposons qu'un contrat initial est conclu, et qu'on ne s'attende au début qu'à des violations sans importance de ses clauses. Une certaine quantité de ressources consacrées à la machine judiciaire garantira un certain niveau de respect du contrat. Disons que seulement 0,001% des actions transgresseront explicitement les droits convenus. Le temps passe sans que la structure des droits ne soit modifiée. Mais les fils occupent maintenant la place de leurs pères dans la communauté, et ils ne se sentent plus eux-mêmes moralement liés par les termes initiaux du contrat. En supplément, certaines des règles existantes peuvent contredire les espérances de renégociation entretenues par certains membres de cette deuxième génération. Pour ces deux raisons, les fils seront plus nombreux que leurs pères à céder à l'incitation purement économique de la rupture. Avec le *même* degré d'application des lois, on pourra s'attendre à ce que les actions de transgression du « contrat social » augmentent et passent, disons, à un niveau de 0,01 %. Ce qui veut dire que plus de personnes seront susceptibles de « violer la loi » si leur intérêt économique ne les incite pas à ne pas le faire.

La communauté peut réagir de deux manières à l'écart ainsi creusé entre l'ordre établi et les espérances de renégociation de certains de ses membres. Elle peut tout d'abord consacrer plus de ressources à l'application de la loi tout en réaffirmant son engagement de la faire respecter, ce qui aura pour effet d'augmenter le coût de la transgression des droits établis. Elle peut en second lieu tenter une renégociation de l'accord fondamental, du contrat constitutionnel lui-même, destinée à ramener l'écart à un niveau acceptable. Comme nous le montrerons dans les chapitres suivants, la première solution peut se révéler très difficile à mettre en œuvre, et il existe une forte probabilité que se fassent jour des pressions allant vraisemblablement dans le sens

d'une érosion plutôt que d'un renforcement de la volonté de faire respecter la loi et de punir. En pratique, la seule option disponible sera donc le plus souvent de tenter de renégocier le contrat constitutionnel fondamental, au moins à la marge où des ajustements possibles existent. Avant d'examiner ce genre de renégociation, il nous faut toutefois définir plus précisément l'ordre établi.

## Les modifications contractuelles de l'ordre établi

L'ordre établi ou *statu quo* constitutionnel peut être défini comme l'ensemble des règles et institutions qui existent à un moment donné. Cet ensemble ne comprend pas seulement une attribution de titres de propriété privée ainsi que les règles qui gouvernent l'échange de ces titres entre les personnes et les groupes. En font aussi partie les droits de sociétariat dans la cité, cet organe collectif de la société qui, en tant que tel, est détenteur du droit et du pouvoir d'organiser l'offre et le financement des biens et des services publics. On ne doit pas voir le *statu quo* constitutionnel comme un facteur de rigidité dans l'interaction sociale. Les droits individuels peuvent fort bien changer, à condition que ce soit selon des règles déterminées, qui gouverneront aussi la réaction du système à des chocs exogènes. Ce qui compte, ce n'est pas la stabilité mais la prévisibilité ; l'ordre constitutionnel établi est la base sur laquelle les individus peuvent fonder leurs attentes concernant le cours des choses, et donc leurs tentatives de construire rationnellement leur vie.

L'ordre établi est unique pour la simple raison qu'il est ce qui existe. Les règles et institutions actuellement en vigueur dans l'ordre sociolégal ont une réalité existentielle. Aucun autre ensemble de règles et d'institutions n'existe qui puisse constituer une alternative. Cette différence élémentaire entre l'ordre établi et les ordres idéaux qui pourraient se substituer à lui est souvent négligée. Si le fait de leur non-existence pouvait être laissé de côté, plusieurs structures institutionnelles-juridiques seraient susceptibles d'emporter la préférence de nombre de personnes. Mais nul n'a carte blanche pour choisir. Le choix entre diverses structures, si tant est qu'il existe, est un choix entre ce qui est et ce qui pourrait être. Tout projet de changement ne peut qu'avoir l'ordre établi pour point de départ obligé. « Nous partons d'ici », et pas d'ailleurs.

La nécessité de reconnaître cette dimension n'équivaut pas à une défense de l'ordre établi, comme certains l'écrivent parfois. Dans son for intérieur, chacun d'entre nous, à quelques exceptions près, préférerait quelque autre structure, du moins à certains égards. Ce n'est pas imiter Pangloss que de souligner que toute amélioration ne peut être édifiée qu'à partir du *statu quo*.

Comment est-il possible d'aller « là-bas » à partir d'« ici » ? Telle est la question qu'il faut poser lorsqu'on tente d'évaluer un projet de changement socio-politique. Quelle légitimité s'attache, du seul fait de leur existence, aux droits existant à un moment donné ? Ce qui peut mener à une autre question : l'Etat-protecteur, l'agence d'application des lois, doit-il punir ceux qui violent les droits constituant l'ordre établi ? Posée en ces termes, la question inclut sa propre réponse. Ces droits sont les seuls que l'agence peut faire respecter puisqu'il n'en existe pas d'autres.

Si un ensemble bien défini de droits existe (et c'est l'hypothèse que je retiens ici : plus loin, j'examinerai les problèmes susceptibles de se poser quand des ambiguïtés sont présentes) et si le respect de cet ensemble est effectivement imposé, comment des changements structurels, des changements constitutionnels fondamentaux sont-ils possibles ? Pour répondre à cette question, il faut éviter les confusions et ne pas penser les droits comme des quantités déterminées de biens et de ressources attribuées aux gens. Le modèle statique peut faussement laisser croire que l'attribution des droits demeure pour toujours un jeu à somme nulle et que, par conséquent, des modifications de la structure agréée par tous seraient inconcevables. Dans son cadre très restrictif, des réajustements contractuels ou quasi contractuels seraient par définition impossibles.

Dans le cadre d'une théorie dynamique des coûts d'opportunité, par contre, il est possible d'arriver à des ententes contractuelles ou quasi contractuelles qui impliquent réductions de la valeur nominale des droits de certains membres de la communauté. Si le cours prévisible des événements, en effet, laissait prévoir une réduction possible de la valeur de droits, ceux détenant les droits concernés pourraient accepter des réductions au présent en échange d'une plus grande sécurité dans l'avenir.

Si un individu détenant un droit défini dans l'ordre établi en vient à prédire que, sauf modification structurelle, ce droit subira un processus d'érosion, il acceptera vraisemblablement de bon gré une réduction actuelle de la valeur de ce droit en ce qu'il verra là un moyen de se protéger contre le risque d'une réduction de valeur plus importante.

De telles prédictions peuvent se fonder sur la perception de glissements dans la distribution naturelle de l'équilibre anarchique tel qu'il subsiste, sous-jacent aux réalités sociales observables. Cela peut être illustré par un exemple numérique. Soit deux personnes, *A* et *B*, qui obtiennent respectivement, dans l'équilibre naturel de l'anarchie, des stocks totaux de 10 unités et de 2 unités de biens de consommation. Ces stocks sont nets des efforts consentis pour la protection et le pillage. Un contrat de désarmement est conclu, qui donne une attribution post-constitutionnelle de 15 unités à *A* et de 7 unités à *B*, chacun y ayant gagné l'équivalent de 5 unités. Supposons que, l'entente étant demeurée en vigueur pendant *x* périodes de temps, la perception de leur force relative

par les deux parties ait changé. Bien que la distribution naturelle ne soit plus observable, *A* a désormais la conviction qu'il se retrouverait à peu près à égalité avec *B* dans l'anarchie pure, que la distribution montrerait un rapport plus proche de 6:6 que du 10:2 antérieur. Dans ces conditions, la transgression de l'ordre établi par *B* devenant très probable, *A* discernera vraisemblablement l'extrême vulnérabilité de l'attribution 15:7. Afin de mieux s'assurer qu'un ordre prévisible se maintiendra, *A* pourra donc accepter la proposition de modifier la distribution des droits nominaux<sup>2</sup> et de la faire passer à, disons, 13:9.

Le modèle de deux personnes est bien sûr quelque peu trompeur dans la mesure où il écarte le problème du respect des lois, qui ne se pose véritablement que dans le contexte de groupes nombreux. Dans une interaction de deux personnes, ce respect repose sur la menace permanente de voir le système entier replongé dans l'anarchie par l'un ou l'autre des participants. Dans une société nombreuse, les choses deviennent plus complexes : les changements contractuels ou quasi contractuels ne découlent pas tant du risque de transgressions individuelles des droits, qui sera toujours présent, que du danger que l'agence d'application des lois perde la volonté de punir efficacement les transgresseurs. On peut construire, au titre d'extension de notre modèle de deux personnes, un modèle simple à trois personnes, mais qui servira à représenter un groupe plus nombreux. Imaginons qu'une société de trois membres, *A*, *B* et *C*, découvre qu'une attribution de 10:2:2 dans l'équilibre anarchique devient 15:7:7 après la conclusion du contrat initial de désarmement, et que cette transformation soit acceptée par toutes les parties. Le contrat signé se trouve accompagné d'un recours aux services d'une agence d'application des lois, l'Etat-protecteur, à qui se trouve confiée la mission de faire respecter l'attribution convenue. Reprenons l'hypothèse selon laquelle la perception de leurs forces relatives par les membres du groupe se modifie avec le temps. *A* en vient à croire que le retour à l'équilibre naturel déboucherait sur une attribution du type 6:6:6 qui se substituerait à l'attribution présente. Aussi longtemps qu'il fait confiance à l'agence d'application des lois, à son pouvoir et à sa détermination de faire respecter l'ordre établi, il ne s'inquiétera pas et n'acceptera pas volontairement une modification de ses droits nominaux. Mais il finira éventuellement par se rendre compte de ce que le contrat d'application des lois a aussi une dimension dynamique. L'agence hésitera à maintenir une configuration de droits où la position relative des individus s'éloigne de plus

2. Pour une analyse plus détaillée de cette illustration ainsi que du problème général, voir mon article « Before Public Choice », publié dans *Explorations in the Theory of Anarchy*, sous la direction de Tullock, p. 27-38. Un modèle semblable mais qui met l'accent sur les glissements dans la structure sous-jacente d'attributions provoqués par les changements de technologie consécutifs à la formation de la société a été élaboré par Donald McINTOSH, *The Foundations of Human Society*, Chicago, University of Chicago Press, 1969, p. 242-244.

en plus de ce qui peut être perçu comme l'équilibre naturel anarchique qui sous-tend l'ordre établi. On voit ainsi que des petits groupes aux sociétés nombreuses, la connexion demeure essentiellement inchangée entre la distribution naturelle présumée ou fantasmée, et la stabilité des droits établis.

Dans cet examen des modifications éventuelles de la distribution des droits au sein de l'ordre établi, des amendements à la constitution fondamentale, je me suis intéressé surtout aux fondements économiques. Je n'ai pas explicitement fait intervenir l'idée de justice telle qu'elle peut jouer ou non sur l'attitude des gens vis-à-vis de l'établissement ou des modifications de la structure. J'essaie, dans toute la mesure du possible, de déduire la logique de l'interaction sociale de l'intérêt personnel d'individus maximisateurs, sans recourir à des normes extérieures. Pratiquement et historiquement, il est peut-être impossible qu'une société incorporant un niveau raisonnable de liberté personnelle existe sans qu'au moins une partie de la population n'entretienne une idée de «justice sociale» ou de «conscience sociale». Je ne souhaite ici ni défendre ni combattre cette hypothèse. J'entends seulement, à ce stade de mon analyse, ne pas compter sur l'existence d'une telle attitude.

Il n'en est pas moins utile de mentionner ici la notion de justice dès lors qu'en ces situations où les individus peuvent avoir des motifs économiques rationnels d'envisager une nouvelle attribution des droits et où de vrais changements constitutionnels sont possibles, les débats publics sont dominés par la rhétorique de la «justice». Les avocats du changement structurel peuvent eux-mêmes ne pas avoir pleinement conscience des motivations de maximisation rationnelle de l'utilité qui sont au cœur des projets qu'ils avancent. Cela explique en partie le comportement qu'on observe souvent chez les enfants de familles riches, et qui les fait paraître plus soucieux de «justice» que les autres membres de la communauté. Si des individus croient être officiellement détenteurs de droits de propriété qui seraient indéfendables dans une situation qui ressemblerait à la jungle de l'anarchie, peut-être comprennent-ils que le meilleur moyen de protéger leur situation consiste à céder certains de leurs titres à l'occasion d'une véritable réorganisation constitutionnelle des droits. Ils défendent alors le principe de nouveaux arrangements constitutionnels et profèrent leurs arguments au nom de la «justice», ce qui peut être foncièrement hypocrite ou non<sup>3</sup>. Des thèses qui trouvent leur source dans le calcul économique rationnel et qui pourraient servir de fondement à la réorganisation contractuelle ou quasi contractuelle de l'ordre légal ont tendance, lorsque présentées sous les habits de la justice, à recueillir l'appui de ces éléments de la société qui sont surtout intéressés à imposer la redistribu-

3. Dans son analyse des motifs non altruistes de redistribution du revenu et de la richesse, Geoffrey BRENNAN fait état de cette idée de protection de soi et passe en revue les textes qui s'y rapportent : voir Geoffrey BRENNAN, « Pareto Desirable Redistribution : The Non-Altruistic Dimension », *Public Choice*, vol. 14, printemps 1973, p. 43-68.

tion à d'autres et ne font même pas semblant de travailler à la réalisation de changements contractuellement acceptables ou supérieurs au sens de Pareto. Les comportements ainsi impliqués jouent un rôle important dans la formation des politiques modernes de redistribution étatique des titres individuels de propriété, mais ils n'ont pas de rapport direct avec l'analyse développée ici<sup>4</sup>.

Lorsqu'on s'intéresse aux attitudes individuelles vis-à-vis des changements constitutionnels fondamentaux, on doit distinguer le capital humain et le capital non humain. Dès lors que les droits individuels dans l'ordre établi prennent la forme de droits de propriété sur des ressources non humaines, la valeur relative de ces droits peut être séparée de la valeur intrinsèque de la personne, valeur qui est, selon toute apparence, moins vulnérable dans l'anarchie. La différence devient encore plus profonde lorsque les droits de propriété sur les ressources matérielles sont légués d'une génération à l'autre, puisqu'il ne peut alors rester qu'une relation mince ou nulle entre la valeur relative de ces droits et les parts relatives que leurs détenteurs pourraient espérer obtenir dans l'anarchie pure ou dans le cadre d'un contrat constitutionnel renégocié. Au contraire, si les droits d'un individu sur des biens de consommation sont mesurés surtout par la valeur du capital humain qu'il possède et qui s'incarne dans des compétences, talents et aptitudes supérieurs, sa position relative dans la distribution naturelle ou dans un contrat renégocié pourrait fort bien ne pas être trop éloignée de celle susceptible d'être observée dans l'ordre établi. Il n'y a, bien sûr, pas là de correspondance précise : des dons de premier violon soliste n'auraient pas une grande valeur dans la jungle hobbesienne et pas beaucoup plus dans une entente renégociée qui aurait pour conséquence de réduire substantiellement la demande de concerts telle qu'elle résulte de la répartition présente de la richesse. Même dans ce cas pourtant, une différence catégorique entre capital humain et capital non humain existe. Un transfert de droits sur le produit du capital humain pourra se révéler impossible dans la mesure où le consentement du propriétaire sera toujours requis. Aucun lien de ce genre n'existe entre le capital non humain et la personne qui détient des droits sur le produit de celui-ci. Dans la mesure où le capital humain prend la forme générale d'aptitudes physiques et/ou intellectuelles, la capacité relative d'une personne de survivre dans l'anarchie elle-même ou de profiter d'une renégociation a de fortes chances de se refléter dans l'ordre établi. On peut prédire sur cette base que le soutien aux propositions de modification radicale des droits se rencontrera vraisemblablement plutôt chez les détenteurs de ressources matérielles que chez les détenteurs de capital humain.

---

4. Un examen exhaustif de cette question se trouve dans Gordon TULLOCK, « The Charity of the Uncharitable », *Western Economic Journal*, vol. 9, décembre 1971, p. 379-392.

## **Changements imposés** **dans les droits constitutionnels**

J'ai mené mon analyse des fondements possibles des changements contractuels ou quasi contractuels dans l'attribution des droits constitutionnels au sein de l'ordre établi (droits pour un membre de la communauté d'être propriétaire de ressources matérielles, de faire certaines choses avec ces ressources, et de participer aux choix collectifs et à la répartition des biens et services fournis par l'État) à partir de l'hypothèse tacite que seuls des changements de ce genre peuvent survenir. Il y a là parallélisme avec le passage du contrat initial, premier pas hors de la jungle anarchique. Comme notre analyse antécédente l'a suggéré, la distribution originelle *à partir de laquelle* ce premier pas est fait ne peut elle-même avoir une origine contractuelle ; elle ne peut sortir que de la force des personnes en présence, d'où précisément l'expression « distribution naturelle ». Le problème qu'il nous faut poser maintenant concerne la possibilité de changer, sans retomber dans l'anarchie, la structure des droits attribués à l'origine. Une structure des droits existe, l'ordre établi, et elle existe même si personne dans la communauté n'a le sentiment d'avoir participé, de près ou de loin, à la conclusion de l'accord constitutionnel. Le fait de savoir si un tel accord a jamais été conclu importe peu.

Pourquoi, même si on adopte la métaphore contractuelle pour expliquer l'émergence des droits, la règle ou la présomption de l'unanimité serait-elle nécessaire pour que des changements constitutionnels fondamentaux soient mis en œuvre ? D'autres configurations légales méritent tout autant sinon plus qu'elle notre appui intellectuel ou moral. Quel mal peut-il y avoir à imposer arbitrairement un glissement de la configuration des droits individuels vers une nouvelle structure si, en vertu de certains critères externes, celle-ci est susceptible de se voir reconnaître des mérites comparables ou supérieurs à ceux de l'ordre établi ?

Ces questions méritent un examen attentif puisqu'elles mettent en lumière une source de confusion importante. Elles nous conduisent en effet à poser une question supplémentaire qui est souvent laissée sans réponse : si la structure des droits légaux doit subir des changements non consentis, imposés, *qui* les imposera ? Quel individu, quel groupe, quelle institution de choix collectif se verra reconnaître le droit (ou le pouvoir) d'imposer des modifications arbitraires et non contractuelles des droits, de réorganiser la répartition des titres de propriété ? De quel processus ou de quel contrat originel est-il possible de dériver ce droit ultime ?

Il paraît évident que si l'ordre établi définit une structure de droits constitutionnels fondamentaux, ceux-ci ne peuvent être arbitrairement modifiés. Dire le contraire impliquerait une contradiction dans les termes. Si des

droits fondamentaux peuvent être changés sans qu'on y consente, ou bien ce ne sont pas des droits, ou bien ils ne sont pas fondamentaux. Prenons une personne qui croit détenir un droit de propriété sur, disons, dix unités d'un bien de production. Supposons que, de l'extérieur, on lui «prenne» purement et simplement la moitié de son patrimoine, qui s'en trouvera réduit à cinq unités. Cette façon de décrire les choses semble aller de soi, mais si la force extérieure détient le pouvoir de décréter et de réaliser un tel changement, peut-on vraiment dire que la personne concernée détenait un droit au départ? Une révision de notre manière de parler de ces choses semble nécessaire. Si la personne de notre exemple détient dix unités sous réserve de confiscation par l'entité extérieure, elle n'est pas vraiment «propriétaire» de ces choses au sens constitutionnel. Au mieux, pouvons-nous dire qu'elle les «possède» sous réserve d'interférence arbitraire de l'extérieur, ou que ses titres sont nominaux et non réels.

Ce qui est en jeu est bien mis en lumière par l'idée courante selon laquelle les droits de propriété sont définis par l'Etat ou «le gouvernement», et susceptibles d'être modifiés par lui. Comme nous l'avons indiqué au chapitre 3, cela revient à dire que seul le gouvernement ou l'Etat a des droits, que les individus ont en fait signé un contrat permanent d'esclavage. C'est la vision de Hobbes, le modèle hobbesien de la relation entre le souverain et les individus membres de la communauté. Le seul vrai contrat dans ce cas est l'abandon initial du pouvoir entre les mains du souverain en échange de l'imposition et du maintien de l'ordre. Or, cette idée s'oppose au concept même de contrat constitutionnel entre des individus qui déposent les armes en échange de la garantie que les droits qui leur sont attribués seront reconnus et que toute transgression sera punie par l'Etat, agence dont les services sont retenus exclusivement à cette fin. Dans le cadre de cette autre conception du contrat constitutionnel, qui sous cette incidence est plus lockéenne que hobbesienne, l'agence de protection est limitée par les termes de l'entente initiale. Les individus ont des titres ou des droits à faire valoir vis-à-vis de l'agence d'application des lois autant que vis-à-vis des autres personnes. L'Etat doit lui-même respecter strictement la loi du contrat constitutionnel<sup>5</sup>.

Je ne veux pas dire qu'il est impossible que les droits des individus soient modifiés par la force et contre le gré de ces derniers. Bien au contraire. Les données multiples que l'expérience offre à ce sujet ne peuvent être balayées d'un revers de main. Je veux dire que les droits qui font légitimement partie des attentes d'une personne ou d'un groupe ne peuvent être modifiés qu'avec son consentement *si* on ne veut pas violer le contrat constitutionnel, implicite ou explicite. Comme tous les contrats, ce contrat de base peut, cela dit, être rompu par l'une ou l'autre des parties.

---

5. Voir John LOCKE, *Second Treatise of Civil Government*, Chicago, Henry Regnery, 1965, p. 116 et s.

Mon analyse implique seulement que ces violations soient reconnues et discutées comme telles. Il serait vain de supposer l'existence de quelque chose qui n'existe pas en fait. Si l'« Etat », représenté par les décisions de personnes qui altèrent arbitrairement les droits attribués aux individus, viole les conditions de base du fonctionnement de la société, ses actions ne doivent pas pour autant recevoir la caution de l'éthique. Si l'« Etat », conçu comme agence de protection des droits individuels, accapare le pouvoir et modifie l'ordre légal, les individus perdent leurs droits et en viennent à vivre dans une condition d'anarchie hobbesienne. Une bonne partie de ce qui se passe dans les années 70 pourrait, sur un mode pessimiste, être décrit en ces termes. Mais ce n'est pas parce que les règles de base qui nous gouvernent ont subi un processus d'érosion si fort qu'il les a rendues méconnaissables que nous devrions nous interdire d'examiner ce qui pourrait être.

A cet égard comme à d'autres, mon analyse peut apporter de l'eau au moulin des anarchistes contemporains, qui nient toute légitimité à la plus grande partie des actions de la machine étatique-bureaucratique. L'Etat peut se doter d'une légitimité s'il respecte la structure constitutionnelle qui permet que les droits des individus restent, du moins en ce qui concerne la plupart des membres de la communauté, dans les limites d'espérances raisonnables de renégociation. S'il dépasse cette limite, il n'est pas « légitime » au sens propre du terme, et ses actions peuvent être considérées comme des actes « criminels ». Cette conclusion vaut quelle que soit la manière dont les décisions sont prises, et dès lors que celles-ci ne le sont pas à l'unanimité. Pré-tendre que tout acte de l'Etat est légitime pour peu qu'il soit sanctionné par la majorité des voix des membres de la communauté ou de leurs représentants élus, ou par la décision des fonctionnaires ou magistrats, élus, nommés ou désignés pour assumer le pouvoir judiciaire ou exécutif, équivaudrait à accorder aux institutions et processus collectifs ou étatiques un statut supérieur à celui qui est le leur. Des actes anticonstitutionnels, mais drapés dans la mythologie romantique de la volonté majoritaire ou de l'autorité des juges, peuvent en certaines circonstances mener plus loin que des actions ne se réclamant d'aucun droit formel.

## **Les infractions passées et l'ordre établi**

L'argument que je viens de présenter semblera sans doute persuasif dans le contexte d'un modèle a-temporel. Si on posait au titre de postulats que la structure des droits légaux que représente l'ordre établi est demeurée inchangée depuis l'entente initiale, que cette entente a bel et bien eu lieu, et enfin que les contractants sont les membres actuels de la communauté, le principe selon lequel des changements fondamentaux requièrent l'unanimité pourrait être très généralement accepté. Mais nous nous intéressons justement, dans le

présent chapitre, à ce qui se passe si certaines de ces conditions ne sont pas réalisées. Plus précisément, nous posons (et tentons d'apporter une réponse à) la question suivante : Qu'est-ce qui justifie l'ordre établi quand il n'y a pas nécessairement eu contrat originel, quand les membres actuels de la communauté ne se sentent pas moralement ou éthiquement obligés d'adhérer aux conditions de l'ordre établi et quand, ce qui n'est pas sans importance, le contrat, si tant est qu'il ait jamais été passé, a été violé fréquemment tout à la fois par l'Etat, par des individus et par des groupes qui ont tous réussi à éviter le châtiement ? La validité de l'une ou l'autre de ces négations ôte-t-elle toute légitimité à l'ordre établi ?

Répetons-le encore, même si cela va de soi. L'ordre établi est ce qui existe. Il doit par conséquent et quels que soient les faits historiques être jugé comme s'il était contractuellement légitime. Les choses auraient pu se passer autrement au cours de l'histoire, mais elles sont ce qu'elles sont. Le fait que l'Etat ait pu violer à répétition et à l'excès certaines clauses implicites ne change rien au caractère unique de ce qui est. Cela dit, des violations passées de l'ordre légal établi auront rendu plus probable l'éventualité qu'il s'éloigne aujourd'hui, et de manière significative, des espérances de renégociation d'un grand nombre de personnes dans la communauté. Les infractions commises par l'Etat, par des particuliers ou par des groupes et qui sont demeurées impunies rendent l'application des lois plus difficile et fournissent la base d'infractions ultérieures.

Evaluer l'ordre établi à partir de l'hypothèse de sa légitimité peut donner des résultats qui vont dans un sens ou dans l'autre. La structure des droits existant à un moment donné peut mériter ou ne pas mériter la présomption de légitimité dont elle se réclame. Si elle ne la mérite pas ou, plus exactement, si des éléments qui la composent ne la méritent pas, des modalités d'ajustement à même de recueillir l'assentiment de la totalité ou de la quasi-totalité des membres de la communauté doivent être trouvés. Les ajustements qu'il faut imposer par la force ne peuvent constituer une restauration de la « légitimité » au vrai sens du terme. Ils ne peuvent que signifier poursuite de la violation du contrat concerné.

Imaginons une situation où, soit en raison d'une évolution des aptitudes des gens, soit en raison de violations passées des conditions convenues, l'ordre établi corresponde à un ensemble de droits individuels qui sont devenus manifestement inconciliables avec les espérances de renégociation d'une grande partie de la communauté. Donc une situation où les positions relatives des personnes, même au prix d'un effort d'imagination, ne révèlent aucune ressemblance avec celles que produirait un détour par l'anarchie suivi d'un nouveau contrat constitutionnel. Il serait en un tel cas rationnel pour ceux que l'ordre établi paraît favoriser indûment d'accepter une réduction de leurs droits. S'ils le faisaient, le changement constitutionnel viendrait du consentement unanime que nous avons décrit.

Ceux que l'ordre établi favorise peuvent, cela dit, ne pas se comporter de manière rationnelle. Surtout s'ils contrôlent l'agence d'application des lois, l'Etat ; ils peuvent croire leurs avantages inexpugnables et ne pas se sentir concernés par l'illégitimité présumée des droits individuels établis. C'est précisément ce genre d'attitude qui favorise l'effondrement vers les désordres de l'anarchie ou de la révolution dont peuvent sortir un nouvel équilibre naturel et, en fin de compte, un nouvel ordre constitutionnel. Cela ne signifie pas qu'une structure de droits ne peut survivre et être mise en application que si elle reflète de plus ou moins près les résultats théoriques d'une entente renégociée. Si l'« Etat » est suffisamment déterminé à faire respecter l'ordre établi, il peut obtenir le maintien de presque n'importe quelle configuration de droits. Dans un tel cas, il devient néanmoins l'agent de la coalition de ceux dont la position dans l'ordre établi serait rendue intenable par toute renégociation susceptible de survenir. Si l'« Etat » est fondamentalement démocratique, il lui sera de plus en plus difficile de faire respecter des droits qui s'écartent des attentes d'un grand nombre de personnes. A la longue, il lui sera impossible de faire appliquer les droits tels qu'ils sont. Un réajustement consenti et quasi contractuel constitue la seule alternative efficace à la détérioration progressive de l'ordre légal, à la violation continuelle du contrat implicite par l'Etat comme par les individus, au déclin accéléré de la légitimité constitutionnelle, et à l'affaiblissement de la stabilité et de la prévisibilité qui caractérisent un environnement légal et politique normal.

Pour autant qu'ils aient traité des modifications dans la configuration des droits individuels établis, les économistes politiques ont sans doute introduit beaucoup de confusion. A de rares exceptions près, ils ont refusé, suivant en cela les philosophes sociaux et d'autres spécialistes des sciences humaines, d'examiner les possibilités de changement volontaire ou contractuel dans l'ordre constitutionnel. Ils se sont, à l'inverse, sentis obligés de proposer des mesures relevant de normes éthiques extérieures et destinées selon toute apparence à être imposées à l'ordre existant. Cette façon de procéder a eu pour implication que des efforts et une attention moindres ont été consacrés à l'activité moins romantique mais plus productive qui consiste à rechercher et à mettre au point des compromis de changement susceptibles d'être acceptés par une grande partie de la communauté<sup>6</sup>.

---

6. J'ai élaboré ma position méthodologique dans plusieurs autres ouvrages. Et ici comme ailleurs, mes thèses doivent beaucoup à Knut WICKSELL. On trouvera une des premières formulations de mes conceptions sur ce plan dans mon article « Positive Economics, Welfare Economics, and Political Economy », *Journal of Law and Economics*, vol. 2, 1959, p. 124-138, reproduit intégralement dans mon ouvrage *Fiscal Theory and Political Economy*, Chapel Hill, University of North Carolina, 1960. Parmi ceux qui font exception au courant traditionnel de l'économie politique, il importe de mentionner W.H. HUTT. Dans un ouvrage écrit durant la Seconde Guerre mondiale et qui est malheureusement trop peu connu, HUTT proposait des changements structurels fondamentaux de nature exclusivement contractuelle : voir W.H. HUTT, *A Plan for Reconstruction*, London, Kegan Paul, 1943.

## Spécification des droits dans l'ordre établi

J'ai utilisé des expressions telles que « structure des droits légaux », « attribution de droits individuels », et d'autres du même genre. Si j'entends que mon analyse soit pertinente et applicable dans la pratique, il me faut être plus spécifique. Quels sont les traits caractéristiques de la structure concernée ? J'ai plusieurs fois mis en garde contre le danger qu'il y a à penser la structure de droits individuels comme une attribution des biens ou des unités de production. Cette erreur répandue explique en partie pourquoi les économistes politiques ont négligé les problèmes traités dans ce livre. Il n'y a pas de stock fixe de capacités qui, dans le contrat constitutionnel initial, pourrait faire l'objet d'un partage que l'ordre légal établi ferait ensuite respecter. Prendre une telle idée pour paradigme et en faire la base de l'analyse de l'émergence et du maintien d'une structure de droits de propriété ne peut que créer une confusion dès le départ. Les individus n'obtiennent pas l'identité qui les définit de dotations quantitatives spécifiques, mais d'un accord, explicite ou implicite, qui fixe conceptuellement les limites de leurs actions les uns envers les autres. A l'intérieur de ces limites, dans le cadre de « la loi », il leur est loisible de développer et d'employer leurs capacités, humaines et matérielles, pour se procurer des « biens », soit qu'ils les produisent directement eux-mêmes, soit qu'ils les obtiennent par l'échange. Ces limites légales incluent la participation aux contrats postconstitutionnels, que ceux-ci concernent des biens et services privés ou des biens et services publics. Dans le cadre de ces contrats, les individus pourront trouver utile de s'organiser en collectivités politiques et de s'imposer à eux-mêmes des règles de décision qui s'écartent de l'unanimité, mais qui sont définies dans le contrat constitutionnel.

Cet aperçu est encore loin d'offrir une définition précise des droits d'un individu au sein d'un ordre établi donné. Ceux-ci sont fonction de l'époque et de la communauté étudiée. Notre approche ne permet pas de formuler un ensemble universel de droits individuels. En ce sens, elle est relativiste. Pour définir quels sont les droits d'un individu dans un ordre établi, il faudrait étudier attentivement la communauté spécifique dont il s'agit afin de découvrir la teneur du « contrat constitutionnel » en vigueur. La tâche n'est pas facile, et relève de la recherche empirique, non de la théorie analytique. En termes encore relativement généraux, les droits d'un individu pourraient être définis comme les attentes de cet individu concernant le comportement des autres membres de la communauté telles qu'elles sont partagées par ceux-ci. Prenons l'exemple du droit de propriété foncière. De quoi s'agit-il ? La « propriété » d'un lopin de terre signifie que le propriétaire s'attend à ce que les

autres s'abstiennent d'en faire certains usages et que cette attente est reconnue par les autres, au moins dans la mesure où ils reconnaissent la légitimité des peines imposées en cas de violation. Ces caractéristiques de la propriété sont nécessaires pour qu'il y ait échange de titres ou de droits. On peut donc interpréter l'ordre établi comme l'ensemble des attentes communes à tous les individus de la communauté concernant leurs domaines d'action respectifs, ainsi que concernant le domaine d'action des divers groupes et coalitions, parmi lesquels l'organisation politique, l'Etat.

Toute structure constitutionnelle-légale est évidemment sujette à une foule d'ambiguïtés, d'incertitudes et d'attentes conflictuelles qui affectent certaines sphères d'actions permises. En fait, presque tous les débats relatifs aux droits individuels, droits de l'homme et droits sur les choses, tout comme la plupart des litiges, visent justement à résoudre ces ambiguïtés et ces conflits. Je me suis, jusqu'ici, volontairement abstenu d'aborder ce sujet puisque mon propos était essentiellement de retrouver les origines théoriques de l'ordre social à partir de droits par hypothèse définis. Mais je ne peux pas poursuivre mon analyse de la structure sociale sans y introduire une approche des problèmes que soulèvent les désaccords sur cette définition.

L'un des critères – indépendants de tout jugement de valeur – par le biais desquels on peut évaluer un ordre établi est sans doute le degré d'ambiguïté et de conflit inhérent aux attentes individuelles. A l'un des extrêmes, on trouve le modèle postulé jusqu'ici : tous les droits sont bien définis et reconnus par les parties, y compris par l'agent chargé de les faire respecter. Des infractions pourront évidemment être commises même dans ce cas, mais elles seront reconnues comme telles, y compris par leurs auteurs, et passibles de punition. Un régime de droits bien définis n'est pas pour autant à l'abri de l'incertitude. Notamment en ce qui a trait à l'offre et au financement des biens publics, l'individu peut mal évaluer ce que signifiera pour lui telle ou telle décision collective. Une telle incertitude ne contredit cependant pas l'énoncé général selon lequel les droits sont bien définis puisque les règles de décision collective sont claires, tout comme leurs limites. A l'autre extrême, on peut imaginer le modèle d'un chaos général où les individus sont pratiquement incapables de prévoir le comportement des autres, y compris celui de l'Etat. Les comportements sont là tout à fait imprévisibles, et l'agence d'application des lois ne protège pas toujours les droits des individus. On peut soutenir que l'individu jugera ce modèle psychologiquement moins attrayant que l'anarchie pure puisque, dans celle-ci, les positions finales demeurent relativement prévisibles.

L'ordre établi quel qu'il soit se situera, bien sûr, quelque part entre ces deux extrêmes. Il existera en lui des ambiguïtés et des désaccords, et les attentes des individus, quant à leurs comportements respectifs ou quant aux actions de l'Etat, ne seront pas obligatoirement partagés par chacun d'entre eux. L'individu « propriétaire » d'une terre et qui sait que des doutes existent

quant à la validité de son titre ne peut prévoir avec certitude ni ce que feront les autres titulaires en puissance, ni ce que fera l'Etat confronté à leurs revendications. Toute incertitude de cet ordre réduit la valeur des titres de « propriété », et leur échange devient plus difficile.

Les ambiguïtés et les désaccords à propos de revendications individuelles constituent une source majeure de malentendus concernant le rôle de l'Etat-protecteur. Les litiges doivent être arbitrés. Il faut chercher ce que dit « la loi ». Au cours de ce processus, l'Etat, par l'intermédiaire de ses organes juridictionnels, rend des jugements catégoriques et en apparence arbitraires dont les termes sont imposés au perdant contre son gré, et le cas échéant au moyen de la force publique. C'est l'observation de ce type d'activités qui conduit à dire parfois que l'Etat « définit » les droits et fait la loi. Il y a pourtant une différence de nature entre, d'une part, l'arbitrage des conflits qui surviennent lorsque des ambiguïtés se font jour et, d'autre part, la définition des droits *ab initio* ou l'altération délibérée des droits en l'absence de conflits observables.

La collectivité doit assumer un rôle d'arbitre. Il lui faut régler pacifiquement et de manière ordonnée les différends qui surgissent aux frontières de la convention. L'arbitrage de l'Etat vise à prévenir le recours à la force par les parties en litige. Ce rôle d'arbitre n'est pas sans relation avec le rôle joué par l'Etat de mise en application des lois, mais il en est bien distinct. Une bonne définition des droits exige que la loi soit appliquée : il faut maintenir l'ordre et punir les contrevenants, même quand les droits de chacun sont reconnus par tous. Il n'est pas alors question de différends à arbitrer. Le cambrioleur n'essaie pas de faire valider par les tribunaux un titre de propriété sur votre bien (ou tout au moins pas encore). Quand les individus ne s'entendent pas sur leurs droits, quand les attentes diffèrent, l'arbitrage est, par contre, requis. Chacun se comporte – ou peut en venir à se comporter – comme s'il était « dans son droit » sans reconnaître qu'il transgresse une attribution établie. Chacun cherche un juge parce qu'il croit son titre légitime en vertu de l'ordre établi.

Il faut à tout prix se garder de voir l'ordre établi comme un équilibre dans la structure des droits individuels. A chaque instant, certaines des parties au « contrat social » entretiendront des attentes incompatibles, des litiges seront, par le biais d'ajustements formels ou autres, en voie de résolution. La position d'équilibre vers laquelle le système tend sans jamais l'atteindre est analogue à celle qui a été décrite de manière exhaustive dans la théorie économique. Tout système de droits aura tendance à changer au cours de son cheminement vers un équilibre qui sera caractérisé par des frontières très nettes entre les sphères d'actions permises, et par la compatibilité parfaite des attentes individuelles. La tendance se poursuivra même si le cheminement vers l'équilibre implique recours à la contrainte physique plutôt qu'à des procédures formelles. Cependant, comme dans les processus économiques ordi-

naires, des chocs exogènes déplaceront continuellement la cible vers laquelle le processus d'ajustement converge.

La théorie de l'économie stationnaire, cet état caractérisé par l'équilibre parfait, a été développée à un degré tel que la science économique a eu tendance à négliger les processus d'ajustement dynamique qui décrivent les tâtonnements d'une économie réagissant à une série ininterrompue de chocs externes. La théorie parallèle du droit stationnaire, cet état caractérisé par une délimitation exacte des droits des individus et des groupes et, comme dans l'économie, par des attentes communes à tous, n'a, elle, pas été développée, et trop peu d'attention a été consacrée aux ajustements dynamiques des droits qu'exigent les forces externes de la croissance et du changement technologique. Comme je l'ai suggéré, un critère pour évaluer la distribution des droits dans n'importe quel ordre établi se trouve dans la distance de celle-ci « par rapport à l'équilibre », dans la position qu'elle occupe sur l'éventail qui va des droits très précisément délimités jusqu'au chaos absolu que produit l'incompatibilité extrême des attentes individuelles. Comme dans la théorie économique ordinaire, l'équilibre dont il est ici question se caractérise par ses qualités d'efficacité. Toute barrière ou distorsion interne qui entrave le cheminement du système vers son équilibre mobile réduit l'efficacité de l'interaction sociale.

## Chapitre

# 6

---

### Le paradoxe du gouverné

**L**es Américains ne sont pas satisfaits du *statu quo*. Ce n'est pas là une simple formule ni une référence au mécontentement qui se retrouve en chaque époque. L'attitude des citoyens des années 70 devant leurs institutions diffère de celle d'avant 1960. La foi dans le « rêve américain » a disparu et ne semble pas près d'être restaurée. Qui aurait prédit que des grandes villes américaines hésiteraient à organiser des cérémonies commémoratives pour le bicentenaire de la nation ?

Certains des slogans des années 60 peuvent apparaître significatifs. La « démocratie participative » de la « nouvelle gauche »<sup>1</sup> a pris forme en 1972, autant dans le slogan « envoyez-leur un message » de George Wallace que dans la réforme du Parti démocrate entreprise par George McGovern. Les résultats en furent néanmoins paradoxaux. Le message de Wallace présente un intérêt surtout en ce qu'il ne fut pas reçu. La clameur populaire en faveur de réductions d'impôts a débouché sur des réformes fiscales qui se sont traduites par des projets d'augmentation des recettes fiscales. La « révolte des contribuables » qui avait fleuri à la fin des années 60 s'est pratiquement évanouie. La « démocratisation » des structures a presque détruit le parti de McGovern, et s'est trouvé rapidement remisee dans les années qui ont suivi 1972.

L'insatisfaction devant les institutions, et notamment devant la performance des pouvoirs publics, demeure très répandue, mais aucun moyen n'a été trouvé de traduire cette attitude en résultats effectifs. La réaction contre les excès de la bureaucratie nourrit l'expansion même de celle-ci. Les politi-

---

1. La New Left américaine. N.d.T.

ciens et les défenseurs intéressés, actuels et potentiels, de l'intérêt général, prennent bonne note des frustrations que suscite l'ordre établi. Les propositions de résolution des problèmes sociaux naissent les unes après les autres, presque comme si elles étaient fabriquées à la chaîne, mais leur mise en œuvre apparaît requérir de manière générale un renforcement plutôt qu'un affaiblissement des éléments structurels responsables des problèmes. La régression sans fin qui caractérise ce qu'on a appelé « l'idée de service public » se poursuit. Quand quelque chose ne va pas, le gouvernement se voit demander d'édicter une réglementation. Si la réglementation échoue, on édicte une nouvelle réglementation, et ainsi de suite. Cela est le résultat inévitable de l'incapacité générale de comprendre le principe essentiel du laissez-faire : les résultats de l'interaction des gens laissés à eux-mêmes peuvent être, et sont souvent, supérieurs à ceux de l'intervention politique directe<sup>2</sup>. Une part essentielle de la sagesse du XVIII<sup>e</sup> siècle s'est perdue, et le message d'Adam Smith doit être répété à chaque nouvelle génération. (La science économique est à blâmer pour son incapacité à remplir cette tâche élémentaire, qui est pourtant le motif essentiel pour lequel elle pourrait demander le soutien du public.)

Mais il y a plus, et il ne suffirait pas que la sagesse du XVIII<sup>e</sup> siècle soit miraculeusement redécouverte pour que la situation se clarifie. Le paradoxe inhérent à la coexistence entre les frustrations qu'on peut observer devant les processus étatiques et l'expansion de ces mêmes processus telle qu'elle se poursuit repose en effet sur un phénomène plus profond et plus complexe, sur un paradoxe plus fondamental. D'où le titre du présent chapitre.

Comme nous l'avons dit, la société idéale est l'anarchie, où ni un homme ni un groupe n'exerce de coercition envers autrui. Cet idéal a reçu diverses formulations au cours des âges, et par des philosophes idéologiquement très hétérogènes. La phrase disant que « le meilleur gouvernement est celui qui gouverne le moins » va dans le même sens que l'expression parlant de « l'extinction de l'Etat ». La soif de liberté en l'homme est une constante de l'histoire et l'aversion multiforme de celui-ci pour la condition de gouverné a pour implication que ses prétendus maîtres, qui sont aussi des hommes, voient planer sans cesse la menace du refus d'obéir, de la révolte contre toute règle visant à imposer une conduite. Du point de vue de son intérêt personnel, la situation idéale pour chaque individu serait celle où il disposerait d'une liberté d'action totale tout en pouvant forcer les autres, par la répression, à satisfaire ses propres désirs. Ce qui veut dire que chacun aimerait être maître dans un monde d'esclaves. Sous l'angle du fonctionnement social, et sous

---

2. Dans ses premiers ouvrages comme dans ses travaux actuels, HAYEK a traité cette question de manière exhaustive ; voir ses *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, London, Routledge and Kegan Paul, 1967, et *Droit, législation et liberté*, vol. 1 : Règles et ordre, Paris, Presses Universitaires de France, 1980.

celui de ce qui est dans l'ordre du vraisemblable, la société anarchique des hommes libres, où chaque membre respecte le droit des autres, devient le rêve utopique. La réalité de l'ordre social est néanmoins bien différente du rêve, et les hommes (et les intellectuels) qui s'imaginent citoyens idéaux en puissance ne peuvent qu'être déçus par le passage à la pratique. Peut-être serait-il utile d'évoquer ici l'équivalence que Frank Knight ne cessait de rappeler entre ce qui est idéal et ce qui ne peut être espéré. Il n'en reste pas moins une foi légitime dans le « perfectionnement » et le « progrès », qu'il ne faudrait pas étouffer complètement. Le perfectionnement dans certaines limites, la foi dans le progrès tempérée par la raison, telles sont les attitudes, tout à l'opposé du romantisme, qui permettent à l'homme d'accepter les institutions dans lesquelles il vit tout en essayant de les changer de manière ordonnée et systématique. L'anarchiste qui réfléchit, l'anarchiste philosophe – il n'y a pas de contradiction entre les termes – est en ces conditions le seul à pouvoir élaborer les fondements constitutionnels d'une société libre et les changements de l'ordre établi qui éloigneront la menace du Léviathan.

Pourquoi le citoyen idéal adopterait-il cette position conservatrice ? Si tous les hommes sont moralement égaux, pourquoi ne pas établir l'utopie anarchiste ici et maintenant ? Doit-on renoncer à l'utopie seulement parce que certains ne se comportent pas de manière fraternelle ? Le problème est-il d'élargir les rangs de l'élite anarchiste jusqu'au point où tous pourront relever le défi ? Cette façon de penser, caractéristique de l'anarchiste-élitiste, n'ouvre aucune voie, directe ou indirecte, vers l'édification d'un ordre social libre.

## L'homme en tant que faiseur de règles

L'homme se regarde avant de regarder les autres. Il discerne que, dans la société d'aujourd'hui comme dans celle de demain, il n'est ni ange ni bête. Il adhère à des règles. Faiseur de règles, il s'impose délibérément des contraintes à lui-même afin de contenir ses tendances opportunistes et de les orienter vers des objectifs rationnels. Personne ne prétendrait que Robinson Crusoe n'est pas « libre » ; or, s'il est rationnel, il se fabriquera sans doute un réveille-matin, dispositif délibérément conçu pour influencer sur son adaptation comportementale à un environnement changeant<sup>3</sup>. Il est rationnel pour l'indi-

3. Après avoir rédigé ce chapitre, j'ai découvert que l'exemple du réveil avait été utilisé par John C. HALL à des fins relativement proches des miennes. De manière plus générale, l'interprétation scrupuleuse et convaincante à laquelle HALL soumet l'œuvre de ROUSSEAU semble montrer que plusieurs des éléments de l'analyse contractualiste développée ici étaient présents chez celui-ci. Les différences qui, selon HALL, séparent ROUSSEAU de HOBBS sont les mêmes que celles qui me séparent de ce dernier. Voir HALL, *Rousseau*, notamment (pour l'exemple du réveil), p. 95.

vidu de faire « gouverner » sa conduite par des règles et, en ce sens, Robinson est « gouverné » même avant l'arrivée de Vendredi. L'idée de l'« auto-gouvernement » comme choix rationnel constitue le point de départ obligé de toute analyse du fonctionnement de gouvernement dans une société de plusieurs personnes <sup>4</sup>.

Robinson s'impose des règles à lui-même parce qu'il a conscience de sa faiblesse devant la tentation. Il ne s'agit pas là d'une reconnaissance de l'existence du péché originel, mais simplement d'une prise en compte de ce que la personne qui fait ses choix connaît dans une certaine mesure ses réactions futures, et de ce que certains types de comportement sont préférables à d'autres quand on planifie dans le long terme. Rationnel, Robinson admet la nécessité pour lui de planifier ; malgré un environnement anarchique, il peut organiser systématiquement son existence afin d'en améliorer la qualité <sup>5</sup>. Avant de passer de Robinson à l'individu en société, notons toutefois que ce n'est pas par hasard que nous avons pris l'exemple du réveil. Robinson fabrique un réveil, un dispositif impersonnel et externe conçu pour limiter ses propres choix. Il pourrait aussi adopter des principes ou règles internes qu'il suivrait scrupuleusement. Mais une différence notoire sépare ces deux cas de figure, une différence qui prendra toute son importance quand des questions plus générales seront abordées plus loin dans ce chapitre. Avec un réveil, Robinson s'empêche de dormir à l'avance. Il se ferme une option qu'une simple règle volontaire garderait disponible. Même isolé dans un monde désert, il accepte littéralement d'être gouverné par son réveil s'agissant de l'heure à laquelle il commencera à travailler.

Une manière quelque peu différente de voir cela est d'imaginer que Robinson « conclut un contrat avec lui-même » en planifiant son emploi du temps. Il sait que, sous les tropiques, le bien-être exige de travailler avant que le soleil ne soit trop haut dans le ciel et, au cours de ses moments de réflexion, il s'entend avec lui-même sur le fait que le travail aux moments correspondants fait partie de ses normes de comportement optimal. Connaissant ses propres faiblesses, il craint néanmoins de ne pas être à la hauteur de ses exigences. Le réveil devient pour lui un agent d'application de la règle, un « gouverneur » qui a pour unique mission de faire respecter les contrats conclus. Pour être efficace, le « gouverneur » doit être extérieur à la personne qui connaît ses faiblesses.

---

4. Des problèmes psychologiques complexes se posent, même dans un modèle aussi simple d'auto-gouvernement : « L'idée de contrôle de soi est paradoxale, écrit MCINTOSH, à moins qu'on n'admette que le psychisme contient plus d'un système d'énergie, et que ces systèmes d'énergie jouissent d'une marge d'autonomie les uns par rapport aux autres. » Voir Donald MCINTOSH, *op. cit.*, p. 122 et s. ; et Gordon Rattray TAYLOR, « A New View of the Brain », *Encounter*, février 1971, p. 25-37.

5. Voir ROUSSEAU, *Du contrat social*.

Quand la sonnerie met fin à ses rêves, Robinson se trouve confronté au paradoxe du gouverné. Il se sent frustré par une contrainte qui limite le domaine de ses choix : sur le moment, il se sent « moins libre » que s'il s'était réveillé et levé de lui-même. Quand bien même cette frustration se reproduit chaque matin, Robinson peut fort bien continuer de régler son réveil chaque soir pour le lendemain matin. Le faiseur de règles rationnel ne craint pas d'arbitrer entre l'efficacité planifiée et la liberté, et prévoit dans le contrat un moyen de faire respecter sa décision.

Si j'ai examiné en détail cette sorte de calcul rationnel, c'est parce qu'il fournit une bonne introduction aux problèmes que soulève l'exécution obligatoire du contrat social. Tout comme Robinson décide de gouverner sa conduite au moyen d'un réveil, deux individus ou plus peuvent rationnellement choisir d'être gouvernés par des institutions qu'ils auront établies à l'avance. Prenons l'exemple simple d'une société de deux personnes. Sitôt que chacune des deux personnes a constaté l'existence de l'autre, une possibilité de conflit apparaît et un accord de désarmement peut paraître désirable, soit avant que le conflit n'éclate, soit après. L'accord passé devra contenir des règles de comportement qui impliquent une entente sur ce qu'on peut appeler une structure des droits. Chacune des parties étant toutefois consciente du peu de valeur d'une entente qui ne serait pas accompagnée de certaines garanties contre sa violation par l'autre, chacune souhaitera que soit mis en place au moment du passage du contrat initial un dispositif, un mécanisme, une institution d'exécution des obligations.

A ce stade, notre exemple de deux personnes devient trompeur en ce que l'exécution forcée des obligations contractuelles peut y sembler moins essentielle qu'elle ne l'est dans la réalité des interactions à plusieurs personnes. Cet inconvenient se trouve compensé par le fait que l'exemple met bien en lumière une caractéristique de l'application des lois qui pourrait sans cela passer inaperçue. Nous avons vu que les deux hommes de notre exemple souhaiteront l'établissement d'une institution d'application de la loi. La forme et la localisation de cette institution ne seront cependant pas sans importance à leurs yeux : aucune des deux parties ne voudra confier la tâche concernée à l'autre – et, de fait, ce genre de délégation d'autorité à l'un des contractants serait en contradiction avec l'idée même d'application de la loi. Les deux personnes rechercheront quelque chose d'analogue au réveil de Crusoé, un mécanisme *extérieur* aux participants (tous contrevenants potentiels), susceptible d'être programmé à l'avance et sur lequel il soit possible de compter pour détecter et punir de manière impersonnelle et impartiale les manquements au contrat. Elles attacheront une plus grande valeur à des institutions externes d'application de la loi qu'à des institutions internes et contestables<sup>6</sup>. (C'est mal pratiquer le baseball que de demander au receveur de faire l'arbitre).

---

6. Voir LOCKE, *Deuxième Traité du gouvernement civil*.

Elles préféreraient que ce soit un tiers, un étranger, une force extérieure au groupe, qui applique les règles mutuellement agréées. Dans l'idéal, un mécanisme tout à fait impersonnel, un robot qui ne ferait que suivre des instructions programmées, pourrait faire l'affaire. A défaut de cela, le recours à l'arbitrage d'un tiers fournit en pratique le meilleur « gouvernement ».

## L'Etat-protecteur comme arbitre extérieur

Quand on comprend les avantages d'un « gouverneur » externe pour faire respecter les contrats, une grande partie des ambiguïtés et des confusions qui entourent la théorie démocratique se dissipent. Le « gouvernement » ou l'Etat qui découle logiquement de ces calculs individuels est radicalement différent du « gouvernement » ou de l'Etat qui prend place comme instrument du contrat, comme outil des échanges complexes que requiert la fourniture des biens et services de consommation collective. Ce double rôle de l'Etat a été discuté plus haut, mais l'importance de la distinction justifie qu'on y revienne ici et dans cet autre contexte. Le paradoxe du gouverné vient en bonne partie de l'ignorance de cette distinction.

Pour insister sur celle-ci, j'ai appelé « Etat-protecteur » cette partie du gouvernement qui agit comme institution sociale d'application de la loi, et « Etat-protecteur » cette autre partie du gouvernement qui facilite les échanges de biens publics. La mission ou le rôle de l'Etat-protecteur est d'assurer le respect des termes du contrat théorique, la protection des droits. Nous avons vu que, dans ce rôle, l'Etat doit se situer à l'extérieur, être clairement séparé des individus ou des groupes dont les droits sont en cause<sup>7</sup>. On peut imaginer que les participants au contrat social « achètent » les services d'une agence de protection extérieure à peu près comme Robinson fabrique et règle son réveil. Ayant choisi et informé leur agent des règles ou conditions convenues, les participants n'ont plus et ne peuvent plus avoir voix au chapitre concernant les « décisions » que celui-ci prendra. Dans l'idéal, il n'y a aucune « décision » à prendre puisqu'il n'y a pas d'alternatives à évaluer. La tâche de l'agence de protection telle que définie conceptuellement est purement scientifique : déterminer si les termes du contrat ont été violés. Cela représente presque l'archétype du « jugement de vérité ». Même si une marge d'appréciation est inévitable, la réponse doit toujours être en termes de « vrai » ou de « faux ». Les dispositions ou les règles du contrat, « la loi », ont ou n'ont pas

7. Ce principe a effectivement été reconnu en certaines époques de l'histoire constitutionnelle de l'Angleterre.

été violées, et il n'y a pas de place pour la subjectivité morale de l'agent-arbitre dans ce choix. Les dispositions du contrat précisent les peines qui s'attachent à chaque infraction. Et une fois encore, l'agent extérieur n'a pas à introduire ses propres préférences dans ses « décisions ». (L'arbitre de baseball n'accorde pas arbitrairement des lancers additionnels aux joueurs de petite taille).

C'est précisément parce que « le gouvernement » (ou « la loi », c'est-à-dire l'Etat-protecteur qui fait respecter la loi) est et doit demeurer extérieur aux parties contractuelles, que les sanctions qu'il impose engendrent du mécontentement. Il n'est pas agréable pour Robinson de se faire tirer du lit par son réveil ; de même, celui qui est puni pour n'avoir pas respecté le contrat social, pour avoir « violé la loi », trouve-t-il le châtiment désagréable. Le fait que, dans un cas comme dans l'autre, l'agent qui applique la règle ait été rationnellement choisi par celui qui supporte les conséquences du choix, n'y change rien. On en déduira qu'en cas de violation du contrat démontrée ou reconnue, et lorsqu'il s'agit de faire respecter la règle et d'imposer le châtiment, la « démocratie participative » devient une absurdité.

Même dans les conditions les plus idéales du contrat social authentique, l'application forcée des dispositions convenues à un stade antérieur provoquera le mécontentement des contrevenants. Pour ceux-ci, l'Etat-protecteur qui veut faire respecter le contrat devient l'ennemi qu'il faut contrecarrer ou circonvenir. Cette aliénation vis-à-vis de l'Etat-police devient encore plus manifeste dans les conditions réelles de notre monde. Le contrat social actuel, implicite et continu, que représentent les institutions de l'ordre établi, est exogène par rapport aux participants, qui n'ont pas le sentiment d'avoir participé à la formulation des règles. Dans la mesure où ils se sentent étrangers par rapport à l'ordre contractuel établi, leur respect pour « la loi » et ses agents s'en trouve diminué. Les individus en viennent à ressentir qu'ils sont « gouvernés » non seulement par des institutions, par un système qui leur est extérieur au sens où ils n'y participent pas, ce qui est nécessairement vrai comme nous venons de le voir, mais aussi par des institutions totalement exogènes du point de vue contractuel. Ce qui veut dire qu'ils peuvent se sentir obligés de respecter les termes d'un « contrat social » jamais conclu et de se soumettre aux menaces de châtiment d'une agence sur laquelle ils n'exercent aucun contrôle direct ou indirect.

L'aliénation de l'homme moderne devant l'Etat-protecteur est exacerbée par la constatation que ceux qui y occupent des positions de responsabilité s'écartent eux-mêmes des règles de l'ordre établi, soit pour accroître leur pouvoir personnel, soit pour promouvoir une éthique et des buts subjectifs. Dans ces conditions, sans doute est-il impossible pour lui de voir en l'Etat autre chose qu'une entité arbitraire et répressive. A ce stade, il ne respecte les lois établies que parce qu'il craint personnellement d'être pris et puni. Il peut rechercher éventuellement des moyens indirects d'échapper aux interférences

arbitraires et capricieuses qui entravent sa liberté d'action. Toutes les semblances d'« auto-gouvernement » telles qu'elles peuvent encore exister à la marge du fonctionnement de l'Etat actuel, disparaissent.

## L'Etat-producteur incorporé dans le contrat post-constitutionnel

Comme nous le faisons remarquer plus haut, l'Etat que nous analysons possède deux aptitudes. L'une d'elles, celle liée à ce qu'on peut appeler l'Etat-producteur, diffère par principe de celle qui consiste à faire respecter les règles. Dans son rôle post-constitutionnel, l'Etat s'assimile au processus constitutionnel par lequel les citoyens réalisent ensemble des objectifs communs, il devient un moyen de faciliter les échanges complexes que les citoyens réalisent *entre eux* sur la base des droits attribués à chacun par la structure légale qui fonde le processus d'échange comme tel. Dans ce rôle, l'Etat fait partie de la communauté, il lui est *intérieur*, et, une décision politique en son cadre ne peut avoir un sens que si elle traduit les valeurs individuelles qui s'expriment alors. L'évocation chez Lincoln du gouvernement « par le peuple » décrit bien les procédures de choix au jour le jour dont il s'agit. La participation aux choix collectifs devient là un attribut désirable. Comme nous l'avons noté, l'unanimité wicksellienne représente la règle idéale de prise de décision ; les écarts par rapport à elle ne sont justifiables qu'en raison des coûts excessifs du véritable consensus. Mais même si on reconnaît l'inévitabilité de ces écarts dans la pratique, le processus de décision ne peut jamais être conçu autrement que par référence au consensus unanime.

Dans ce rôle, l'Etat ne va pas « protéger » des droits individuels déterminés. Il s'identifie à un *processus de production* conçu pour aider la société des hommes à accroître leur niveau de bien-être économique, à se rapprocher de la frontière de l'efficacité. C'est seulement par l'intermédiaire des processus étatiques-collectifs que les individus peuvent se procurer les avantages des biens et services caractérisés par la non-rivalité et la non-exclusivité et qui ne seraient autrement offerts qu'en quantité sous-optimale, voire pas du tout<sup>8</sup>. Dans ce domaine, les décisions étatiques impliquent des négociations sur les quantités et le partage des coûts. L'entente passe par des compromis entre des demandes conflictuelles, par un recours maximum aux divers mécanismes de

8. Il convient de bien insister sur la relation qui existe entre les biens qui présenteront ces caractéristiques et les droits qui ont été attribués dans le contrat constitutionnel fondamental. La frontière entre biens privés et biens publics dépend en partie de la façon dont les droits de propriété sont définis.

compensation, et par la promotion d'échanges indirects entre les personnes et les groupes. Rien n'est plus étranger à ce rôle que les jugements de vérité auxquels nous avons assimilé les décisions de l'Etat-protecteur. Le processus étatique de production et de financement de la défense nationale doit, par exemple, réaliser des arbitrages entre plusieurs demandes conflictuelles, ce qui produit un niveau de dépense médian. Il ne s'agit pas d'un choix manichéen en termes de « ou ceci, ou cela » et le niveau de dépenses finalement décidé ne peut, à proprement parler, être décrit comme « vrai » ou « faux ». Les résultats des processus institutionnels de l'Etat-producteur ne sont pas « scientifiques ». Ils découlent des actions des individus, et non d'une réalité empirique objective. Ils reflètent la distribution relative des valeurs entre les personnes telle que retraduite par les règles de décisions inscrites dans la constitution, règles qui prévoient la participation des parties concernées justement parce que cette participation est la seule manière de révéler les préférences de celles-ci.

Les décisions concernant les quantités de biens et services publics à produire et les moyens de répartir leur financement constituent elles-mêmes des contrats qui, comme tels, sont aussi exécutoires. Cela jette naturellement des ponts entre l'Etat-producteur et l'Etat-protecteur. Ce qu'on observe dans la réalité de l'Etat est un mélange des deux composantes auxquelles s'ajoutent quelques autres aspects qu'il nous reste à analyser.

## Les experts et la démocratie

L'exposé de la double aptitude et du double rôle de l'Etat auquel nous venons de procéder pourrait nous conduire à dire quelques mots des implications résultant. Imaginons, pour commencer, une situation dans laquelle l'Etat-producteur ne serait pas nécessaire. Aucun bien ou service ne peut être consommé ou utilisé plus efficacement au moyen de l'action collective que par la voie du marché. Les individus se sont vus attribuer des droits à des dotations de ressources par un contrat constitutionnel qui, pour être implicite, n'en est pas moins fondamental et que doit faire respecter une agence extérieure, l'Etat-protecteur. Ils sont, sur cette base, libres de négocier entre eux tout échange mutuellement avantageux, et les conditions convenues sont rendues exécutoires par l'agence. Dans un contexte de ce genre, la « forme » de l'Etat ne devrait avoir que peu ou pas d'importance. Aussi longtemps que l'agence de protection n'outrepasse pas son mandat, ses limites constitutionnelles, les citoyens ne devraient pas avoir à se préoccuper des moyens précis qu'elle utilise. La question, sur le plan des principes, n'est pas plus préoccupante que celle que se pose Robinson lorsqu'il se demande s'il doit fabriquer son réveil en bois de noyer ou en bois de cocotier. Aussi longtemps que le

dispositif fonctionne, les détails de sa construction et de sa mécanique n'importent pas.

Une relation peut, bien sûr, exister entre l'efficacité de l'institution de protection et la forme de son organisation. Et, aspect plus important, cette même forme peut impliquer que l'institution en vienne à outrepasser son mandat. Mais ces questions sont très différentes de celles qui concernent la « forme » du gouvernement dans l'Etat-producteur. Prenons le cas du jury. Partie intégrante de l'institution susdite, le jury rend de véritables jugements de vérité. Il n'est pas impossible que son efficacité dans la recherche de la vérité varie avec la forme de son organisation : un jury de douze hommes est peut-être plus efficace qu'un jury composé de dix ou de six hommes, ou inversement ; mais il n'existe pas de raison essentielle permettant de choisir une forme plutôt qu'une autre. On peut dire à peu près la même chose des règles liées au verdict à l'issue d'un procès : l'exactitude d'un jugement peut varier selon que celui-ci doit être rendu à l'unanimité ou non, mais il n'existe pas de règle qui soit préférable en toutes circonstances. Prenons encore le cas d'un juge dans une commune isolée. Son élection est peut-être préférable à une nomination faite au hasard ou à une autre méthode de sélection. Mais il n'y a pas de motif logique pour préférer ici le processus démocratique puisque la fonction à exécuter ne relève en principe pas des valeurs individuelles, mais consiste plutôt à établir des faits objectifs et à mener des actions bien déterminées. L'idée d'une « représentation » des divers groupes d'intérêts au sein des juridictions supérieures où siègent plusieurs juges et, plus nettement encore, l'idée d'une « représentation » des parties en cause dans la constitution des jurys donnent la mesure de la formidable confusion qui règne en notre époque<sup>9</sup>. Elles sont représentatives de l'incapacité de faire la différence entre l'Etat-protecteur et l'Etat-producteur, entre l'application externe de la loi définie par le contrat et le contrat lui-même.

On peut soutenir que, pour accomplir son rôle d'application de la loi, l'Etat devrait embaucher des « experts », des « savants » qui recherchent la « vérité » et qui scrutent les « faits », des gens qui ont une formation spécialisée en droit. Si on la maintient dans certaines limites, la délégation du pouvoir d'appliquer la loi à une élite judiciaire se justifie, logiquement et rationnellement. Le problème est bien évidemment de maintenir cette élite à l'intérieur des limites susdites. C'est ainsi qu'on peut envisager d'incorporer des procédures démocratiques incluant la représentation d'intérêts particuliers au sein de la structure de l'Etat-protecteur, au nom du fait que cela semble le seul moyen d'exercer un contrôle ultime sur les experts à qui est déléguée la mission de faire respecter la loi. Ne pouvant pas se retirer librement de la par-

9. Bien qu'il n'adopte pas la distinction proposée ici, Donald L. MARTIN procède à une approche économique intéressante de l'institution du jury. Voir Donald L. MARTIN, « The Economics of Jury Conspiration », *Journal of Political Economy*, vol. 80, juillet-août 1972, p. 680-702.

tie, les joueurs demandent à conserver le pouvoir de congédier l'arbitre, quand bien même ils discernent que cette intrusion sera, *ceteris paribus*, cause d'inefficacités.

Les évaluations scientifiques ou les opinions d'expert apparaissent, par contre, tout à fait inadaptées aux décisions de l'Etat-producteur, et dans ce cas, les procédures démocratiques sont nécessaires. La « forme » de l'Etat prend ici toute son « importance : c'est l'Etat-producteur qui dépense des milliards, et qui dit le faire pour le « bien-être général ». La méprise qui consiste à vouloir introduire la démocratie au cœur de l'Etat-protecteur a là pour contrepartie la méprise consistant à vouloir que l'Etat-producteur offre des biens et services aux citoyens en fonction d'« objectifs sociaux » ou de « l'intérêt national » plutôt qu'en fonction des demandes exprimées par les citoyens eux-mêmes. Cette seconde méprise est entretenue par la nécessité pratique de laisser une certaine latitude à l'administration et par l'incapacité intellectuelle de distinguer les normes de procédure des normes substantives.

Les coûts qu'entraîne la prise de décision ont pour implication que de vastes pouvoirs discrétionnaires sont confiés aux bureaucrates de l'administration. Les assemblées représentatives, qui sont elles-mêmes décalées d'un cran par rapport aux demandes des électeurs, peuvent difficilement émettre un vote séparé concernant chaque partie d'un budget complexe. Il s'ensuit un déplacement naturel des décisions d'affectation économique vers le pouvoir exécutif, vers la bureaucratie, où, en l'absence de critère permettant d'évaluer les demandes des citoyens, la tentation de recourir aux « experts » devient irrésistible. Comment, en effet, le bureaucrate peut-il prendre les décisions d'allocation qui sont sous sa juridiction ? En fonction de ses préférences personnelles ? Ou en faisant appel à ce qu'il croit être le « bien-être général » ou « l'intérêt général » ? Certaines de ces options sont sans doute « meilleures » que d'autres ; mais l'admettre signifie qu'on a subtilement ajouté des normes substantives aux normes de procédure qui définissent le processus décisionnel lui-même. Du point de vue de l'observateur extérieur, *tous* les résultats produits par la procédure du contrat libre se valent, les seules conditions étant que les procédures établies soient respectées, que le processus lui-même soit efficace, et que les intérêts des parties soient les seuls à être pris en compte. Si tout cela est fort clair quand on parle des échanges ordinaires sur le marché, la question s'obscurcit néanmoins quand on passe à l'activité de l'Etat dans la fourniture de biens et services. Comme nous l'avons vu, il faut interpréter cette activité comme l'approximation d'un échange complexe impliquant tous les citoyens. Si une interprétation de cet ordre est correcte, tout ce qui résulte de procédures de décision convenues et efficaces est également acceptable. Encore que, lorsqu'on prend en considération le fait que l'activité concernée s'écarte forcément des règles strictes de l'échange volontaire, l'hypothèse de la neutralité absolue de tous les résultats devient plus difficile à défendre.

## **Les fonctions de pertes individuelles et les normes de procédure**

Malgré les fondements contractuels de l'Etat-producteur, les prises de décision étatiques en son cadre s'écartent, sur un plan opérationnel, du contrat libre. En fait, l'efficacité relative des institutions étatiques dans la fourniture des biens et services véritablement publics peut justement se trouver considérée comme provenant de la réduction des coûts qu'entraînent les écarts autorisés par rapport à des négociations exclusivement volontaires. Ces écarts mêmes font, cela dit, que certains des participants seront dans presque toute décision contraints de respecter des conditions qu'ils récusent. Les choix budgétaires et fiscaux ne respectent pas l'unanimité wicksellienne, et il en résulte que certains participants encourront des pertes d'opportunité. L'existence de ces pertes constitue une autre raison du grand paradoxe du gouverné.

Preçons une municipalité qui a toujours fonctionné sous une constitution qui requiert que les choix budgétaires soient votés à la majorité simple, et au sein d'assemblées regroupant tous les habitants. (Ce modèle extrêmement simple nous permettra d'éviter les complexités inutiles liées aux procédures représentatives.) Supposons que la proposition soit faite de financer un nouvel auditorium par l'augmentation du taux général de l'impôt foncier, et que, ayant recueilli la majorité des voix de l'assemblée, la proposition soit adoptée. L'adoption implique pour tous ceux qui y étaient opposés une perte d'opportunité liée au fait que le résultat n'est pas celui qu'ils espéraient. Pour ces membres de la minorité déçue, les dépenses engagées sont excessives, mais le comportement électoral tel qu'il est observable ne leur laisse aucun espoir de faire prévaloir leurs vues sur ce point. Ils seront donc incités, individuellement ou en groupe, à proposer des projets de dépense qui leur sembleront préférables et qui pourraient leur rapporter des avantages supérieurs à la proportion du coût fiscal qu'ils auront à supporter. Eux-mêmes ou un entrepreneur politique qui comprend leur intérêt se mettront donc en quête d'un projet susceptible de réunir la majorité des voix. Dans la mesure pourtant où le projet concerné, une piscine par exemple, viendra s'ajouter au budget municipal, une nouvelle minorité déçue émergera. Même parmi ceux qui ont approuvé le projet d'autorium, certains trouveront le budget trop lourd, et ceux-là subiront à leur tour une perte d'opportunité. Tous ceux qui ne font pas partie de ces deux majorités verront, eux, leurs pertes d'opportunité s'accroître à mesure de l'augmentation du budget, et ils seront plus motivés encore pour réclamer une plus grande « justice » dans les dépenses publiques et pour faire approuver au moins quelques-uns des projets auxquels ils accordent une valeur.

Dans un processus permanent de ce type, et aussi longtemps que l'incidence des impôts demeure plus neutre que la distribution des avantages résultant des dépenses, les activités de l'Etat imposent des coûts d'opportunité nets à chacun des membres de la communauté. Chacun des citoyens est à même de juger trop élevé le montant total des dépenses, et de trouver que les avantages de certains postes du budget sont inférieurs aux obligations fiscales qui les accompagnent. Il en est ainsi même si chaque projet de dépense considéré isolément est «efficient» du strict point de vue de l'affectation des ressources. Rien ne permet d'affirmer, cela dit, que tous les projets approuvés par une majorité seront efficaces dans le sens indiqué, surtout en l'absence d'un mécanisme efficace de paiements compensatoires. La possibilité de recourir au *logrolling*<sup>10</sup> favorise l'adoption de projets bénéficiant à certaines minorités, mais ne modifie pas la situation générale de frustration budgétaire<sup>11</sup>. Tout budget a, ajouterions-nous, deux parties : les dépenses doivent être financées. Et un processus analogue à celui que nous venons d'esquisser accompagne les écarts par rapport à la neutralité fiscale décidés par des majorités. Supposons qu'une première proposition soit faite visant à réduire le fardeau fiscal de la majorité en alourdissant celui de la minorité. S'apercevant de la perte qu'ils subissent, les gens de la minorité chercheront leur salut dans l'assemblage d'une majorité différente qui demandera en sa faveur d'autres exceptions fiscales. Si le processus se poursuit, chaque personne pourra finir par se retrouver dans une position où elle considérera que la structure fiscale est injuste et inéquitable, ce qui signifie que chacun ressentira les échappatoires dont disposent les autres comme inadmissibles.

La direction des distorsions budgétaires que le choix majoritaire peut engendrer n'est pas ce qui me préoccupe ici. Peu importe s'il en résulte des budgets qui, selon les critères ordinaires d'efficacité, peuvent être jugés trop élevés ou si, les distorsions s'annulant, les budgets peuvent sembler être d'une dimension «correcte». Même si l'Etat-producteur fonctionne strictement selon les normes de procédure fixées au stade constitutionnel, et même si la fourniture et le financement étatiques de biens et services publics constitue l'arrangement institutionnel le plus efficace, les individus, qui, en fin de compte, reçoivent les avantages et paient les coûts, peuvent se sentir contraints. Et contraints par une coercition différente de celle qui est ressentie par celui qui est simplement obligé de respecter les clauses d'un contrat signé par lui. Même lorsque le fondement contractuel de l'activité gouvernementale se trouve reconnu en théorie, il suffit que les règles de décision collective s'écartent de l'unanimité pour que les individus éprouvent le sentiment que des dispositions inacceptables leur sont imposées. La nature même de l'Etat-

10. Marchandage et échanges des votes entre les parlementaires pour s'assurer d'appuis réciproques en faveur de leurs projets préférés. N.d.T.

11. Pour une analyse plus approfondie, voir BUCHANAN et TULLOCK, *The Calculus of Consent*.

producteur, précisément parce que son fondement est contractuel, exacerbe ce sentiment de coercition. L'individu se soumet aux « règles » imposées par un Etat-protecteur, qu'il ressent comme extérieur à son champ d'influence ; il respecte la loi parce que c'est la loi et qu'il ne voit pas comment ses propres actions pourraient la changer. Mais il n'est pas aussi bien disposé devant les conséquences des choix budgétaires démocratiques, qu'il s'agisse des dépenses ou des impôts, parce qu'on l'a encouragé à considérer qu'il exerce une influence dans ce domaine, qu'il participe activement à une démocratie opérationnelle.

La frustration fiscale que le citoyen ressent devant l'Etat augmente nécessairement lorsque la dimension du secteur public s'accroît par rapport à celle du secteur privé de l'économie. A mesure que les pouvoirs publics, et notamment l'Etat central, en viennent à contrôler une part plus grande des ressources économiques, à mesure que des activités spécifiques tombent sous la coupe de la collectivité, les critères personnels avantages-coûts sont de plus en plus malmenés. Prenons un exemple. Si l'Etat se confine à un rôle de protection, tous les échanges sont privés et volontaires. La liberté pour l'individu de ne pas participer à une entente garantit que l'adhésion forcée à des conditions défavorables se maintiendra à un strict minimum. (Ce principe reste vrai, même si tous les marchés ne sont pas pleinement concurrentiels ; mais le degré de monopole affectera évidemment le nombre et la diversité des options de chaque participant au marché.) Quand l'Etat-producteur assume son rôle et prend en charge le processus d'échange complexe que représente l'offre des biens publics, le citoyen moyen peut s'attendre à être rarement satisfait, s'il l'est jamais, du budget global, qu'il sera pourtant obligé d'accepter et de financer. Dans pratiquement n'importe quel budget public, il préférera que certains postes de dépenses soient mieux pourvus, que d'autres soient réduits, même si le montant total n'est pas en cause. Il préférera aussi des dépenses totales plus ou moins élevées que celles qui lui sont imposées. Pour ce qui concerne les prélèvements obligatoires, il préférera nettement que sa part soit réduite en comparaison de celle des autres. A mesure que le budget augmente et se complexifie, l'individu risque d'être de plus en plus insatisfait de l'Etat et ce, même si chacune des activités de ce dernier prise à part est efficiente.

De même que les pertes d'opportunité des individus s'accroissent avec la dimension et la complexité du budget, de même sont-elles directement fonction du degré de centralisation du secteur public. Il est connu depuis longtemps que le sentiment de la participation aux décisions collectives est plus net au niveau local, sentiment très rationnel puisque l'influence d'une personne sur les décisions du groupe est inversement proportionnelle à la dimension de celui-ci. Un autre fait, bien moins connu mais tout aussi fondamental, est que le processus de gouvernement au niveau local se rapproche davantage du véritable échange volontaire en raison de la plus grande liberté d'émigration. Les limites de l'exploitation fiscale des individus sont atteintes plus rapi-

dement par les gouvernements locaux que par l'Etat central. Les seuils de migration dans une économie nationale formée d'un grand nombre de communautés locales et caractérisée par une forte mobilité des ressources sont plutôt bas, ce qui correspond du reste à l'expérience américaine au XX<sup>e</sup> siècle.

## Le respect du contrat présumé

Dans l'Etat producteur, les coûts de transaction impliquent que les décisions qui lient tous les membres de la communauté soient prises par un sous-ensemble des participants au contrat présumé. Une fois prises, néanmoins, ces décisions sont mises en œuvre comme le sont celles résultant de négociations purement volontaires entre les personnes. Afin que cette mise en œuvre soit assurée, l'Etat producteur doit faire appel à son complément, l'Etat-producteur.

Pour le citoyen individuel qui s'oppose à une décision particulière, la contrainte qu'il subit alors ne peut apparaître différente en quoi que ce soit d'une violation exogène de ses droits. Il est forcé de se conformer à des choix que d'autres ont fait pour lui et qui peuvent entraîner une réduction nette de la quantité de biens matériels qu'il contrôle. On prélève contre son gré des impôts sur ses revenus pour financer des biens et services auxquels il attache moins de valeur qu'aux biens privés qu'il aurait pu acheter sans cela. L'action de l'agence d'application des lois est ici bien différente de ce qu'elle est par rapport aux contrats ordinaires. En ce second cas, les droits sont présumés bien définis au départ, les termes de l'accord bien connus et acceptés, et la tâche de la police est « scientifique » et ne consiste qu'à déterminer si l'entente contractuelle explicite a été violée ou non. Dans le premier cas, il s'agit plutôt de faire respecter le contrat fiscal présumé que constitue la décision de produire et de financer un bien public. Supposons qu'une proposition de dépense et un impôt pour financer celle-ci aient été votés par la majorité requise à l'assemblée législative, et qu'une forte minorité de citoyens s'y oppose. Le rôle de l'agence sera de déterminer quels droits les individus détenaient avant le contrat et dans quelles limites, le cas échéant, ces droits peuvent être coercitivement et unilatéralement supprimés par le contrat présumé constitué par la décision.

L'agence d'application des lois peut, en théorie, agir sur un mode « scientifique », mais son champ discrétionnaire n'a plus les mêmes limites. Sa marge de décision s'est agrandie, des évaluations, des jugements de « valeur » sont maintenant admis par elle en supplément des analyses de « vérité ». Prenons aux fins de comparaison un contrat ordinaire entre deux personnes : si A

s'est engagé à rembourser à *B* l'emprunt de 100 francs contracté auprès de lui, l'institution judiciaire n'a qu'à déterminer si oui ou non il a respecté les termes du contrat. Mais que se passe-t-il si, dans une collectivité de trois personnes, *A* et *B* imposent à *C* le paiement d'un impôt de 110 francs destiné à financer un projet collectif? Si *C* n'est pas d'accord et refuse de payer, il n'aura violé aucune entente ni aucun contrat explicite conclu avec ses pairs. Celui qui est chargé d'appliquer la loi, l'arbitre, devra donc faire bien plus que de déterminer si *C* a obéi ou non. Il devra décider si le contrat présumé est lui-même « constitutionnel ». Nous avons déjà noté qu'en théorie, il s'agit là aussi d'une question factuelle ou scientifique. Mais, en pratique, les constitutions sont généralement peu explicites sur ce qui concerne les droits que les coalitions dominantes peuvent avoir d'imposer des obligations à tous les membres de la société. Au fil de l'histoire, les tribunaux américains ont jugé que seule la discrimination explicite est interdite. Si les impôts apparaissent raisonnablement « uniformes », les minorités ne peuvent généralement pas en appeler à la constitution, quels que soient la répartition des avantages ainsi financés ou le caractère coercitif de la mesure <sup>12</sup>.

Ce qui doit être souligné ici est que la nécessaire intervention du bras judiciaire, externe, de l'Etat dans le contrat social que sont censées refléter les décisions collectives concernant le financement et l'offre des biens collectifs place en théorie celui-ci dans une position supérieure. L'Etat-protecteur doit faire échec aux excès possibles de l'Etat-producteur qui le complète. Laissées à elles-mêmes, les majorités peuvent imposer des coûts discriminatoires aux minorités. La règle de la majorité sans garde-fou constitutionnel peut produire des résultats aussi éloignés que possible de la légitimité contractuelle. Il n'en reste pas moins que l'octroi d'un pouvoir de contrôle au bras judiciaire de l'Etat donne lieu à un inquiétant paradoxe. Dans un régime de gouvernement majoritaire produisant et finançant des biens publics, l'individu qui a le droit de vote peut exercer un certain contrôle sur le système par l'intermédiaire des majorités de coalition qui se succèdent. Même si certains résultats spécifiques peuvent le laisser insatisfait, sa participation a une valeur effective, sauf dans les situations de division profonde de l'électorat. Face à l'agence d'application des lois, l'individu ne dispose, par contre, pas de ce recours. Le transfert de l'autorité finale à cette partie de l'Etat réduit donc l'influence de l'individu.

---

12. Le lecteur intéressé par un examen détaillé de l'exigence constitutionnelle d'uniformité des impôts aux Etats-Unis et de l'histoire de son interprétation par les tribunaux consultera David TUERCK, « Constitutional Asymetry », *Papers on Non-Market Decision Making*, vol. 2, 1967 (revue maintenant appelée *Public Choice*), qui insiste tout particulièrement sur l'asymétrie existant à cet égard entre les recettes et les dépenses au sein du budget ; pour un examen encore plus exhaustif, voir la thèse de doctorat du même auteur : *Uniformity in Taxation, Discrimination in Benefits : An Essay in Law and Economics*, University of Virginia, 1966.

## Quand l'application de la loi empiète sur le contrat

L'aliénation générale de l'individu devant l'Etat est encore exacerbée quand celui qui applique la loi accroît son pouvoir et empiète sur le domaine précisément réservé au fonctionnement postconstitutionnel de l'Etat présumé contractuel. La tentation d'empiéter qui s'exerce sur les hommes chargés d'appliquer la loi est en relation directe avec l'autorité qui leur est reconnue et le respect que leur portent les particuliers et ceux qui travaillent dans le secteur contractuel de l'Etat. Si on en vient à admettre de plus en plus largement que seule l'agence d'application des lois (les tribunaux) a le pouvoir de juger de la « constitutionnalité » d'un projet présumé contractuel (un budget, par exemple), et qu'en supplément le jugement final rendu par celle-ci est sans appel, on ne s'étonnera guère qu'elle finisse par confondre « constitutionnalité » et « bien public », cette dernière notion se trouvant définie sur un mode personnel et privé. (Si les autres le traitent comme s'il était dieu, un homme peut finir par les croire.) Le phénomène est particulièrement net quand les philosophes du droit et les philosophes politiques eux-mêmes ne discernent plus quels sont les critères et où passent les démarcations.

En pratique, on ne peut éviter toute ambiguïté dans les institutions et la frontière conceptuelle qui sépare l'application de la loi et le contrat lui-même peut rarement demeurer étanche. Il est néanmoins très important que les ambiguïtés soient minimisées, et que tout empiètement, dans une direction comme dans l'autre, soit identifié comme tel et, si possible, corrigé. Une des principales raisons de l'insatisfaction que l'Etat a suscitées au cours des années 70 tient à l'incapacité des différents organismes étatiques de s'en tenir chacun à leurs rôles respectifs. Aux Etats-Unis, les juridictions fédérales, qui constituent nécessairement une composante essentielle de l'Etat-protecteur, mais dont la mission ne comprend ni la reformulation du contrat constitutionnel fondamental, ni la fourniture de biens et services publics, ont cherché et obtenu l'autorité morale de définir les « biens publics », et ont utilisé des critères de décision énoncés en termes d'« intérêt de la société » qui se sont avérés de plus en plus éloignés des clauses du contrat, explicite ou présumé. Qu'on soit d'accord ou non avec les valeurs qui ont dicté tel ou tel de leurs jugements, on doit reconnaître qu'elles ont ainsi adopté une attitude qui viole ouvertement et la frontière conceptuelle qui sépare le contrat constitutionnel de sa mise en œuvre, et celle séparant l'agence d'application des lois et l'Etat-producteur. Comment s'étonner que le citoyen soit dérouté ? En me référant au contexte américain des années 70, je n'entends pas suggérer que le système américain, dans sa conception originelle et dans son fonctionnement, correspondrait précisément au modèle développé ici, et que des distorsions

survenues au cours des récentes décennies l'auraient éloigné de ce qu'il était. Mes analyses offriront au contraire, je l'espère, un moyen d'examiner au fil du temps le fonctionnement d'un système qui n'a jamais été qu'« imparfait ». Et je dirai sur ces bases que l'application prudente du modèle politique démocratique à l'Amérique moderne permet de diagnostiquer en celle-ci des anomalies flagrantes. J'ajouterai aussi que, pour partie en raison de l'accroissement phénoménal de la dimension de l'Etat, ces anomalies sont une explication de l'intensité avec laquelle le citoyen ordinaire vit le paradoxe du gouverné.

## Chapitre

# 7

---

## La loi comme capital public

**L**'homme fait des lois ; il se distingue en cela des autres animaux, il s'impose délibérément des contraintes, il fait la différence entre la prévision rationnelle et la réponse aux stimuli. Les lois qu'il s'impose en tant qu'individu isolé sont toutefois très différentes des lois auxquelles il consent en société. Par le biais des secondes, il accepte des restrictions sur son propre comportement non pas parce que celles-ci lui permettront d'améliorer directement son propre bien-être, mais en échange de l'acceptation par les autres parties au contrat de restrictions semblables sur leur propre comportement. Autrement dit, il ne conclut pas un contrat social dans le but de s'imposer des contraintes à lui-même, car il y aurait des moyens plus efficaces de le faire. Il s'entend avec les autres pour obtenir qu'ils limitent leurs propres actions. L'individu considérera que son adhésion à la loi ne comporte pour lui que des inconvénients, sauf sous l'angle de ce qui concerne le comportement des autres. Cette limitation de sa liberté représente pour lui la colonne débit du contrat social. S'il s'en tient strictement aux principes de la rationalité, il essaiera de maximiser le respect de la loi par autrui et de minimiser le respect de la loi par lui-même. La loi n'est qu'une relation réciproque entre les parties, une incarnation du contrat. Elle est volontariste comme l'est n'importe quelle relation contractuelle ; les parties s'entendent sur un ensemble de clauses. Mais il ne s'ensuit pas qu'en l'absence de mise en application effective, le respect unilatéral des clauses permettrait une maximisation de l'utilité. Chaque partie sera incitée à violer le contrat et à ne pas observer la loi si elle peut prédire que son comportement n'entraînera pas celui des

autres. L'intérêt personnel fournit peu de raisons de respecter les termes d'un contrat purement « externe », sauf au sens où ce respect représente le « paiement » nécessaire pour obtenir une réciprocité. Le respect unilatéral de la loi, considéré isolément, constitue pour les autres une économie externe pure.

Les analyses des chapitres 2 à 4 ont présenté les limites imposées par la loi à l'action individuelle comme un produit du contrat constitutionnel fondamental. Avant que ces limites ne viennent à être, les individus ne sont pas « définis » assez précisément pour que des échanges ou contrats postconstitutionnels soient possibles. Comme nous l'avons noté, et la théorie des biens privés et la théorie des biens publics reposent essentiellement sur la présupposition qu'il existe, imbriqué dans une structure légale opérationnelle, un ensemble nettement défini de droits individuels. Bien que cela n'y soit pas souvent énoncé de manière explicite, il y est souvent présupposé aussi qu'il existe une démarcation claire entre les relations sociales où le comportement est limité par des lois formelles et celles en lesquelles l'anarchie reste le principe organisateur.

C'est cette dernière présupposition que nous devons maintenant abandonner. La formation du contrat constitutionnel est continue. « Le droit » est un processus ininterrompu de changement et de modification : on voit sans cesse les sociétés imposer de nouvelles contraintes sur les comportements individuels, faire passer des comportements humains de l'anarchie au régime du droit. On observe, ou on devrait observer, simultanément le passage de certains comportements du droit vers l'anarchie. L'ordre constitutionnel établi est en fait dynamique. Le compromis entre la liberté individuelle, qui n'est totale qu'en l'absence de lois, et l'ordre, qui requiert des contraintes légales formalisées, varie avec les préférences, la technologie et les ressources.

L'objet de ce chapitre est d'abord d'examiner la nature de ce compromis à l'aide des outils usuels de la théorie des biens publics, quand bien même théorie des biens publics et théorie des biens privés seront l'une et l'autre prises en compte. Une seconde incidence nous conduira à analyser la structure légale en tant que capital.

## La loi et les biens publics

Dans la mesure où la loi a les origines contractuelles que nous avons énoncées plus haut, ou tout au moins dans la mesure où elle peut être expliquée « comme si » elle avait ces origines, elle relève de l'économie externe *pure*. Cette caractéristique la distingue des interactions plus classiques entre des gens concernant des biens publics. A des fins de comparaison, on pourrait rappeler l'exemple classique du phare et de la communauté de pêcheurs. En l'absence d'intervention collective, il se peut qu'une personne offre, au moins

en partie, un service de signalisation de ce genre ; ce faisant, elle fait bénéficier les autres personnes d'une économie externe importante. Mais elle s'assure aussi d'une partie des avantages du phare. L'économie externe n'est pas pure : tous les avantages du bien public ne vont pas à des tiers. L'existence d'avantages externes significatifs permet de prévoir que les actions privées et les comportements individualistes produiront un niveau sous-optimal du service concerné, ce qui signifie qu'en temps normal trop peu de ressources lui seront consacrées. Mais elle ne permet pas de prévoir l'inexistence du service en l'absence de contrat collectif ; des individus peuvent fort bien, selon la configuration des coûts et la dimension de la communauté, investir certaines ressources dans la production de celui-ci.

Dans le domaine de « la loi », il est impossible que cela se produise, quelle que soit la dimension de la communauté. Précisément parce que le respect de la loi relève de l'économie externe pure, et implique un comportement qui n'apporte aucun avantage personnel privé, la modélisation économique prédira son absence totale dans un contexte strictement individualiste. (Je fais abstraction ici des principes moraux ou éthiques susceptibles de conduire les gens à agir comme si le contrat fournissait des raisons d'adopter des comportements réciproquement avantageux. Faire abstraction de ces phénomènes pour les fins de l'analyse n'équivaut, bien sûr, pas à en nier l'existence ni à affirmer que leur existence éventuelle serait dénuée de conséquences empiriques.) Pour employer un langage plus technique, la « loi » telle qu'analysée ici est de l'ordre d'un bien de consommation collective, ou bien public pur<sup>1</sup>, par rapport auquel les actions d'adaptation indépendantes produisent une solution monopolistique [*corner solution*] pour chaque individu. Personne ne fournira aux autres de son propre chef les avantages de l'observation de la loi, cette observation étant définie comme le respect inconditionnel des droits attribués à tous les autres membres de la communauté. Le calcul des probabilités nous dit que si un seul individu, *A*, décide de respecter les droits de *tous* les autres membres du groupe *n*, il s'ensuit que chacun des *n-1* autres individus voit ses droits mieux garantis.

Une autre différence entre « la loi » et le phare en tant qu'exemple de bien public peut être signalée. Dans ce dernier cas, même si la configuration des coûts porte à croire que nul individu n'ira de lui-même investir dans la production de l'économie externe, des arrangements sous forme de club ou de coopérative peuvent prendre place qui concerneront quelques personnes ne représentant qu'une petite fraction de la communauté. Deux ou plusieurs pêcheurs pourront ainsi trouver avantageux de s'offrir le service d'un phare et réaliser ensemble le projet, malgré les avantages externes majeurs qui en

1. Pour une analyse générale de questions analogues à celles qui nous occupent ici, voir W.H. RIKER, « Public Safety as Public Good », in *Is Law Dead ?*, sous la direction de E.V. ROSTOW, New York, Simon and Shuster, 1971, p. 379-385.

résulteront pour les autres membres de la communauté et le fait qu'ils ne pourront obtenir aucun paiement de ces derniers. « La loi » là encore est bien différente. Des arrangements associatifs du type clubs ou coopératives regroupant un petit nombre de personnes peuvent émerger ; mais ceux qui demeurent extérieurs au contrat ne bénéficient pas automatiquement de retombées comparables à celles existant avec les biens publics classiques. C'est peut-être même le contraire qui est susceptible de se produire. Quand un petit groupe de personnes forme une coalition, le respect de la loi tel que prévu dans l'accord peut fort bien être strictement *interne* à la coalition. La loi mise en œuvre est alors sélective et discriminatoire, et elle peut définir les restrictions au comportement d'une personne de façon tout à fait différente selon que ce comportement touche un membre de la coalition ou un étranger. Le contrat initial de désarmement peut être limité, et les agressions contre les personnes et les groupes étrangers au contrat continuer, voire s'accroître. (Ce modèle peut apparaître comme une bonne description du monde actuel, si on considère les Etats-nations comme des coalitions de personnes.) Les gens qui ne sont pas partie au contrat partiel ne reçoivent aucun avantage des restrictions comportementales que les participants acceptent de s'imposer. Dans l'exemple type de bien public, tel que le phare, certaines caractéristiques techniques font qu'il est impossible ou inefficace d'exclure les non-contractants de la jouissance des avantages : une fois produit, le bien est nécessairement non exclusif. Considérée comme bien public à produire, la loi tend, elle, par sa nature, à prendre une forme sélective. L'exclusion est alors potentiellement efficace, et l'intérêt personnel peut assurer sa présence.

Si, à partir d'un équilibre anarchique, une première coalition se forme, ses membres s'assureront un avantage par rapport à ceux qui demeurent à l'extérieur du sous-groupe. Ces derniers devront supporter un coût découlant de la plus grande efficacité des activités de pillage dont ils seront victimes de la part des membres de la coalition, qui auront, par convention, cessé le pillage interne. Cet effet existera même si des économies d'échelle dans la protection ou dans le pillage n'existent pas ; mais si des économies d'échelle existent, il sera plus important encore. Ce qui se passera ainsi sera pratiquement le contraire de ce qui se passe dans le cas bien connu du passager clandestin où les biens publics ne sont pas exclusifs. Les personnes inorganisées seront, de fait, placées devant un choix qui les incitera fortement à : 1) rejoindre la première coalition, ou 2) en constituer une autre. A mesure que certains choisiront, ceux qui resteront non coalisés verront leur situation se détériorer encore davantage. L'incitation à rejoindre une coalition existante, ou à en constituer une nouvelle, deviendra chez eux plus forte encore.

Si plusieurs coalitions indépendantes s'organisent, chacune porteuse d'une entente interne sur la loi, la possibilité d'un contrat légal impliquant toute la communauté pourra prendre place sur la base de marchandages entre elles. D'une manière ou d'une autre, toutes les parties auront intérêt à la

conclusion d'ententes qui étendraient le droit jusqu'aux limites naturelles de la communauté. L'existence de discontinuités dans la séquence d'interactions, celles résultant de frontières géographiques par exemple, peut en effet réduire les avantages potentiels de l'échange. Les difficultés liées à la tentative de construire une histoire conjecturale plausible de l'émergence d'un système de droit coextensif à une communauté donnée ne doivent, cela dit, pas nous occuper plus longtemps. Ce qui est important et doit être souligné est le caractère « public » de la loi, caractère qui nous permettra d'employer les outils de la théorie moderne des finances publiques pour éclairer d'un jour nouveau certains des problèmes sociaux majeurs de notre temps<sup>2</sup>.

## Coûts et avantages de la loi

L'observation de la loi est, pour un individu, le coût qu'il doit payer pour le contrat social-légal conclu entre lui-même et les autres membres de la communauté. D'un point de vue d'utilité privée, toute limite au comportement individuel est un « mal ». Mais un individu rationnel accepte la limite en échange du « bien » que représente l'observation de la loi par les autres. Ce comportement d'autrui crée le « bien » que constituent l'ordonnancement, la sécurité et la stabilité dans l'ensemble des choix possibles de l'individu. Dans la mesure où les autres personnes connaissent et respectent les limites que tracent les règles, l'individu peut faire ses propres choix privés dans un contexte social raisonnablement stable et prévisible. Cette caractéristique s'attache à plusieurs sortes de règles qu'on peut qualifier de « lois », qu'il s'agisse de règles simples du Code de la route comme la conduite à droite, ou d'arrangements complexes tels ceux liés à la copropriété immobilière. Pour illustrer notre propos, nous pourrions penser la loi comme l'incarnation d'un accord réciproque visant le respect d'un ensemble de droits de posséder ou d'utiliser des biens matériels. On pourrait dire que les membres de la communauté qui ont consenti à l'attribution des droits obéissent à la loi s'ils n'essaient pas de s'emparer contre son gré de ce qui a été attribué à quelqu'un d'autre. Il n'est

---

2. Cette analyse ne concerne que « la loi » qui satisfait aux caractéristiques d'un bien public. En termes plus techniques, l'objet de l'analyse est ce type de loi qui ou bien supprime des déséconomies externes généralisées ou bien engendre des économies externes généralisées, et non pas le type de loi qui réglemente des comportements individuels qui sont sans effets externes. Par exemple, une loi qui m'impose de faire vacciner mon chien contre la rage est « publique » parce que je ferai ainsi profiter toute la communauté d'économies externes. A l'opposé, une loi qui me défendrait d'acheter les services d'une prostituée ne pourrait guère rentrer dans la catégorie de ce qui est « public ».

Mon usage du mot « loi » ici est semblable à celui qui se rencontre chez ROUSSEAU. Voir ROUSSEAU, *Du contrat social*.

pas difficile de voir qu'une structure légale produit, dans la plupart des cas, des avantages pour tous les membres de la communauté puisqu'elle fait régner l'ordre. La situation résultant se situe à l'opposé de l'anarchie où, à l'extrême, il n'existe aucune limite au comportement des gens.

Les avantages de la loi ne s'obtiennent qu'au prix d'une limitation de la liberté individuelle et à celui du sacrifice de l'utilité qu'une adaptation spontanée aux conditions du moment offrirait. Pour un économiste, ce cadre d'analyse avantages-coûts suggère qu'il existe pour chaque personne un niveau optimal de loi, un degré de restriction comportementale préféré<sup>3</sup>. La plupart d'entre nous admettront sans doute que le Code de la route n'est pas inutile; qu'il décrète la conduite à droite comme aux Etats-Unis ou à gauche comme en Angleterre. Il n'existe probablement pas une seule personne qui attache tant de valeur à sa propre liberté de choix qu'elle préférerait qu'il n'y ait pas de règles de conduite automobile. Par ailleurs, chacun de nous considère vraisemblablement que les avantages de certaines lois ou règles en vigueur ne compensent pas le sacrifice de liberté personnelle qu'elles imposent. La Commission de contrôle de la pollution de Virginie interdit conformément à la loi les feux de feuilles mortes ou de broussailles à ciel ouvert, ce qui constitue une limite à ma propre liberté d'action dont la valeur n'est pas compensée par la prédiction que les autres respecteront le règlement concerné.

Ces exemples font ressortir une troisième différence, cruciale, entre la loi et les biens publics ordinaires. L'atteinte de l'« efficacité » dans la quantité globale de lois est une tâche extrêmement difficile ; et les critères d'« efficacité » susceptibles d'être utilisés emportent là difficilement la conviction de tous. Cette différence touche à la répartition des coûts entre les personnes. Dans le cas du bien public ordinaire, tous les membres de la communauté bénéficient des avantages d'une quantité unique et uniforme du bien ou du service non exclusif, même si leurs évaluations marginales de la quantité de bien ou de service à produire diffèrent. Ils peuvent en ces conditions finir par s'entendre ou par s'approcher d'un accord sur cette quantité commune grâce à des ajustements dans la répartition des coûts marginaux ou des prix fiscaux imposés à chacun. (Ces ajustements par les coûts ou par les impôts payés par chacun se substituent à l'ajustement habituel par les quantités achetées individuellement sur des marchés de biens privés et divisibles où des prix identiques sont demandés aux divers acheteurs.) Le coût global du bien ou du service, le coût qu'il s'agira ensuite de répartir de quelque manière entre les bénéficiaires, est fixé de manière exogène et est basé, en fin de compte, sur la valeur de ce qui pourrait être produit avec les mêmes ressources. Tout cela peut être opposé à ce qui se passe avec une loi qui a le même caractère

3. Pour un examen global de cette question, voir Paul Craig ROBERTS, *Alienation in the Soviet Economy*, Albuquerque, University of New Mexico Press, 1973, chapitre 3 ; et, du même auteur, « An Organizational Model of the Market », *Public Choice*, vol. 10, printemps 1971, p. 81-92.

« public » et qui a pour objet de limiter les actions permises aux membres de la communauté. Comme nous l'avons noté, l'existence et l'observation de la loi apportent une stabilité sociale qui bénéficie à tout le monde et, pour cette raison, font que la loi fait partie des biens publics purs. Le coût de la loi se mesure par les pertes d'utilité subies par chaque personne qui voit limiter le domaine de ses choix. Si ces pertes d'utilité peuvent refléter indirectement les évaluations subjectives de pertes d'opportunité objectivement mesurables, néanmoins, et c'est ce qui est important, le coût qu'elles constituent n'est pas exogène au choix du « bien » lui-même, ce qui veut dire que la simple adoption d'une loi implique en soi un schéma bien déterminé de répartition des coûts. La loi doit s'appliquer d'une manière égale à tous. Pour employer l'expression si juste de Thomas Ireland <sup>4</sup>, chaque personne est soumise par son biais à un « impôt sur la liberté » qui n'est pas nécessairement, et ne sera en général pas, évalué de manière uniforme par tout le monde, même si l'évaluation se trouvait réduite à une dimension monétaire. Les choses se passent comme si, dans le cas du bien public ordinaire, il existait une répartition des prix fiscaux arbitrairement déterminée et établie indépendamment des diverses évaluations individuelles.

Une dimension d'ajustement, un degré de liberté, se trouve donc perdu. Dans la fourniture de biens publics ordinaires, cette dimension permet de produire des accords additionnels entre les personnes sur les quantités et/ou de réaliser des objectifs spécifiques de répartition. Ces deux utilisations d'un système de taxes flexibles au service du financement de biens publics peuvent se trouver analysées aux fins de comparaison.

Si la perte d'utilité causée par l'adoption d'une loi ou d'une règle s'appliquant uniformément à toutes les personnes de la communauté varie selon les individus et/ou si l'évaluation des avantages varie elle-même, chacun préférera un niveau différent de loi. (Pour les besoins de l'analyse, nous supposons que le caractère répressif des lois ou des règles est une variable continue, ce qui permet de traiter le calcul de la décision collective avec les outils habituels. On pourrait introduire des alternatives de choix en termes de « tout ou rien », mais cela compliquerait l'analyse). Il n'y aura pour autant pas de possibilité de modifier la structure de répartition des coûts de façon telle qu'elle conduise les parties à s'entendre. Il s'ensuit qu'à défaut de l'introduction de paiements de compensation distincts de l'impôt sur la liberté, le niveau de loi décidé collectivement, *quel qu'il soit*, placera un grand nombre de personnes dans des positions qui ne sont pas celles qu'elles préfèrent : certaines personnes trouveront qu'il y a trop de lois répressives, d'autres trop de liberté. En l'absence de paiements de compensation, il est impossible que des entrepre-

---

4. Voir Thomas R. IRELAND, *Public Order as a Public Good*, Chicago, Loyola University, 1968, mimeo. L'exposé de IRELAND est l'un des rares qui semble fondé sur les grandes idées proposées ici.

neurs politiques puissent, même de manière approximative, s'approcher là de quelque chose qui pourrait ressembler à l'unanimité wicksellienne. Il n'y a pas dans le domaine de la loi d'instrument d'ajustement ou d'arbitrage comparable à une « réforme fiscale ». Dans la mesure où des « arrangements fiscaux » existent au sein des structures politiques actuelles qui peuvent permettre d'atteindre un consensus plus général sur le niveau et l'affectation des dépenses publiques consacrées aux biens publics ordinaires, on peut en conclure que les individus seront un peu moins déçus par les mesures budgétaires que par les lois, les règles et les règlements qui affectent directement leur conduite <sup>5</sup>. On ne peut ici échapper aux pertes d'opportunité analysées au chapitre 6 en relation avec le paradoxe du gouverné. Une société peut se scinder très nettement entre ceux qui trouvent la loi beaucoup trop répressive et ceux qui sacrifieraient davantage de leur liberté en échange de davantage d'ordre et de stabilité.

Un autre mode d'ajustement existant dans la fourniture et le financement de biens publics ordinaires est le *logrolling* tel qu'il existe entre les partisans de différentes mesures lors de la discussion des composants d'un budget. Mais ce mode d'ajustement lui-même ne semble pas utilisable dans le domaine de la loi. Les échanges directs et indirects de votes concernant divers composants d'un budget permettent aux individus et aux groupes d'exprimer tout à la fois l'intensité et la direction de leurs préférences. Et pour prendre un exemple, dans un cadre où la répartition des impôts est déjà effectuée, les groupes qui souhaitent intensément l'augmentation des dépenses concernant, disons, l'exploration de l'espace pourront parvenir au moins partiellement à leurs fins en accordant leur appui, à charge de revanche, à un groupe d'intérêt désirant un meilleur financement de l'enseignement supérieur, mais n'ayant pas d'opinion très ferme sur l'exploration de l'espace. Ce genre de transaction n'est cependant possible que là où et lorsque l'intensité des préférences de divers groupes s'exerce dans des directions opposées <sup>6</sup>. Quand sont en cause des lois ou des règles qui limitent directement le comportement individuel, le *logrolling* ou l'échange des votes ne peuvent être,

5. Cet argument peut sembler relié à ce qui concerne le choix entre les contrôles directs et les taxes sur les émanations comme moyen de contrôler la pollution, mais une analyse plus fine montre que les deux questions sont assez différentes. Il s'agit, dans le cas de la pollution, de décider collectivement du niveau de dépollution (qui constitue le bien public) et de la répartition des coûts. La réglementation directe s'accompagne d'un schéma bien précis de répartition des coûts : ceux pour qui la liberté d'action a le plus de valeur se voient imposer les coûts les plus élevés. Cela équivaut à l'imposition d'un certain niveau de loi ou de contrainte, comme nous l'avons vu. La perception de taxes sur les émanations permet d'atteindre les objectifs choisis avec d'autres schémas de répartition des coûts. Mais ces taxes ne sont pas analogues aux modulations dans la répartition des prix fiscaux qui, dans le modèle des biens publics ordinaires, visent à produire un consensus plus large sur les quantités préférées.

6. Pour une analyse détaillée, voir BUCHANAN et TULLOCK, *The Calculus of Consent*, notamment le chapitre 10.

selon toute apparence, que très limités. Ceux qui accordent une grande valeur à la protection et à la diffusion de leurs propres options consentiront vraisemblablement à la plupart des limitations proposées, sinon à toutes. De même pour ceux qui attachent relativement peu de valeur à la liberté de choix en général. Les partisans de « la loi », de « l'ordre public » demanderont vraisemblablement des lois plus restrictives et sur la pornographie et sur la drogue.

Nous pouvons en venir maintenant à la seconde utilisation du système de taxes flexibles dans le financement des biens publics ordinaires, la réalisation d'objectifs spécifiques de répartition, et démontrer que cette utilisation n'est pas plus que l'autre susceptible de fonctionner dans le domaine des contraintes publiques sur le comportement. Même si on renonce à ajuster les impôts pour renforcer le consensus sur les dépenses budgétaires, la possibilité de faire varier les quote-parts fiscales est susceptible d'offrir un moyen d'utiliser la structure fiscale pour accomplir certains objectifs secondaires. On comprendra mieux comment les choses fonctionnent si on recourt à un modèle politique où un despote bienveillant et omniscient prend les décisions pour toute la communauté. Disons que c'est ce despote qui fixe les quantités et la nature des biens publics à offrir, et disons aussi qu'il prend ces décisions en fonction de critères d'efficacité, c'est-à-dire en fonction des évaluations individuelles des citoyens, évaluations dont nous poserons par hypothèse qu'il a la capacité de les discerner. Les décisions fiscales de financement et de répartition des coûts peuvent ainsi être séparées des décisions de dépense. Des modifications des quote-parts fiscales peuvent être utilisées aux fins d'une certaine redistribution du revenu ou de la richesse sans que l'efficacité globale de l'offre ne soit affectée. Dans la réalité, des éléments de ce modèle politique ne cessent de jouer au sein du modèle démocratique qui est sous-jacent aux analyses de ce livre.

L'offre et le financement d'un bien public ordinaire peuvent être lues comme impliquant toujours une combinaison spécifique d'efficacité et d'équité<sup>7</sup>. Si on se fixe pour objectif une redistribution du revenu ou de la richesse des plus riches vers les plus pauvres, le recours à la modification des quote-parts fiscales pourra permettre de le réaliser tout en maintenant une efficacité acceptable dans la quantité et la nature des biens publics offerts. Même si les contraintes impliquées participent pleinement à la nature des biens publics, aucune redistribution indirecte ne peut se trouver accomplie par la promulgation de lois et de règles qui sont appliquées de manière égale à toutes les personnes. La structure de « l'impôt sur la liberté » est endogène

---

7. Cette approche est développée dans H. AARON et M. MCGUIRE, « Public Goods and Income Distribution », *Econometrica*, vol. 38, novembre 1970, p. 907-920 ; ainsi que dans M. MCGUIRE, « Efficiency and Equity in the Optimal Supply of a Public Good », *Review of Economic and Statistics*, vol. 51, février 1969, p. 31-39. Voir aussi William H. BREIT, « Income Redistribution and Efficiency Norms », communication présentée au colloque de l'Urban Institute sur la redistribution du revenu, 1972.

au calcul de l'efficacité, et on ne peut faire varier la quote-part des coûts selon les personnes. Si un despote connaît parfaitement les fonctions individuelles d'utilité, il pourra déterminer le niveau de contraintes ou de contrôle qui est « efficace », il ne pourra manipuler la répartition des coûts qui s'attache automatiquement au niveau de réglementation fixé dans le but de promouvoir des objectifs donnés. Dans une configuration normale des fonctions d'utilité, le degré optimal de loi ne peut qu'être unique, ce qui implique une seule et unique répartition possible des coûts parmi les gens. Il existe un résultat redistributif bien spécifique, mais ce résultat ne respecte en général pas – et n'a pas en soi à respecter – les normes d'équité acceptables. Ceux qui attachent la plus grande valeur à la liberté (plutôt qu'à la stabilité et à l'ordre social) et particulièrement ceux qui attachent la plus grande valeur aux actions que la loi interdit devront bon gré mal gré supporter l'essentiel du coût. Ceux qui n'attachent pas une grande valeur à la liberté de choix, et particulièrement ceux qui accordent peu de valeur à la liberté de mener les actions prohibées par la loi auront relativement peu à payer.

Les deux colonnes du calcul individuel avantages-coûts doivent là être prises en compte, et on ne peut tirer aucune conclusion quant au caractère redistributif du résultat en ne considérant séparément qu'une seule de celles-ci. En ne considérant que la colonne avantages, on pourrait être tenté de croire que les personnes qui possèdent ou contrôlent une grande quantité d'actifs privés, celles qui sont les plus riches, attacheront relativement plus de valeur à l'application uniforme de contraintes. Ces personnes ne souhaiteront pourtant pas nécessairement plus de restrictions que n'en veulent ceux qui sont plus démunis, pour peu que la constitution exige que les restrictions s'appliquent uniformément à tout le monde dans la communauté. Les pertes d'utilité qu'implique pour les plus riches la limitation de leurs possibilités de choix peuvent en effet avoir beaucoup de valeur en termes numéraires ou autres. Celui qui est relativement pauvre a sans doute peu de choses à protéger en restreignant les actions d'autrui, mais il n'attache pas nécessairement beaucoup de valeur à sa propre liberté de choix et d'action. Il se peut donc qu'il incline, plus que ses compatriotes mieux nantis, vers des lois uniformément plus restrictives. Prenons l'exemple des vols d'automobiles, par rapport auxquels une législation plus restrictive pourrait prendre la forme de contrôles plus serrés sur l'immatriculation des véhicules. L'habitant du quartier urbain pauvre pourra considérer que l'interférence dans sa liberté personnelle impliquée est un bien faible prix à payer pour la sécurité plus grande de ses biens qui résultera <sup>8</sup>. L'habitant d'une banlieue cossue trouvera que les restrictions à sa liberté susceptibles de résulter de l'application générale de la législation concernée ne justifie pas la sécurité additionnelle qu'elle procure. Les diver-

8. Pour une application comportant des liens dérangeants avec les questions raciales, voir Andrew HACKER, « Getting Used to Mugging », *New York Review of Books*, 19 avril 1973.

gences d'opinion envers la loi peuvent être encore plus marquées en ce qui concerne la sévérité des peines à imposer, comme nous le verrons au chapitre 8.

## Le consentement au changement constitutionnel

Notre analyse antérieure (voir le chapitre 4) des origines conceptuelles de l'ordre constitutionnel a démontré les avantages généraux de la limitation du comportement, et par là la possibilité d'obtenir un consentement unanime sur les règles et la loi. Nous ne sommes pas intéressés aux modifications imposées, non unanimes, de la structure légale, bien que nous ayons considéré les écarts par rapport à l'unanimité dans le domaine des choix collectifs postconstitutionnels concernant la fourniture et le financement des biens publics. Ces écarts opérationnels étaient eux-mêmes, cela dit, conceptuellement dérivés de l'entente, présumée unanime, du contrat constitutionnel qui, en supplément de la définition des limitations comportementales, spécifie des règles pratiques de décision collective. Dans le présent chapitre, nous avons expliqué en termes de biens publics les limitations comportementales, la loi, qu'institue le contrat constitutionnel fondamental ; et notre analyse a montré que les individus seront vraisemblablement en désaccord sur l'étendue des limitations souhaitées, et que les moyens classiques de concilier les divergences individuelles dans les choix concernant les biens publics ordinaires ne seront sans doute ici d'aucun secours.

Il nous reste à demander comment les limitations comportementales, la loi, sont susceptibles d'être changées et sur quel critère. Notons que cette question est différente de celle du chapitre 5, qui traitait de l'accord sur les changements dans la distribution des droits individuels conçus en termes de propriété. C'est le contrat constitutionnel fondamental qui était alors en cause, et notre analyse a suggéré que des changements dans l'attribution des droits établis étaient possibles pourvu que l'ordre existant soit considéré en termes dynamiques et non statiques. La question que nous posons ici est différente, car elle touche un autre aspect du contrat constitutionnel fondamental, un autre aspect de la structure légale : le tracé de la frontière entre les activités qui seront limitées et les autres. Il s'y agit non pas essentiellement de répartition, mais d'organisation. Chaque individu met en balance l'anarchie et la loi et, comme on l'a vu, les évaluations peuvent différer. Le problème d'un accord général sur des limites comportementales a été analysé au chapitre 4 par le biais des variations géométriques de la figure 4-1, où l'origine se trouvait à l'extérieur du losange que forment les courbes d'indifférence qui passent par le point d'équilibre anarchique. Comme nous l'avons indiqué alors, un accord sur les droits ou, ce qui revient au même, sur les limites, exige en

de telles conditions plus que le désarmement, plus qu'une simple acceptation mutuelle des limites adoptées. Des paiements de compensation en marchandises ou en numéraire peuvent être requis permettant de s'assurer de la volonté chez tous d'accepter de nouvelles lois, de nouvelles règles, de nouvelles restrictions, ou la suppression de lois existantes.

L'analyse indique que le consensus ainsi impliqué ne sera pas facile à obtenir, mais qu'un consensus sur des changements structurels ou constitutionnels simples demeure théoriquement possible, même quand les préférences sur les comportements à limiter divergent. Or, en l'absence du despote éclairé qu'on invoque commodément, il n'y a pas d'autre critère permettant d'évaluer l'efficacité globale de règles que le consensus. Comme nous l'avons noté au chapitre 5, des changements constitutionnels peuvent cependant être imposés sans consensus. Les constitutions politiques un tant soit peu explicites stipulent habituellement des règles plus exigeantes pour amender la constitution que pour faire les choix collectifs ordinaires. Dans les faits, les règles simples du droit se modifient par le biais de manquements chroniques et finalement tolérés aux règles formelles ou par celui de décisions judiciaires, de précédents légaux, d'empiétements du Parlement sur le domaine réservé de la constitution, etc. Comme nous l'avons écrit plus haut, nous n'entendons pas suggérer ainsi que des modifications non agréées de la structure légale ne surviennent jamais. Nous suggérons simplement que les modifications non contractuelles ne peuvent pas être logiquement dérivées des évaluations individuelles et, donc, qu'elles ne peuvent guère dans ce contexte se prétendre « légitimes ».

## **Loi formelle et loi informelle ; le rôle de l'éthique**

Notre analyse s'est jusqu'ici fondée sur l'hypothèse tacite que les règles et les règlements formels, codifiés, que la collectivité doit explicitement faire respecter sont le contenu essentiel, sinon unique, de la « loi ». Avant d'étudier d'autres causes du déclin observable du respect des lois, il est essentiel que nous intégrions une prise en compte du rôle que les principes éthiques jouent dans le maintien de la stabilité sociale. D'abord, et comme nous l'avons fait remarquer dans les chapitres précédents, s'il n'y a pas de conflits entre les personnes, le contrat social n'a pas de raison d'être, et la loi comme telle est inutile. Identiquement, l'éthique est inutile ; un code moral ne sert à rien. Dans un environnement sans conflit, l'anarchie pure représente un idéal inconditionnel. Quand les conflits existent, par contre, l'anarchie pure est vouée à l'échec et la valeur qu'on attache à l'ordre incite à adopter *ou bien* un contrat social, un système de droit formel, *ou bien* une série de principes moraux-éthiques acceptés par tous. Il est important de discerner que ce sont

là des moyens alternatifs pour maintenir l'ordre. Lorsque des principes éthiques font l'objet d'une acceptation générale et influencent les comportements individuels, les limitations formelles que tracent les normes légales imposées sont moins nécessaires ; et *vice versa*, même si la supériorité inhérente à la possibilité d'atteindre un ordre et une prévisibilité comportementale par le biais de principes éthiques ne peut qu'être évidente. Quand les arbitrages à réaliser entre intérêt personnel au sens strict et intérêt général présumé sont internalisés et prennent place parmi les arguments de la fonction d'utilité de l'individu, le recours à la coercition externe peut se trouver réduit au minimum. L'anarchie ordonnée volontairement organisée par le biais de limitations privées du comportement, et par celui de l'adhésion volontaire à des normes fondamentales de tolérance et de respect mutuels des droits reconnus, est sans doute préférable à une structure légale formelle, même idéale, qui engendrerait le même degré d'ordre et un niveau comparable d'efficacité. Et le fait qu'elle soit préférable ne peut qu'apparaître plus nettement encore quand on discerne que toute structure réelle ne peut que différer profondément de la structure idéale. Même si les individus peuvent varier dans les compromis qu'ils choisissent tout autant que dans leurs évaluations du degré de répression des lois une fois celles-ci promulguées, des différences significatives et nettes dans la prévisibilité comportementale peuvent s'avérer nécessaires pour que le droit formel soit choisi à la place de l'anarchie. L'anarchie et le droit formel doivent être distingués enfin d'un régime où les individus se guideraient exclusivement sur des normes de conduite traditionnelles, coutumières, et sans rapport à des normes rationnellement sélectionnées. Un tel régime serait sans aucun doute extrêmement insuffisant et doit être placé au-delà de l'extrême limite de coercition du droit formel. Sous ce genre de régime, l'ordre serait présent au sens où les comportements seraient prévisibles, mais il n'aurait aucune relation avec le caractère « public » des règles et coutumes que les gens suivent.

Il est peut-être heureux, bien sûr, que les sociétés ne soient pas confrontées à des choix catégoriques en ce qui concerne leurs principes fondamentaux d'organisation. L'ordre établi s'identifie rarement à une alternative tranchée entre : 1) l'anarchie, où des contraintes éthiques intériorisées représenteraient le seul moyen, en dehors de la guerre elle-même, de résoudre les conflits, et 2) des lois formelles, rigides et englobantes fonctionnant dans une absence complète de règles éthiques intériorisées. Les comportements observables à chaque instant dans une communauté reflètent la maximisation de l'utilité individuelle et sont influencés par les arguments des fonctions de préférence de chaque participant, par les arbitrages subjectifs entre ces arguments que dicte chaque fonction individuelle, *ainsi* que par les contraintes comportementales légales auxquelles les participants font face, contraintes incarnées dans des règles formelles et des mécanismes d'application, *et* par les contraintes de la coutume et de la tradition qui, tout en n'étant pas formali-

sées, demeurent extérieures à l'individu et comportent leurs propres processus d'application.

Comme nous l'avons vu au chapitre premier, plusieurs aspects des relations sociales s'organisent sur un mode anarchique, ce qui veut dire que l'ordre qu'on observe dans les comportements dépend d'une manière cruciale de l'adhésion de toutes les parties à certaines règles non formulées. La vie en société comme nous la connaissons serait sans doute intolérable s'il fallait que des règles formelles encadrent absolument tous les domaines où des conflits interpersonnels peuvent émerger. Une indication de la cohésion d'une société se trouve donnée par le nombre et l'importance des activités laissées ouvertes à un contrôle informel plutôt que formel.

L'individu qui limite volontairement ses actions, qui restreint sa liberté de choix à la lumière de normes éthiques internalisées, qui agit conformément à une sorte de principe kantien de généralisation, est continuellement confronté à un dilemme. Son intérêt immédiat peut lui suggérer des écarts par rapport au comportement requis par ses normes morales. Ce qui le conduit à se trouver dans une position analogue à celle du passager clandestin devant un bien public, décrite plus haut dans ce chapitre. Aussi longtemps qu'une assez forte proportion des membres de la société respectent les mêmes normes, les tentations de l'individu, bien que toujours présentes, peuvent ne pas être suffisamment grandes pour l'inciter à modifier son comportement coopératif. Néanmoins, dès que quelques personnes, ou une minorité assez importante, apparaissent violer des principes éthiques qui jusque-là avaient été admis par presque tout le monde et agir par pur intérêt personnel, celui qui a continué à adhérer à ces principes se trouvera soumis à quelque chose qui lui apparaîtra comme étant de l'ordre de l'exploitation. Une fois un certain point critique dépassé, les normes pourront se désagréger rapidement, et le nombre de ceux qui en reviendront à leur intérêt personnel immédiat s'accroître. La situation sera analogue alors sous diverses incidences à celle en laquelle les actions individuelles sont soumises à des préceptes d'obéissance à des lois formelles que n'accompagnent aucune procédure d'application.

Cela suggère que l'un des principes éthiques les plus importants pourrait bien être l'obéissance et le respect des lois formelles comme telles. Si les individus attachent une grande valeur à l'obéissance aux lois produites par le processus de prise de décision politique, les modes de maximisation de l'utilité individuelle peuvent produire une adhésion générale à la loi même en l'absence d'institutions d'application et de répression. Si les fonctions de préférence individuelles incarnent cette valeur attachée à l'obéissance, c'est la promulgation d'une loi ou d'une règle imposant des limites aux actions qui compte, et la police et les sanctions n'ont plus à occuper qu'une position secondaire. La réalité empirique observable montre clairement que le genre d'attitude découlant peut expliquer une bonne partie de l'ordre qui nous entoure, et qui existe même dans les domaines de comportement où la plupart

des gens discernent que les institutions de répression attachées aux règles formelles de conduite sont inexistantes ou inadéquates<sup>9</sup>. Comme les autres principes éthiques cependant, le principe d'obéissance aux lois se dégradera rapidement sitôt qu'une minorité de taille critique apparaîtra ne plus y adhérer. A moins qu'elles soient effectivement mises en œuvre et que les peines prévues pour leur violation ne soient appliquées, les lois et règles formelles peuvent devenir un moyen inopérant de produire la stabilité sociale<sup>10</sup>.

## La production d'un « mal public »

Dès lors qu'on discerne que la loi – formalisée ou non – relève de cette catégorie, la position de l'individu devant elle apparaît être comparable à celle qui est la sienne dans n'importe quelle interaction « publique ». En l'absence de normes répressives imposées de l'extérieur ou de l'intérieur, les individus sont toujours tentés de violer les règles. Il en est ainsi quelles que soient leurs préférences personnelles quant à l'adéquation ou à l'inadéquation des règles, et que celles-ci soient considérées comme une institution collective rationnellement appliquée à tous ou comme une norme éthique raisonnable et généralement acceptée. Même la personne qui attache un rapport avantages-coûts très élevé – dans sa totalité ou à la marge – aux limitations légales des actions des gens peut, en tant qu'individu privé, être incitée à violer ces limitations. Elle est, comme nous l'avons noté plusieurs fois, dans la position d'un passager clandestin devant un bien public. Les économistes ont utilisé le dilemme du passager clandestin pour expliquer l'échec des institutions volontaires du type du marché dans la production efficace des biens collectifs. Une utilisation encore plus appropriée du même dilemme peut servir à expliquer la nécessité de recourir à la coercition pour lever les impôts. Les individus ne paieront pas nécessairement leurs impôts de plein gré, même si les avantages personnels qu'ils retirent des dépenses publiques excèdent leur contribution nominale au fisc. Considérons un individu qui a explicitement participé au

---

9. Une explication alternative de l'ordre existant est basée sur l'hypothèse selon laquelle les individus suivent des règles non pas parce qu'elles appartiennent à des lois promulguées ou parce qu'ils se soumettent à des préceptes éthiques, mais simplement parce que ce sont des règles qui existent. L'origine des règles pour les tenants de cette explication est essentiellement évolutionnaire, ce qui veut dire qu'elles ne peuvent être conçues. L'un des tenants de cette explication est F.A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, vol. 1 ; *Règles et ordre*, Paris, PUF, 1980. Au fil du développement de ses thèses concernant l'« homme suiveur de règles », HAYEK cite le livre de R.S. PETERS, *The Concept of Motivation*, Londres, 1959.

10. La déposition de Jeb Magruder devant le Senate Watergate Committee en juin 1983 illustre bien ce genre de liaison. Pour justifier les infractions aux exigences formelles de la loi commises par les partisans de Nixon, Magruder invoqua le fait que les opposants à la guerre avaient, à la fin des années 60 et au début des années 70, très souvent et impunément violé la loi.

contrat présumé qui lui a attribué une certaine part des charges communes en échange des avantages des biens publics. Supposons qu'il réussisse à échapper à ses obligations fiscales : il réduit ainsi la quantité de fonds disponibles pour acheter et fournir les biens publics dont les avantages sont partagés par les autres membres de la collectivité<sup>11</sup>. En manquant à ses obligations fiscales, ce qui est économiquement rationnel pour lui, l'individu rationnel produit un « mal public ». Il impose une déséconomie externe à tous ceux qui sont mis à contribution, à tous les bénéficiaires potentiels du bien ou du service public financé par l'impôt.

C'est évidemment là le contraire exact du « bien public » que produit le respect des lois. Le fait de ne pas produire un « mal public » équivaut à créer un « bien public ». Et la non-crédation d'un « bien public » produit un « mal public ». Lequel de ces deux concepts est le plus utile dépend surtout de ce qu'on veut analyser et des utilisations qu'on veut faire de l'analyse dans la réalité. Si on cherche, comme dans la théorie classique des biens publics, à expliquer pourquoi les institutions du type du marché sont inefficaces et pourquoi l'intervention publique peut se révéler nécessaire, on s'intéressera au « bien public » que cette intervention produirait ; de même si on veut expliquer pourquoi la loi doit être produite collectivement. Mais si par contre on veut rendre compte de la dégradation d'un ordre public dont les lois ne sont pas efficacement appliquées, mieux vaudra, en dépit de l'équivalence essentielle des concepts, diriger son attention sur les actions individuelles génératrices de « maux publics ».

La théorie des maux publics a de nombreuses applications présentes, notamment dans l'analyse des problèmes d'environnement. La manière dont nous traitons ici des violations de la loi est, sur presque tous les plans, analogue à l'analyse de la pollution comme résultat de l'action des hommes. Polluer l'air, l'eau ou dégrader l'environnement naturel équivaut à produire un « mal public ». C'est essentiellement la même chose que de violer la loi en vigueur, que celle-ci soit codifiée ou simplement implicitement présente dans l'éthique ambiante. Les deux sujets pourraient être regroupés sous le thème général de la qualité de l'environnement pour peu qu'on admette que l'environnement social des comportements humains est aussi important, pour la qualité de la vie, que l'environnement naturel. L'analyse que nous menons deviendrait alors une théorie de la pollution comportemental<sup>12</sup>.

11. Je traite spécifiquement de cette forme d'externalités dans mon article « Externality in Tax Response », *Southern Economic Journal*, vol. 32, juillet 1966, p. 35-42.

12. Pour des analyses connexes, on consultera mes articles : « A Behavioral Theory of Pollution », *Western Economic Journal*, vol. 6, décembre 1968, p. 347-358 ; et « Public Goods and Public Bads », *Financing the Metropolis*, sous la direction de John P. CRECINE, vol. 4 de la *Urban Affairs Annual Review*, Beverly Hills, Sage Publications, 1970, p. 51-72. Voir aussi James M. BUCHANAN et Marilyn FLOWERS, « An Analytical Setting for a Taxpayers' Revolution », *Western Economic Journal*, vol. 7, décembre 1969, p. 349-359.

Pourquoi un individu pollue-t-il ? Pourquoi l'automobiliste de Los Angeles ajoute-t-il au salissement de l'atmosphère ? Pourquoi la famille en pique-nique laisse-t-elle des ordures dans le parc ? Si on comprend le fondement comportemental de la pollution dans ces cas familiers, il devient facile d'élargir l'analyse au domaine moins usuel de la sécurité publique. L'individu pollue, crée un mal public, parce qu'il est dans son intérêt individuel de le faire. En produisant un mal public, il crée ou produit un bien privé. L'automobiliste de Los Angeles qui contribue à la pollution n'est pas animé de mauvaises intentions. Ce n'est pas intentionnellement qu'il fait du tort à autrui. Son comportement produit le mal qu'il produit seulement comme une conséquence d'un comportement de maximisation d'utilité basé sur les alternatives existant. L'individu peut être tout à fait conscient de l'incompatibilité entre son comportement de décideur privé et le comportement qui, généralisé à toutes les personnes, produirait des résultats plus désirables pour lui. Mais en agissant en tant que décideur privé, mode ordinaire de l'action, il ne peut en aucune manière influencer, de manière directe en tout cas, le comportement des autres. Il est donc rationnel pour lui de tirer le meilleur parti des circonstances. Dès lors qu'il en est ainsi pour toutes les personnes au sein de l'interaction concernée, le résultat global est la pollution et la détérioration de l'environnement, résultat qui peut fort bien ne correspondre aux souhaits de personne<sup>13</sup>.

L'interaction n'aboutira pas forcément à ce qu'on pourrait appeler l'équilibre de pollution totale, où tous les participants se comportent exclusivement en fonction de leur intérêt individuel au sens étroit du terme. Il existe des saints dans toute société. Et si des normes éthiques influencent le comportement de certains individus et groupes dans la communauté, ceux-ci pourront limiter leurs actions dans un contexte où les autres continueraient à produire le mal public que représente la pollution. Si les deux catégories d'acteurs sont hétérogènes et que celle des pollueurs ne dépasse pas une taille critique, une sorte d'équilibre s'établira, fondé sur des habitudes très différentes de comportement. Même en un tel contexte, toutefois, la situation peut être rien moins qu'optimale, y compris pour les pollueurs. Et quand bien même cette sorte de quasi-équilibre est possible, pour peu que la pollution effectuée par certains membres du groupe social devienne le mode de réponse observable et prévisible, les forces à l'œuvre tendront à pousser le système vers l'équilibre de pollution totale. Cette conclusion vaut même si tous prenaient éventuellement conscience que chacun eût été en meilleure condition si le proces-

---

13. Pour une analyse générale de la question où figurent divers exemples intéressants, voir Thomas C. SCHELLING, « The Ecology of Micromotives », *Public Interest*, vol. 25, automne 1971, p. 59-98 ; du même auteur, voir aussi *Hockey Helmets, Concealed Weapons, and Daylight Savings*, Discussion Paper n° 9, Public Policy Program, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, juillet 1972. Pour une application de l'analyse aux normes éthiques, on consultera mon article « Ethical Rules, Expected Values, and Large Numbers », *op. cit.*

sus de détérioration n'eût jamais commencé. Dans l'enchaînement, tous auront agi rationnellement étant donné les options qui s'offraient à eux.

A chaque instant, dans tout ordre établi, l'environnement sociocomportemental se caractérise par une adhésion explicite à certaines règles éthiques, par un certain degré de respect implicite de règles informelles héritées de la coutume et de la tradition, et par l'obéissance à des lois formelles pour la simple raison que ce sont des lois ou parce qu'elles sont efficacement mises en œuvre, et que les violateurs s'attendent à être punis. Toutes ces motivations peuvent se rencontrer dans le comportement des différentes personnes et exister en celui-ci en des proportions susceptibles de varier. Supposons que dans un ordre établi une personne change de comportement et cesse de se comporter en conformité avec le principe kantien de généralisation ; supposons qu'elle pollue, et qu'elle impose une déséconomie externe à tous les autres membres de la communauté. En changeant ainsi de comportement, cette seule personne a modifié son environnement et a changé les conditions de choix d'autrui.

Prenons un simple exemple : celui des vols d'automobiles. Supposons qu'un individu jusque-là honnête change de comportement et devienne voleur. L'objet précis qu'il vole appartenait bien sûr à un propriétaire déterminé, et en ce sens la déséconomie externe qu'il impose est plutôt localisée. Pourtant, en adoptant ce nouveau comportement qui est, on peut le présumer, dans son intérêt, l'individu concerné impose effectivement, au-delà du tort causé au propriétaire de l'automobile volée, une déséconomie à tous les membres de la société. Il faudra intensifier les activités de la police si on entend maintenir le même niveau de sécurité publique ; les contribuables devront payer davantage. La protection privée contre le vol devra se trouver accrue, ce qui impliquera des investissements additionnels émanant de tous et pas seulement de celui dont la propriété a été volée. Les primes d'assurance contre le vol augmenteront pour tous les propriétaires d'automobile. La possibilité pour une personne de prévoir qu'elle possédera et utilisera une automobile se trouvera réduite. La pollution que représente le vol aura réduit la qualité de l'environnement sociocomportemental.

Bien qu'il puisse sembler banal, cet exemple est en partie trompeur puisque, d'une manière générale, le vol est formellement interdit par des lois qui sont appliquées par des institutions pénales existant. Seul l'échec de ces institutions peut expliquer la pollution comportementale ainsi décrite. Que, même dans un tel cas, les choses ne sont pas si simples, c'est ce que montreront les analyses du chapitre 8. La pollution de l'univers sociocomportemental peut, cela dit, être illustrée par d'autres exemples.

Considérons l'anarchie ordonnée qui caractérisait la communauté universitaire à la fin des années 50. Bien qu'il ait pu y avoir des exceptions, la plupart des universités se caractérisaient alors par des règles à peu près parfaites de libre expression. Presque n'importe quel groupe d'étudiants ou de profes-

seurs pouvait inviter pratiquement n'importe quel conférencier pour parler d'à peu près n'importe quel sujet sans avoir à craindre de manifestation et de chahut. L'environnement universitaire incarnait l'expression libre et les comportements s'adaptèrent en conséquence. Au cours des années 60, l'essentiel de cela a changé, et bien plus qu'on ne s'en est encore aperçu. Des individus et des groupes, agissant selon des critères individuels rattachés ou non à des valeurs éthiques fondamentales, décidèrent de présélectionner les conférenciers et les sujets, et de perturber ou d'interrompre les conférences qui ne se situaient pas dans les limites imposées par eux. Ce genre de comportement ne peut se généraliser à tous les membres de la communauté universitaire sans qu'il y ait dégénérescence rapide vers une situation proche de l'équilibre de pollution totale dont nous avons parlé. Dans les années 70, le groupe d'étudiants ou de professeurs qui songe à inviter un conférencier doit essayer de prédire la réaction de ceux qui ne seront pas d'accord. Qui soutiendra sérieusement que la qualité de l'environnement intellectuel n'a pas diminué dans les années 70 par rapport à ce qu'il était dans les années 60 ? Et, dès lors qu'elle a commencé, comment la dégradation impliquée peut-elle être stoppée ? Comment les normes de conduite qui avaient permis à l'université de demeurer si longtemps en état d'anarchie ordonnée pourront-elles être rétablies si elles sont perdues ?

## La loi comme capital social

Ces questions peuvent nous conduire à discerner une dimension de la loi et du respect de la loi qui revêt une importance critique, mais dont nous n'avons pas encore traité. Formelle ou informelle, la loi représente un stock de capital social ou public dont le rendement s'étend sur plusieurs périodes. Le « bien public » qu'elle constitue ressemble au phare construit en mer, et non pas au feu d'artifice que les villes organisent le 4 juillet <sup>14</sup> et qui est destiné à être consommé collectivement, mais dans l'instant. Cette dimension transparait de façon particulièrement nette dans l'isolement de Robinson. L'objectif qu'on vise en adoptant des lois et des règles est de limiter le comportement futur, ce qui permet en retour de mieux prévoir et organiser. Même isolée, une personne devient plus efficace et obtient plus de biens à un coût moindre si elle se donne à l'avance des règles de conduite. Cette dimension demeure quand on passe à une société nombreuse où les lois et les règles limitant le comportement visent à produire des avantages qui ne sont plus unilatéraux, mais partagés.

14. Fête nationale des Etats-Unis. N.d.T.

On pourrait, bien sûr, imaginer l'émergence de lois ou de règles de comportement qui ne s'appliqueraient que sur une seule période de temps. Robin des Bois et Petit Jean peuvent s'entendre sur une « loi » qui ne devrait pas concerner les traversées ultérieures de la passerelle. Il semble évident cependant que la dimension de capital de la loi est sous-jacente dans tous les débats la concernant, et que le concept même de « loi » semblerait déplacé si on voulait voir en celle-ci un simple service à consommer.

Cette dimension de capital est importante tout à la fois dans la formation initiale de la loi, c'est-à-dire dans le contrat constitutionnel, et dans la préservation de la loi existante. Dans la mesure où un accord sur l'établissement ou le changement de la loi implique des coûts significatifs de négociation et de transaction, les avantages de l'accord peuvent être insuffisants pour garantir la promulgation de règles formelles si l'applicabilité de celles-ci semble limitée à une courte période. Un grand nombre de règles qui procurent dans la durée des avantages mutuels reconnus n'existeraient pas si elles devaient régulièrement être renégociées et faire l'objet d'une nouvelle entente. On pourrait citer à l'appui la pratique très courante consistant à recourir à des règles générales pour les interactions dont on sait qu'elles seront ponctuelles, mais qu'elles devront être ordonnées. (Les *Robert's Rules of Order*, règles de procédure pour assemblées délibérantes, constituent un exemple très familier). Les participants consentent à l'emploi de ces règles non pas parce qu'elles sont nécessairement – coûts de transaction mis à part – les plus efficaces dans les circonstances de l'interaction, mais parce qu'elles sont disponibles et que leurs inefficacités sont jugées moins déterminantes que les coûts qu'impliquerait la négociation de règles particulières et éphémères.

L'horizon temporel limité des décideurs joue un rôle important dans la dimension de capital de la loi. Un individu qui participe à la formation ou à la modification de la loi fondamentale destinée à limiter son comportement en même temps que celui des autres fera un calcul avantages-coûts pour une période correspondant à la durée de sa vie. Il s'ensuit que les avantages qu'il pourra attendre de l'établissement et de la préservation de la loi pourront être nettement inférieurs à ceux que pourrait espérer connaître celui qui s'attendrait à vivre éternellement. Il s'ensuit donc aussi que la structure légale qui émergera des choix individuels d'hommes mortels sera sans doute un peu moins restrictive, moins globalisante, que la structure jugée idéale par un être omniscient et extérieur à la communauté. L'écart dépendra du taux d'escompte subjectif qui fait partie de la fonction d'utilité de chacun des membres de la communauté, et il pourra être insignifiant si ce taux est suffisamment bas. Une hypothèse importante à vérifier empiriquement peut s'en trouver déduite : tout changement des taux d'escompte subjectifs des membres de la communauté se traduira par la modification du niveau optimal des restrictions de comportement qu'ils s'imposeront à eux-mêmes et qui s'incarneront dans la loi.

La conséquence la plus importante de cette dimension de la loi concerne cependant la préservation dans le temps du stock de capital qu'elle représente. Comme nous l'avons vu plus haut, la structure légale, le « contrat social » en vigueur, ne repose pas nécessairement sur les choix explicites de ceux dont elle limite les actions : il n'est pas nécessaire que des individus aient conscience d'avoir participé aux décisions initiales d'« investissement » que la structure légale traduit. Il semble d'ailleurs qu'il n'y ait pas, sous cet angle spécifique, de différence essentielle entre le capital public et le capital privé. La personne qui hérite d'un capital constitué par des droits sur des biens privés n'a pas à ressentir qu'elle a été partie prenante aux décisions d'investissements antérieures et n'est pas obligée de se rappeler les sacrifices de consommation qui ont été consentis pour l'accumulation première du capital concerné. Elle acquiert néanmoins, dirions-nous, tous les droits de disposer de ce capital ou de disposer de ce qu'il rapporte. Ce qui la motive à préserver la source de revenus que le capital concerné représente. L'individu qui bénéficie d'un capital public, lui, par contre, n'a pas cette motivation, précisément en raison du caractère de bien public que nous avons expliqué. En agissant de manière à préserver le capital public que la loi constitue, l'individu fait profiter les autres, qu'il s'agisse de ses contemporains ou de ceux qui vivront dans une période ultérieure, d'une économie externe pure. Sa rationalité privée peut fort bien l'amener, donc, à créer un « mal public », à détruire le capital public existant, à le convertir en « revenus » privés. Le terme d'« érosion » s'applique parfaitement alors. Une décision individuelle peut éroder la structure légale de base et compromettre la stabilité sociale du présent et du futur.

On peut continuer là à appliquer la théorie élémentaire de l'investissement. La conversion du capital en revenus réduit les revenus futurs. Pour ramener ceux-ci à leur niveau antérieur, il sera nécessaire de s'abstenir de consommer. Prenons un petit exemple numérique. Soit un capital privé qui a une valeur actuelle de 100 unités et qui produit un revenu annuel excédant de 10 unités de ce qui est nécessaire pour son entretien. Supposons qu'au cours d'une période donnée, le propriétaire « consume » ou consomme en plus du rendement de celui-ci 10 unités de son capital, ce qui fait qu'il aura une consommation de 20 unités. Cette action fera tomber le capital à 90 unités et le rendement ultérieur à 9 unités. Pendant *toutes* les périodes qui suivront le désinvestissement, le revenu sera moins élevé qu'auparavant. Si le propriétaire décide de reconstruire son capital, il devra réduire sa consommation de 10 unités, ce qui sera sans doute difficile dans la mesure où sa consommation sera déjà tombée à 9 unités.

Bien qu'il soit utile, cet exemple numérique ne donne pas une idée juste de ce qui se produit quand l'action humaine entame le capital que représente l'ordre juridique établi. Dans l'exemple, en effet, l'investissement produit immédiatement un rendement, et à un taux équivalent au rendement du capital déjà investi au cours des périodes précédentes. Or, il semble bien que la

loi produit des avantages, en termes de stabilité accrue des relations interpersonnelles, à un taux croissant au fil du temps. Ce qui veut dire que les avantages de la loi augmentent avec l'âge de l'investissement. C'est comme si, dans notre exemple, l'investissement ne produisait son rendement de 10 % qu'après 10 ans (par exemple) et seulement si le capital n'avait pas été entamé, et comme si ce rendement pouvait passer à 20 % si le capital n'avait pas été entamé pendant 20 ans.

Si la relation entre le temps et le rendement du capital public représentée par la structure légale est telle que, une fois celui-ci entamé, la restauration d'un flux constant et perpétuel de revenus exige un laps de temps qui excède l'horizon temporel des individus, ce dont nous parlons devrait être rapproché davantage de « l'exploitation minière » que d'un simple désinvestissement. En pratique, un capital social peut être définitivement perdu une fois qu'il est détruit, c'est-à-dire qu'il peut se révéler impossible d'assurer son remplacement, tout au moins sur la simple base des décisions rationnelles des individus.

Pour peu qu'une analyse de la société révèle que des individus, des groupes organisés et des pouvoirs publics sont en train de créer des « maux publics » en transgressant de plus en plus les limites traditionnelles de comportement, et en violant de plus en plus les lois formelles et informelles, une reconnaissance de la dimension de capital des biens publics ainsi détruits rend la nécessité d'agir plus urgente que le recours à un paradigme de bien de consommation ne pourrait le suggérer. (Peut-être n'est-il pas trop grave que des voyous gâchent un feu d'artifice ; mais qu'ils fassent sauter le phare, et le problème prend une autre dimension).

## La réforme du droit et l'ordre établi

Les deux paradigmes, celui du bien public et celui du capital, ont des implications relativement contradictoires quant à l'évolution du contrat constitutionnel et à la modification de la loi. Il pourrait être utile d'analyser séparément les unes et les autres. Lorsqu'on examine la structure légale en tant que bien public, mais sans faire référence à sa dimension de capital, la relation entre l'efficacité et les paramètres sous-jacents devient apparente. Le niveau de restriction comportementale inhérent aux lois ou aux règles formelles susceptible d'être optimalement préféré par un individu quel qu'il soit, celui qui peut être jugé efficace par un despote omniscient et bienveillant, celui qui peut résulter d'un processus de décision collective efficace, tous dépendront des préférences des membres de la communauté, de la technolo-

gie existant, et des ressources disponibles. Un changement exogène dans l'un ou l'autre de ces aspects fondamentaux modifiera le degré de répression qui caractérise la loi globalement considérée.

La meilleure manière d'analyser la relation susdite consiste à le faire dans les termes du calcul d'une personne qui tente de choisir son niveau préféré de lois générales, considéré comme une variable continue dont les effets s'appliquent à elle-même autant qu'aux autres. Si nous interprétons les normes éthiques comme affectant le comportement par le biais de changements dans l'évaluation des arguments au sein des fonctions d'utilité individuelles, l'interdépendance entre lois et préférences saute aux yeux. Prenons un individu et supposons que ses préférences ne changent pas. Imaginons maintenant que, chez les autres membres de la communauté dans leur ensemble, les normes éthiques perdent l'influence restrictive qu'elles exerçaient dans les situations de conflit potentiel. L'effet de cette perte sur la quantité de loi formelle préférée par l'individu en question est aisément prévisible. L'individu préférera un système légal plus restrictif qu'auparavant. On peut lire des liens semblables entre technologie et quantité de loi préférée, et ces liens affleurent d'ailleurs dans les débats actuels sur la pollution de l'environnement. Jusqu'à l'apparition du moteur à explosion, il n'aurait été rationnel pour personne de souhaiter qu'une loi générale limite la liberté individuelle de rejeter des polluants dans l'air. Dans les années 70, par contre, nombre de gens pourront trouver ces restrictions désirables. La dimension des domaines de conflit potentiel entre les individus, et depuis là celle des domaines au sein desquels des transactions doivent avoir lieu pour que soit trouvé un équilibre entre la liberté individuelle illimitée et les limites comportementales édictées par les lois dépend essentiellement de la technique existant.

L'influence des modifications dans les ressources disponibles est tout aussi évidente. Le raisonnement économique le plus élémentaire montre que plus une communauté dispose de ressources, plus la potentialité de conflits en elle se trouve réduite. A mesure que la rareté des ressources se fait moins pressante, et que les problèmes économiques se font donc moins aigus, le besoin de lois limitant les droits individuels diminue. Une société primitive ne peut pas se permettre le gaspillage des ressources impliqué par les conflits comme tels, alors que, dans une société riche, certaines formes élaborées de conflit peuvent se révéler en soi porteuses d'utilité. Ce raisonnement élémentaire s'applique de manière évidente aux ressources matérielles, mais qu'en est-il lorsque l'accroissement des ressources prend la forme d'une augmentation de population plus importante que celle de ces mêmes ressources matérielles? Dans ce cas, si la communauté dans son ensemble devient plus riche, la quantité de ressources matérielles disponible pour chaque personne diminue. Les possibilités de conflit potentiel ont donc toutes les chances de s'accroître rapidement, surtout si l'espace est en pratique une ressource invariable au sens que Ricardo donne à ce terme. Une plus grande densité de population

tendra en conséquence à faire croître le niveau optimalement préféré de restrictions formelles sur le comportement humain.

Les changements affectant les divers paramètres, ajouterions-nous, peuvent être interdépendants. Une augmentation de la population peut modifier l'influence des normes éthiques sur les comportements individuels, ce qui peut modifier en retour la relation entre la dimension de la communauté et le niveau optimalement préféré de restrictions.

Si nous pouvons nous permettre de supposer que, pour l'individu dont nous parlions, le point d'équilibre entre liberté de choix et restrictions reste constant, une approche globale de l'évolution moderne pourrait nous porter plutôt à considérer que les hommes dans leur ensemble seraient enclins à choisir une quantité plus élevée de loi formelle à la fin du XX<sup>e</sup> siècle qu'à la fin du XVIII<sup>e</sup> ou qu'au XIX<sup>e</sup> siècle. Le progrès technique, la mobilité accrue et la densité plus grande de la population constituent autant d'éléments suggérant une plus forte interdépendance entre les gens et, ce qui est équivalent, des risques accrus de conflits potentiels. On peut donc supposer que les préférences des gens quant à la liberté et à l'ordre ne restent pas stables. Toute approche de la société contemporaine, particulièrement depuis les années 60, doit incorporer aussi la prise en compte qu'un changement profond de préférences est survenu qui a amené au moins certains individus et certains groupes à préférer plus de liberté individuelle et moins de restrictions. Bien que ses tenants aient sans doute exagéré l'étendue et l'impact à long terme du phénomène, ce qu'on a appelé « la nouvelle floraison de l'Amérique »<sup>15</sup> est un fait patent, au moins dans certaines parties de la société. Le jeune typique des années 70 n'attache pas à l'ordre autant de valeur que son aîné des années 50. En ce qu'elle est toujours influencée par les anciens préceptes éthiques, la structure légale pourra sembler dès lors trop répressive, trop favorable à l'ordre et trop restrictive par rapport à la liberté individuelle. Et une personne pourra en ces conditions en arriver à vouloir changer le système dans la direction de cette dernière, malgré un coût d'opportunité qui se calcule en termes de désordre et de comportements imprévisibles.

Une des caractéristiques les plus inquiétantes de la société contemporaine réside dans la non-généralité du changement des préférences. Si seul un sous-ensemble des membres de la communauté change ses préférences de la façon que nous venons de décrire, alors que les préférences des autres restent inchangées, la déception et la frustration par rapport à la structure légale ne peuvent que s'accroître quelles que soient les préférences qui l'emportent dans les choix politiques. Si c'est la découverte ou la redécouverte de la liberté individuelle qui caractérise la majorité politique ou les institutions chargées d'amender la loi fondamentale, les perdants seront ceux qui souffriront du

15. « *The greening of America* », selon le titre d'un ouvrage à succès de Charles A. REICH. N.d.T.

désordre. Si c'est au contraire le maintien des normes de conduites traditionnelles représentées par les lois formelles et informelles qui l'emporte, ceux que leurs préférences ont porté vers des inclinations libertariennes subiront des pertes d'utilité croissantes au fil du temps. Comme nous le notions plus haut dans ce chapitre, les moyens de réaliser des compromis entre ces intérêts divergents sont inefficaces ou inexistants.

Nous pouvons donc dire sur un plan général qu'il n'y a rien dans le paradigme du bien public qui implique la stabilité de la structure légale, bien au contraire. Notre analyse montre que cette structure dépend des paramètres de la société, et que des changements dans ces paramètres modifieront naturellement le contrat fondamental. La stabilité de l'ordre juridique ne semble sous cet angle présenter aucun avantage particulier, sauf si les préférences des individus les conduisent à valoriser la stabilité en tant que telle.

Cette conclusion est cependant infirmée si on prend en compte une des implications du paradigme complémentaire du capital. Dans le cadre de celui-ci, l'avantage qu'il peut y avoir à conserver les règles légales-constitutionnelles en vigueur parce qu'elles sont en vigueur, parce qu'elles sont constitutives de l'ordre établi, se fait jour. La loi n'est pas seulement publique, elle est aussi un *capital* public. Une fois cette dimension introduite dans l'analyse, tout projet de réduction ou d'augmentation du niveau de restrictions dans la société doit surmonter des obstacles que le paradigme du bien public ne permet pas de prendre en compte. La comparaison avec le capital ordinaire permet de le démontrer. Soit quelqu'un qui hérite d'un capital physique, disons un immeuble construit en 1900. Ce bien produit un flux de revenus annuels capitalisés de 10 unités qui correspond à une valeur de 100 unités pour le capital. Supposons maintenant que le nouveau propriétaire ne réussisse pas à vendre son bien tel qu'il est présentement utilisé ; et qu'il ne puisse le vendre qu'à des démolisseurs pour un montant de 20 unités. Ajoutons qu'il ne tient pas particulièrement à l'aspect actuel de son immeuble, et peut avoir connaissance d'autres possibilités d'investissement où 100 unités produiraient un rendement de 15 % au lieu de 10 %, mais que ces autres possibilités ne peuvent s'accomplir puisque, par hypothèse, l'immeuble ne peut être cédé en l'état. La rationalité impliquera en ces conditions que le propriétaire choisisse de conserver son immeuble plutôt que de le démolir, même s'il n'en est satisfait ni esthétiquement ni financièrement : la démolition stopperait le flux de revenus de 10 unités par an et ne permettrait que la récupération d'une valeur de 20 unités. La rationalité dictera au propriétaire de conserver son capital sous sa forme physique actuelle jusqu'à ce que le rendement de celui-ci soit inférieur à ce que produirait sa valeur de rebut.

Cette comparaison peut nous reconduire à la loi et au calcul rationnel d'un individu concernant son niveau préféré de restrictions légales. L'individu peut préférer que la structure légale ainsi que les normes éthiques en vigueur dans la société prennent une forme quelque peu différente de ce qui existe

dans l'ordre établi. Mais il a hérité de l'ordre légal tel qu'il est et non d'autre chose. Et il ne peut « vendre » cet ordre à un tiers. Son espace de choix se réduit à l'alternative inhérente à notre exemple. Il peut mettre la structure au rebut et tout reconstruire, mais s'il procède ainsi, il doit se rendre compte qu'une grande partie des rendements du capital existant sera détruite et que le flux des revenus ne retrouvera son niveau actuel que quand le nouvel investissement aura mûri. Il peut aussi conserver la structure telle quelle quand bien même il croit qu'une autre structure serait préférable à long terme et que des circonstances historiques différentes auraient pu produire un rendement supérieur. L'analyse économique élémentaire suggère qu'il peut y avoir un seuil élevé à franchir pour que la première option soit rationnelle. On sait que la règle juridique de *stare decisis* et, de manière plus générale, la mystique du conservatisme traditionnel se fondent sur cette idée ; la prise de décision économique rationnelle vient la renforcer. L'érosion d'un ordre légal-constitutionnel doit dès lors être vue comme ce qu'elle est : la destruction d'un capital social, avec toutes les conséquences qui s'ensuivent.

Cela ne veut pas dire, bien sûr, que des modifications de l'ordre constitutionnel ne doivent jamais prendre place. Le paradigme du capital suggère simplement que le changement des paramètres du système doit être suffisamment important pour que soit franchi le seuil qui sépare la destruction du capital de la simple consommation d'un flux de revenus.

## Chapitre

# 8

---

### Le dilemme du châtiment

**S**i les hommes pouvaient se fabriquer un dieu qui punirait les infractions aux règles humaines sans céder aux tentations du pouvoir, la stabilité et le progrès social seraient assurés. C'est seulement de cette manière qu'ils pourraient être certains que celui qui fait respecter le contrat constitutionnel est vraiment extérieur aux parties dont il protège les intérêts, et qu'il ne profite pas de son pouvoir pour exploiter ses protégés à ses fins personnelles. C'est seulement dans ce contexte que l'ordre social pourrait être assimilé à un match dans lequel l'arbitre ne serait ni un joueur parmi les autres, ni quelqu'un d'intéressé aux gains éventuels. Si les hommes pouvaient croire en un tel dieu, se conduire *comme* s'il existait, les lois formelles incarnées par les agences de ce que nous avons appelé l'Etat protecteur n'auraient pas à être observées. Respectant les règles établies et assuré que les autres les respecteraient aussi, l'individu, pourvu que les règles en cause soient un tant soit peu efficaces, vivrait et prospérerait dans un système d'interaction sociale ordonné. Mais la foi ne se commande pas, et celui qui imaginerait ce dieu ne pourrait être assuré du respect des règles. Fragile, l'homme ne peut compter que sur lui-même pour s'extirper définitivement de la guerre hobbesienne.

Comme Hobbes l'a bien compris il y a trois siècles, les individus en guerre s'associeront pour conclure un contrat avec un agent de paix extérieur et, parce qu'ils accordent à la paix une valeur très haute, céderont à celui-ci leur capacité de résistance. Le souverain hobbesien demeure extérieur aux parties, qui restent potentiellement en conflit. Pour le meilleur ou pour le pire, Hobbes envisageait l'assujettissement des individus à un maître souve-

rain et appliquant la « loi » selon son bon plaisir. Mais que se passe-t-il si les hommes n'acceptent pas de souverain ?

Qu'arrive-t-il s'ils considèrent nécessaire de choisir quelqu'un qui appartient à leur groupe et qui a les mêmes intérêts qu'eux pour faire appliquer la loi ? Comment peut-on laisser l'Etat-protecteur, qui doit faire respecter le contrat implicite représenté par la loi, aux mains de ceux-là même qu'il a pour mission de protéger ? Et dans ce cas, comment maintenir cet exécutant judiciaire sous contrôle ? Comment serait-il possible de déléguer le pouvoir d'appliquer les lois à quelqu'un de l'intérieur, et de traiter ensuite ce quelqu'un comme s'il était extérieur ?

Ce chapitre examine les problèmes que pose la nécessité que la loi soit appliquée de l'intérieur, par le groupe même des contractants. Comme l'indique le titre du chapitre, ces problèmes tournent autour du dilemme du châtement, de la manière de traiter ceux qui violent la loi. Le chapitre suivant abordera le problème du contrôle sur l'agence d'exécution des lois.

Les hommes ne peuvent créer un dieu, et ils ne peuvent tenir indéfectivement leurs promesses. Le monde n'est ni chrétien ni kantien, même si des partisans de l'une et l'autre doctrine y côtoient leurs frères païens et amoraux. La nécessité de faire respecter la loi doit être regardée en face, quelles que soient les aspirations romantiques à un paradis imaginaire. L'homme pourrait-il utiliser ses connaissances scientifiques et ses aptitudes techniques pour inventer et construire un agent non humain, une sorte de robot, qui fonctionnerait ensuite de lui-même sans pulsion morale, sans intérêt personnel, sans conscience de soi ? Serait-il possible d'inventer une institution policière qui fonctionnerait comme l'instrument du jugement dernier, et qui pourrait être mise en œuvre de façon efficace ? Les problèmes sont-ils seulement techniques, ou avons-nous peur de quelque Frankenstein ?

Ne repoussons pas ces questions du revers de la main. Il n'est pas besoin d'aller aux frontières de la science-fiction pour trouver des mécanismes programmés d'application de la loi. Certains existent déjà, comme les clôtures électrifiées et les pièges armés. On peut aussi imaginer que la science moderne produise des dispositifs permettant de prendre les contrevenants en flagrant délit et de leur infliger sur-le-champ un châtement corporel. Supposons, par exemple, qu'on puisse à peu de frais munir les téléviseurs de détecteurs qui feraient exploser l'appareil s'il était déplacé à plus d'une certaine distance de sa place programmée. Le propriétaire connaîtrait le code pour désarmer le mécanisme s'il voulait déménager son téléviseur, mais ce dernier serait sans cela inviolable. Un tel mécanisme automatique d'application de la loi semble satisfaire les exigences formelles de celle-ci. Il protégerait les droits du propriétaire et dissuaderait de voler tous ceux qui en connaissent l'existence. Quant aux autres, ils n'auraient rien à craindre à moins qu'ils ne transgressent manifestement la loi. Et il n'y aurait aucun danger que le dispositif outre passe son programme, qu'il se révolte et devienne le maître.

Il est néanmoins pratiquement certain que les valeurs modernes n'admettraient ni l'installation de ce genre de dispositif ni, indirectement, le financement de la recherche-développement susceptible de permettre sa mise au point. En pratique, si un voleur de téléviseur était blessé par un dispositif de ce genre, les tribunaux forceraient sans doute le propriétaire à le dédommager<sup>1</sup>. Le dilemme fondamental du châtiment se manifeste même dans cette quasi-fiction du policier robot. Pourquoi les hommes sont-ils apparemment si peu disposés à punir ceux qui violent les termes du contrat implicite en vigueur, la loi qui définit les droits individuels ?

## Le coût de punir

La contribution de l'économiste aux débats vient essentiellement de sa capacité professionnelle de concevoir les choix en termes d'arbitrage entre des objectifs conflictuels. Le principe sur lequel il s'appuie est celui du coût d'opportunité : on ne peut obtenir plus d'une chose qu'au prix du sacrifice d'une autre. Dans le chapitre précédent, nous avons présenté le droit, la structure légale, comme un capital public, avec les implications qui en découlent. Nous avons vu qu'il existe pour chaque individu un niveau efficient ou optimal de loi, définissable en termes d'égalité marginale entre le coût des restrictions additionnelles à la liberté et les avantages résultant d'une société plus ordonnée et plus stable. Bien que le sens, là, soit moins clair et moins opérationnel, on pourrait aussi tenter de définir pour l'ensemble de la société un niveau efficient ou optimal de loi en opérant une certaine agrégation des préférences individuelles.

Notre estimation du niveau efficient ou optimal de loi s'est jusqu'ici fondée sur l'hypothèse tacite que, une fois l'entente conclue, une fois tracées des limites acceptables par tous, chaque partie respecte le contrat. Nous avons toutefois montré au fil de l'analyse que chaque personne privée reste tentée par la défection, et qu'il est prévisible que certaines d'entre elles céderont si la loi n'est pas effectivement appliquée. Or, faire appliquer la loi est coûteux et notre modèle doit être assez général pour déterminer et le niveau préféré, optimal, de loi, et la force préférée, optimale, de son application. Des lois jugées efficientes quand leur application ne coûte rien peuvent apparaître inefficentes quand le coût de punir est pris en compte. La démarcation des droits dans le contrat constitutionnel, la spécification de la structure légale, est donc reliée aux coûts de la protection des droits, et des changements exo-

---

1. Comme le montre l'infâme jugement rendu en Iowa concernant un cas de piège armé. Pour une analyse des lois existant à ce sujet, voir Richard A. POSNER, « Killing or Wounding to Protect a Property Interest », *Journal of Law and Economics*, 14 avril 1971, 201-32.

gènes dans ces coûts affecteront le régime de droits qui, de prime abord, paraît viable. Cela étant reconnu, notre caractérisation initiale de l'Etat-protecteur doit être modifiée. Après avoir défini leurs droits, les individus pourront vouloir confier la tâche de les faire respecter à un agent extérieur, mais à condition que celui-ci remplisse cette mission à l'intérieur des limites qu'ils souhaitent. Les ordres donnés à l'agence spécialisée ne sauraient être « faites respecter les droits à tout prix », puisque le prix est payé par les mandants, et non par le mandataire. L'observation des lois, qui vient de leur mise en application pratique, est un bien public dont la production n'est pas gratuite.

L'application des lois comporte deux éléments. Premièrement, il faut déceler les infractions et identifier les contrevenants. Deuxièmement, il faut punir ces derniers. Ces deux activités comportent des coûts. Des ressources sont nécessaires pour détecter les infractions et identifier ceux qui les ont commises, et, étant données des fonctions de préférence individuelle inchangées, le coût augmente en fonction du degré d'observation de la loi souhaité. De plus, une fois qu'ils ont été découverts et identifiés, les contrevenants doivent être punis pour ne pas avoir respecté les termes du contrat implicite qui fonde la loi. Ce qui demande aussi des ressources : prisons, gardiens, systèmes de sécurité, etc. Mais le principal coût du châtement ne se mesure pas directement en termes de ressources matérielles. C'est un coût subjectif qui ne peut être défini que dans l'espace des utilités. L'imposition d'une peine à un être vivant, qu'il ait ou non violé la loi, cause une douleur, une perte d'utilité à toute personne normale qui, directement ou indirectement, a rendu la sentence. L'activité consistant à punir les autres est un « mal » économique, une activité non désirée que toute personne normale essaiera d'éviter ou voudra modérer, même si éviter ou modérer doit avoir un coût.

L'aspect « négatif » du châtement se trouve exacerbé chez l'individu par la conscience du risque qu'il court de tomber lui-même sous le coup des normes qu'il impose. Il peut se retrouver parmi ces « autres » contre qui une sentence sera prononcée. L'intérêt personnel peut, dans certaines circonstances, dicter de passer outre à certaines lois ou règles de conduite. Les infractions au Code de la route l'illustrent bien. Sachant qu'il sera lui-même contrevenant occasionnel, l'individu hésitera à accepter des institutions qui imposent des peines sévères, même s'il souhaitera que tous les autres soient conduits à respecter les règles valables pour tous par des sanctions suffisamment lourdes. L'individu qui préférera que les autres obéissent volontairement à la loi tandis qu'il conserverait sa propre liberté de passer outre souhaitera lui aussi que des peines plus sévères soient imposées aux autres. La conscience de la possibilité que des erreurs se produisent dans le processus de punition joue dans le même sens lorsqu'il s'agit de choisir les institutions. Quand bien même il sait à l'avance qu'il ne violera aucune loi, aucune règle d'application générale dans la société, l'individu devra prendre en considération le risque qu'il soit un jour victime innocente d'une erreur judiciaire. C'est un fait que la

protection des innocents a toujours représenté un objectif central, voire l'objectif dominant, de la jurisprudence anglaise et américaine.

Il importe de bien distinguer le coût en termes de douleur (la perte d'utilité) qu'implique le fait de choisir des institutions qui feront souffrir les contrevenants, et le coût en termes de douleur (la perte d'utilité) qu'implique la mise en œuvre même du châtement qui a été prévu. C'est le premier de ces deux coûts qui nous intéresse ; le second peut être confié à un simple agent. Ce que nous avons appelé le dilemme du châtement provient du fait que le bien public qu'est le respect de la loi exige l'acceptation du mal public que constituent les sanctions pénales<sup>2</sup>. Nous ne vivons pas dans un monde où les hommes obéissent à la loi sans y être poussés par la crainte du châtement ; si tel était le cas, nous n'aurions pas besoin de lois : nous serions dans l'anarchie ordonnée.

## La dimension temporelle de la peine

Le calcul des coûts et des avantages qui détermine le degré de sévérité des peines qu'on préfère est plus complexe qu'un simple arbitrage entre bien public et mal public. L'administration de la peine est nécessairement *ex post* ; le contrevenant est puni après qu'il a commis ce qu'il a commis. L'objectif de la peine, d'autre part, est *ex ante* ; les institutions pénales sont choisies dans le but de prévenir les infractions, de dissuader les contrevenants. Imaginons une personne qui participe au choix collectif des règles pénales sanctionnant une infraction donnée. Les avantages de punir se mesurent dans les termes de la dissuasion anticipée ; le coût, dans les termes de la douleur, de la perte d'utilité que cause le mal qu'il faudra faire subir à ceux qui n'auront pas été dissuadés. Cela semble assez clair jusqu'au moment où on se rend compte que, lorsqu'une infraction est commise qui tombe sous le coup d'une règle établie, il faut supporter un « coût de punir » tout à fait différent, car on peut voir la mise en œuvre de la règle<sup>3</sup>. On voit effectivement des gens souffrant de la coercition de la règle *après l'accomplissement du forfait*. Le mal que l'infraction elle-même a causé est passé ; aucune peine ne peut rétablir le *statu quo ante*. A ce stade, tout membre de la société, celui qui a été lésé par l'infraction comme celui qui l'a commise, peut se trouver tenté de modifier les règles qui le satisfaisaient pourtant dans le cadre de ses prévisions ou de ses références constitutionnelles. La présence d'incertitudes quant à l'identifica-

2. Pour une analyse du dilemme du châtement située dans un contexte différent, voir mon « The Samaritan's Dilemma », in *Altruism and Economic Theory*, sous la direction de Edmund S. PHELPS, New York, Russell Sage Foundation.

3. Pour une approche générale des différentes notions de coût applicables ici, voir mon livre *Cost and Choice : An Inquiry in Economic Theory*, Chicago, Markham Publishing Co., 1969.

tion du coupable va conforter cet état d'esprit. Si une personne normalement constituée encourt une perte d'utilité à la vue du châtement infligé à un criminel reconnu, elle souffrira encore davantage de la possibilité que des prévenus soient accusés et condamnés injustement. Il peut alors s'ensuivre un effondrement complet des références, et la personne peut commencer à mettre en balance le coût actuel du châtement des contrevenants et les avantages anticipés de l'application de la peine ; les règles rationnellement choisies auparavant peuvent s'en trouver abandonnées ou atténuées<sup>4</sup>.

Dès lors qu'il est admis que les châtements qui sont administrés aujourd'hui peuvent informer les choix concernant la sévérité des peines pour l'avenir, le taux d'escompte, l'arbitrage subjectif que les individus font entre le présent et l'avenir, influera sur la décision. Voir infliger une peine étant source de désutilité, la sévérité des peines fixées pour l'avenir diminuera avec l'augmentation de ce taux. Cet impact du taux d'escompte subjectif introduit un élément d'instabilité dans le système d'interaction. La décision de ceux qui contreviennent à la loi comporte en effet aussi une dimension temporelle. Comme nous l'avons noté précédemment, violer la loi équivaut à détruire un capital social. Ceux qui le font recherchent un gain immédiat ; ils mettent en balance la valeur espérée de ce gain avec les coûts futurs impliqués par le châtement. La décision de ne pas respecter la loi est le fruit d'un arbitrage entre ce gain et ces coûts. Une augmentation du taux d'escompte subjectif conduira logiquement en ces conditions à un accroissement des violations de la loi. Or, dans la mesure où on peut dire sur la base de ce que nous écrivions un peu plus haut que cette même augmentation conduira, *ceteris paribus*, à une réduction des peines *effectivement* infligées, l'analyse suggère qu'une augmentation du taux d'escompte subjectif provoquera d'un même mouvement *et* un accroissement des violations de la loi *et* une réduction des peines infligées aux contrevenants. Ce qui pourra en conséquence et par le simple effet d'un réajustement des calculs avantages-coûts susciter plus de violations encore. A mesure que la dégradation visible de l'ordre s'accomplit, le taux d'escompte subjectif a toutes les chances de s'accroître encore. L'ordre peut fort bien dégénérer jusqu'à ce que des forces exogènes interviennent pour rétablir la stabilité.

Dans le contexte de notre modèle, le changement exogène des « goûts » peut aussi mettre en branle des réactions en chaîne instables. La consomma-

4. Mon analyse suggère que, *ceteris paribus*, voir infliger des peines aux contrevenants impose une perte d'utilité aux membres typiques de la société. Cela n'est pas forcément exact, surtout en ce qui concerne les crimes graves : des individus peuvent tirer de l'utilité à voir en pareils cas quelqu'un payer pour son crime, et à constater que « justice est faite ». Ce point ne modifiera pas l'essentiel de mes conclusions et fera simplement apparaître moins grave le problème soulevé. Si, à l'extrême, le membre typique de la société devait jouir de la peine infligée à autrui, il me faudrait évidemment inverser mes conclusions. Je suis néanmoins d'avis que dans la société moderne, les attitudes se rapprochent davantage du modèle ici impliqué que du modèle inverse.

tion de la marijuana en fournit un exemple d'actualité. Les lois datant d'avant 1960 imposaient des peines nominales sévères aux consommateurs et aux vendeurs de cette drogue. Selon toute apparence, un changement de préférences se produisit au cours des années 60, provoquant un accroissement très fort du nombre des consommateurs et, comme il fallait s'y attendre, du nombre des contrevenants tombant sous le coup des sanctions pénales prévues par la loi. Les non-consommateurs observèrent la répression et la trouvant déplaisante commencèrent à réclamer un relâchement des normes appliquées. Il s'ensuivit naturellement une augmentation de la demande de marijuana, puis de nouvelles demandes de réduction des peines ou de « décriminalisation ». Le seul moyen de mettre fin au processus est de supprimer les restrictions légales et de faire passer la consommation de marijuana dans le domaine des interactions sociales régies par l'anarchie. La conclusion qui semble se dégager de l'analyse, comme de l'exemple utilisé, est que le choix social de base entre imposer ou ne pas imposer de restrictions doit se faire *ex ante*, au moment des prévisions, au stade constitutionnel, et qu'il ne doit pas subir l'influence du caractère visible de la répression.

## **La dimension stratégique ou constitutionnelle du châtime**

Il ne sera possible d'échapper au dilemme du châtime que si le choix des institutions pénales est fait sur un mode stratégique, au stade du choix constitutionnel, et non sur le mode de l'expédient. La société sera déçue par les processus institutionnels complexes qui sont les siens aussi longtemps qu'elle ne fera que réagir aux infractions après qu'elles auront été commises. Les contrevenants en puissance peuvent exploiter et ils exploiteront une stratégie basée sur la réaction ; et la société sera engluée dans une situation insoutenable où elle imposera un degré de châtime inférieur à ce qui serait efficace et obtiendra une observation des lois inférieure à ce qui serait optimal tout en n'échappant de toute manière pas à la douleur de devoir punir. C'est précisément cette réponse réactive au problème de l'observation des lois qui engendre la confusion qui entoure aujourd'hui la dissuasion. Une peine décidée *ex post* pour un délit ne peut constituer une dissuasion *ex ante* pour ce même délit. Traité uniquement sur un mode réactif et indépendamment de toute dimension de rétribution, le recours explicite au châtime peut sembler être l'imposition d'une souffrance arbitraire, une action qui apporte une désutilité à ceux qui en sont témoins et en fin de compte responsables. Et la réponse de l'exécutant judiciaire maximisateur d'utilité en tant qu'agent de la communauté pourra être de ne pas punir ou d'imposer une peine trop légère

en comparaison de celle qui aurait été choisie stratégiquement par la même communauté au stade constitutionnel.

En disant que les institutions pénales devraient être choisies de manière stratégique au moment des décisions constitutionnelles plutôt qu'au stade postconstitutionnel, j'entends signifier tout simplement que la politique et l'organisation de l'application des lois devraient être déterminées avant que ne se produisent des violations explicites de la loi, et indépendamment des violations observées, et cela quand bien même on sait que ceux qui délèguent le pouvoir de punir subiront, dans certaines circonstances, de grandes pertes d'utilité. Dans ce domaine comme dans d'autres dont nous avons parlé, c'est à un agent *extérieur* que les directives concernées devraient être données, directives qu'il conviendrait de rendre irrévocables<sup>5</sup>.

Un exemple numérique simple nous aidera à exposer plus clairement cet argument. Considérons la figure 8-1. Soit l'individu *B* qui a commis un crime, et donc violé la loi. Dans un contexte de stimuli-réponses tel celui représenté par le tableau, le seul choix qui reste à l'individu *A* (qui, par hypothèse, participe à la décision collective mais n'est pas affecté par le crime) est de décider si *B* sera puni ou non. (Je me limite ici à la stricte alternative punition/non punition, une analyse plus sophistiquée lui substituerait une variable continue.) *A* peut donc choisir de ne pas imposer de peine, ce qu'il fera si sa perte d'utilité est égale ou supérieure aux avantages pour lui de la punition.

Dans la figure 8-1, le premier chiffre de chaque case donne une mesure d'utilité pour *A*. La situation représentée est telle que si *A* prend sa décision *ex post*, il s'abstiendra de punir. Imposer une peine à *B*, le faire souffrir, ferait perdre plus d'utilité à *A* qu'une absence de réaction. Rester inactif en sachant que *B* restera impuni après avoir violé la loi impliquera aussi une perte d'utilité pour *A*, mais cet inconvénient pourra fort bien être moindre que celui que la punition implique. Le chiffre de droite donne, lui, une mesure d'utilité pour *B*. Si *B* est puni, la perte d'utilité pour lui sera relativement importante. S'il n'est pas puni, il pourra s'assurer un gain d'utilité qui s'ajoutera à ce qu'il a déjà obtenu en violant la loi ; il pourra en effet éprouver un certain bonheur à l'idée qu'il a victorieusement exploité la « faiblesse » de *A*.

Figure 8-1

		B
A	<i>Punition</i>	- 2, - 10
	<i>Non-punition</i>	- 1, + 4

5. Voir MONTESQUIEU, *L'esprit des lois* dans l'édition anglaise, vol. 38, Great Books of the Western World, Chicago, Encyclopedia Britannica, 1952, p. 35.

Mais comme je l'ai souligné, et comme l'analyse devrait l'avoir démontré, il est inadéquat d'envisager la peine sur le mode d'une réaction à des cas d'espèce. L'individu *A*, qui représente ici le participant au choix collectif de la politique pénale, doit donc considérer ce choix *ex ante*, c'est-à-dire avant que la loi ne soit violée. Il doit choisir les institutions pénales en fonction de ce qu'il prévoit être leur impact sur les décisions de tous les *B* (qui incluent alors *A* lui-même) concernant le respect ou non des prescriptions du système légal au stade postconstitutionnel. Tous les gens sont des contrevenants en puissance, y compris ceux qui déterminent les règles pénales, et c'est l'effet global de celles-ci sur les comportements que doit prendre en compte la décision constitutionnelle stratégique qui guidera les politiques ultérieures<sup>6</sup>.

Figure 8-2

		B		
		Obéissance à la loi	Violation de la loi	
A	Punition des infractions	(,67) + 4, + 2	(,33) - 2, - 10	+ 2
	Non-punition des infractions	(,0) + 4, + 2	(1,0) + 1, + 4	- 1

La situation est représentée par la figure 8-2, où on ne présume plus de ce que *B* fera. Si *A* mandate une agence collective pour imposer des peines à ceux qui auront violé la loi, et si sa décision est promulguée et crédible pour tout *B* potentiel, elle pourra en pratique influencer sur les comportements. Dans la mesure où ce sera le cas, *B* ne violera pas la loi et *A* n'aura pas à souffrir de la désutilité que lui causerait le spectacle du châtement.

Les chiffres dans les cases sont toujours des mesures d'utilité, le premier pour *A*, le second pour *B*. On notera que, dans un contexte de comportement purement réactif, une ligne est dominante pour *A* : quelle que soit la conduite adoptée par *B*, *A* décidera de ne pas punir. Si cependant *A* prévoit que la stratégie de châtement présélectionnée modifiera le comportement de *B*, il pourra maximiser son utilité en choisissant de punir. Posons l'hypothèse qu'une peine, six mois de prison par exemple, sanctionne un délit, disons un vol non

6. On constatera que la thèse que je développe ici relève essentiellement d'une théorie contractualiste de la peine, et, même si l'une et l'autre ne sont pas sans relation, d'une théorie utilitariste de celle-ci. Dans une théorie authentiquement contractualiste, le « droit » de certaines personnes d'en punir d'autres ne soulève aucun problème puisque les individus qui vivent sous le régime du contrat social implicite que représente tout ordre juridique sont présumés avoir choisi d'être punis comme la loi l'ordonne s'ils deviennent contrevenants. Je pense que mes arguments à cet égard se rapprochent de ceux de Kant et, surtout, de ceux de Hegel. Sur la théorie hégélienne et l'usage qu'en a fait MARX, voir Jeffrie G. MURPHY, « Marxism and Retribution », *Philosophy and Public Affairs*, vol. 2, printemps 1973, p. 217-243.

qualifié, dès la première infraction. L'individu *A*, qui participe à la décision politique, peut décider ou d'infliger cette peine ou de laisser les voleurs en liberté. Supposons qu'il considère qu'un engagement ferme *ex ante* d'appliquer la sanction réduira des deux tiers la probabilité que *B* commette un vol non qualifié. Ce qui veut dire que dans deux cas sur trois, son engagement produira un résultat entrant dans la colonne 1, qui est nettement préférable à n'importe lequel des résultats de la colonne 2. S'il décide de ne pas punir, par contre, *A* pourra prévoir que *B* violera la loi dans trois cas sur trois. Si ces probabilités (qui sont notées entre parenthèses dans le tableau) influencent sa décision, *A* choisira de punir plutôt que de ne pas punir. L'utilité qu'il peut espérer dans l'une et l'autre alternative est indiquée à droite de la matrice : *A* peut raisonnablement s'attendre à gagner deux unités d'utilité s'il choisit de punir, quand bien même il sait que, dans un cas sur trois, il perdra deux unités.

D'une manière générale, le choix de *A* dépendra, premièrement, de la relation qui existe entre les avantages attendus du respect de la loi et les pertes d'utilité qu'entraîne la nécessité de punir, et, deuxièmement, de l'influence anticipée de son choix sur le comportement des *B*. Si *A* attache une grande valeur à l'ordre public et/ou dans la mesure où le fait que des hommes subissent une peine le laisse indifférent (si *A* est un « homme dur » qui croit à la punition), il aura tendance, *ceteris paribus*, à privilégier constitutionnellement une nomenclature de peines assez sévères. Si, au contraire, il s'inquiète peu des externalités causées par le désordre, s'il est relativement sensible à la douleur imposée à autrui (s'il est un « homme bon », qui croit que tous les hommes lui ressemblent), ou s'il craint d'être lui-même sanctionné soit en raison d'une infraction qu'il aura commise, soit en raison d'une erreur judiciaire, il jettera son dévolu, *ceteris paribus*, sur des institutions pénales plutôt douces. L'effet de ce choix sur le comportement de *B*, que voulait écarter la condition « *ceteris paribus* », peut, cela dit, annuler les autres facteurs. Si *A* prévoit que le comportement de *B* (tous les *B* en puissance) est très sensible aux sanctions pénales, son choix se portera rationnellement sur une stratégie de châtement sévère, même s'il a un tempérament plutôt pacifique. S'il prévoit au contraire que les *B* seront peu dissuadés par les sanctions pénales, même le plus « dur » des *A* pourra rejeter une stratégie pénale sévère. Si *A* estime, enfin, que le comportement de *B* n'est pas modifiable, toute considération stratégique sera absente de sa décision ; les sanctions ne pourront pas être appliquées, et le groupe restera dans l'anarchie hobbesienne.

On peut aisément augmenter la portée de l'analyse en faisant varier la sévérité des peines, ce qui nous permettra de définir les conditions permettant d'atteindre des institutions efficaces ou optimalement préférées. Comme nous l'avons vu, le choix *ex ante* d'un accroissement de la sévérité des peines réduira la probabilité des infractions à la loi : c'est la colonne « avantages » dans le choix constitutionnel. Mais cette sévérité même des peines augmen-

tera la perte d'utilité susceptible de résulter de leur application : c'est la colonne « coûts » dans le choix constitutionnel. Pour toute personne, A, considérée comme participant au choix communautaire d'une structure légale, le niveau efficient ou préféré de punition est atteint lorsque les quantités marginales s'égalisent, c'est-à-dire lorsqu'une petite augmentation (ou une petite réduction) des peines produit des gains marginaux pour l'ordre social qui compensent exactement les pertes marginales qu'entraîne chez elle le mal supplémentaire imposé aux contrevenants, gains comme pertes étant évalués en fonction des préférences de celui qui fait le choix.

Une autre de nos hypothèses simplificatrices doit être modifiée à ce stade. J'ai parlé des niveaux de châtement, qui incluent une dimension « sévérité » (durée de l'incarcération, montant des amendes, douleur physique, etc.), en supposant implicitement que la dimension « certitude de la peine » était déterminée de manière exogène. Les analyses criminologiques modernes insistent pourtant sur le jeu de ces deux dimensions, sévérité de la peine et probabilité de son application, et sur les arbitrages possibles entre les deux. La sévérité d'une peine peut se trouver réduite si les contrevenants en puissance sont certains qu'ils la subiront, et inversement. Cette mise en balance de la certitude et de la sévérité de la peine introduit une interdépendance entre les aspects pécuniaires et non pécuniaires de l'application des lois. Accroître la probabilité que l'infraction sera punie peut coûter cher en frais d'enquête et d'identification des contrevenants, donc en frais de police, sans que la désutilité globale que les mesures pénales entraînent ne change substantiellement. Prenons un exemple. Supposons qu'une politique permette une meilleure efficacité de la police et porte, disons, de 20 % à 50 % le nombre de délinquants arrêtés et condamnés à trois mois de prison.

Cette politique peut avoir le même effet qu'une autre politique qui consisterait à faire passer la peine de prison de trois à six mois sans que la police ait à être plus efficace. La première option exige des crédits budgétaires et n'impose de coûts d'utilité que dans la mesure où les fonds auxquels on a recours doivent être détournés d'autres usages utiles. La seconde option requerra peu de nouvelles ressources, mais elle entraînera des coûts non pécuniaires, des pertes d'utilité<sup>7</sup>.

## L'uniformité des règles pénales

Nous avons analysé les choix de A, considéré comme participant à l'institution des règles fondamentales du droit, sur la base de l'hypothèse que tous

7. Sur cet échange et ses implications pour la politique pénale, voir Thomas IRELAND, « Public Order as a Public Good », *op. cit.*

les contrevenants en puissance réagiront de manière identique aux diverses stratégies pénales. Or, un problème se pose quand le nombre des contrevenants potentiels est important et/ou quand les réactions anticipées varient beaucoup de l'un à l'autre. Dans ces conditions, plus proches de la réalité du fonctionnement du monde, la stratégie pénale préférée, la plus efficiente, variera selon le contrevenant potentiel qu'elle visera.

Reprenons notre illustration numérique en supposant que la réaction anticipée de certains contrevenants potentiels, les  $B_1$ , est celle représentée à la figure 8-2 ci-dessus. Le fait de s'engager à punir les vols non qualifiés par six mois de prison réduira des deux tiers le nombre de ces délits. Nous avons vu qu'étant donné cette probabilité,  $A$  (ou le groupe des  $A$  qui procède au choix collectif) préférera la stratégie consistant à punir. La stratégie préférée sera néanmoins différente s'il existe un deuxième groupe de contrevenants en puissance, les  $B_2$  dont le comportement est représenté à la figure 8-3. L'option qui se révélait être maximisatrice d'utilité dans l'application aux  $B_1$  de l'alternative « punir ou ne pas punir », c'est-à-dire l'option de punir, ne réduira que de 10 % les infractions des  $B_2$ . Placé devant ce nouveau choix,  $A$ , s'il est rationnel, rejettera la stratégie de la punition. Car la perte d'utilité que provoque le châtement effectif fait plus que compenser le gain minime d'utilité résultant du respect de la loi que la crainte suscite.

Figure 8-3

		B <sub>2</sub>		
		Obéissance à la loi	Violation de la loi	
A	Punition des infractions	(,1) 4, 2	(,9) - 2, - 10	- 1,4
	Non-punition des infractions	(,0) 4, 2	(1,0) - 1, 4	- 1

Les deux volets de la figure 8-4 nous permettront d'approfondir. Trois options pénales, plutôt que deux, sont désormais possibles (le modèle pourrait aussi être élargi de façon à permettre de considérer un éventail continu des peines, mais cet élargissement ne serait ici d'aucune utilité). Si l'individu  $A$  qui participe au choix ne considère que les contrevenants potentiels appartenant au groupe des  $B_2$ , et si ses prédictions concernant la réaction de ceux-ci sont celles données en la figure 8-4 (II), il préférera une stratégie pénale sévère. Au contraire, s'il ne prend en compte que les contrevenants potentiels appartenant au groupe des  $B_1$  et si ses prédictions concernant la réaction de ceux-ci sont celles données en la figure 8-4 (I), il préférera les peines modérées. Cet exemple montre bien que les mesures pénales préférées varient en fonction des réactions anticipées. Car, on l'aura bien noté, il n'y a pas d'autre différence entre 8-4 (I) et 8-4 (II) que celle séparant les  $B_1$  et les  $B_2$ . Les indicateurs d'utilité sont identiques d'une matrice à l'autre.

Figure 8-4

		I		
		B <sub>1</sub>		
		Obéissance à la loi	Violation de la loi	
A	<i>Punition sévère des infractions</i>	(,75) 4, 2	(,25) - 5, - 20	1,75
	<i>Punition modérée des infractions</i>	(,67) 4, 2	(,33) - 2, - 10	2
	<i>Non-punition des infractions</i>	(,0) 4, 2	(1,0) - 1, 4	- 1

		II		
		B <sub>2</sub>		
		Obéissance à la loi	Violation de la loi	
A	<i>Punition sévère des infractions</i>	(,5) 4, 2	(,5) - 5, - 20	- ,5
	<i>Punition modérée des infractions</i>	(,1) 4, 2	(,9) - 2, - 10	- 1,4
	<i>Non-punition des infractions</i>	(,0) 4, 2	(1,0) - 1, 4	- 1

Les contraintes dans le cadre desquelles A doit choisir impliquent cependant qu'une même peine soit appliquée à tous ceux qui commettent la même infraction. Il pourrait être relativement facile pour un souverain hobbesien d'imposer des peines différenciées selon le groupe auquel le contrevenant appartient, et d'atteindre ainsi un degré d'efficacité plus grand. Mais la question à laquelle nous sommes confrontés est différente : Comment une communauté de personnes ayant initialement convenu d'une définition des droits peut-elle s'entendre sur des institutions judiciaires qui soient suffisamment efficaces lorsqu'il est prévisible que les réponses comportementales seront très différentes d'un groupe à l'autre ? Même si on laisse de côté toute la difficulté qu'il y a à connaître les individus ou les groupes qui seraient prédisposés à la violence, on peut se demander pourquoi ces individus et ces groupes accepteraient quant à eux un système de peines discriminatoires au moment de l'accord théorique. Les avantages qui découleraient de ce système profiteraient sans doute beaucoup plus aux autres membres de la société qu'à ceux qui, du point de vue de la « rationalité sociale », devraient y être soumis.

Il semble donc impossible qu'un système de peines discriminatoire, quelle que soit son efficacité potentielle, soit accepté. Comme nous l'avons

noté, les attitudes et les discours publics concernant les sanctions pénales laissent de côté l'approche constitutionnelle théorique et tendent à fonctionner sur le mode de simples réactions *ex post* aux infractions : il n'y a pas en leur cadre de fondement pour un traitement différencié. Dans notre exemple, les individus  $B_1$  et les individus  $B_2$  violent la même loi, commettent la même offense. La communauté peut réagir soit en punissant, soit en ne punissant pas, mais il n'y a pas de base lui permettant de traiter un contrevenant différemment d'un autre contrevenant. Un scénario plausible reposera donc nécessairement sur l'exigence qu'un même assortiment de peines soit appliqué de façon générale à toutes les personnes de la communauté, même si des différences dans les réponses comportementales sont prévisibles. Ce qui aura pour conséquence que, quelles que soient les institutions pénales choisies, les sanctions imposeront un degré de répression excessif et inutile à certains contrevenants potentiels, alors qu'elles manifesteront envers d'autres une permissivité exagérée et injustifiée. Des conditions formelles pour la sélection de l'ensemble d'institutions le plus efficace pourraient, bien sûr, être définies en mesurant en termes d'utilité les pertes d'opportunité s'opérant dans un sens et dans l'autre.

## Le choix public des peines

Des analyses formelles de l'application efficiente de la loi ont été élaborées par plusieurs économistes contemporains et nous n'y reviendrons pas ici<sup>8</sup>. L'examen sommaire de la politique pénale que nous avons présenté ci-dessus était basé sur un modèle de deux personnes,  $A$  et  $B$ , considérées comme représentatives. En tant que participant au choix collectif présumé s'opérer au stade constitutionnel, choix censé concerner notamment les institutions pénales à établir,  $A$  peut sélectionner conceptuellement l'option qu'il préfère sur la base de sa propre fonction d'utilité, de ses aptitudes, de ses dotations, de la réaction anticipée des contrevenants potentiels aux mesures pénales, de ses prévisions concernant le fonctionnement des institutions à choisir, ainsi que des informations dont il dispose sur les ressources requises pour la réalisation de celles-ci. Sa préférence ira à un dosage de la probabilité et de la sévérité des peines. Si les choses s'arrêtaient là, peut-être que les plus grandes difficultés liées au dilemme du châtement n'émergeraient jamais.

---

8. Voir Gary BECKER, « Crime and Punishment : An Economic Approach », *Journal of Political Economy*, vol. 76, mars-avril 1976, p. 169-217 ; Gordon TULLOCK, *The Logic of Law*, New York, Basic Books, 1971 ; George STIGLER, « The Optimum Enforcement of Laws », *Journal of Political Economy*, vol. 78, mai-juin 1970, p. 526-536 ; et Gary BECKER et George STIGLER, *Law Enforcement, Corruption and the Compensation Enforcers*, communication présentée au Colloque sur le capitalisme et la liberté, Charlottesville (Virginie), octobre 1972, mimeo.

Dans une interaction simple telle que celle-ci, *A* reconnaîtrait la nécessité que le choix au stade constitutionnel soit stratégique et admettrait ce qui découle : une fois la décision prise, il ne serait plus question de la modifier en fonction de considérations opportunistes ultérieures. Le problème est qu'il y a plusieurs *A* dans la communauté, y compris tous les *B* en puissance, et que la sélection des institutions judiciaires-pénales doit être collective plutôt qu'individualiste. Chaque membre de la communauté peut déclarer quelle est l'institution qu'il préfère, mais les diverses décisions individuelles doivent être combinées de quelque manière en un résultat social et collectif unique. Tous les problèmes de l'agrégation des choix individuels se posent alors.

Les institutions judiciaires-pénales qui satisfont des préférences individuelles sont potentiellement très nombreuses. En examinant le contrat constitutionnel théorique, nous avons analysé plus haut les problèmes qui compliquent la conclusion d'un accord, notamment ceux concernant la quantité et la portée des lois. Dans la mesure où le premier pas hors de l'anarchie prend la forme d'un pacte de désarmement par le biais duquel chaque personne s'engage à respecter les droits d'autrui, il est plus facile de s'entendre ensuite sur les conditions subsidiaires. Titus et Caius acceptent une convention de désarmement qui interdit à chacun d'envahir le domaine de l'autre. Cela ne signifie évidemment pas que la délimitation des droits individuels émerge naturellement, mais plutôt que, une fois les droits définis, le contrat est plus ou moins complet. Nous avons montré que la définition de la ligne de démarcation appropriée séparant les interactions soumises à des lois formelles et celles qui ne le sont pas constituait l'un des aspects les plus difficiles du contrat social. Comme nous l'avons analysé, le contrat social fondamental doit aussi stipuler les conditions selon lesquelles la communauté peut entreprendre des actions au stade postconstitutionnel ; autrement dit, il doit établir les règles de prise de décision collective concernant l'offre et le financement des biens et services publics. Les individus peuvent fort bien ne pas s'entendre sur les propriétés fonctionnelles de diverses règles de décision et, par conséquent, préférer des institutions différentes. Je n'ai pas pris en compte ce problème en tant que tel ; j'ai postulé simplement qu'une entente générale sur les règles de décision serait possible<sup>9</sup>.

J'ai affirmé dans le présent chapitre que le contrat constitutionnel présumé qui gouverne le fonctionnement de la société devait aussi définir les règles et institutions pénales. La recherche d'un consensus dans ce domaine est toutefois de nature à soulever plus de problèmes que presque tout autre aspect du contrat fondamental. Les problèmes dont il s'agit sont semblables à ceux que pose un accord sur le domaine de la loi et que nous avons abordés

---

9. Si je n'ai abordé ni la question des règles préférées pour les choix collectifs ordinaires ni celle de l'efficacité des différentes règles, c'est en partie parce que le sujet a déjà été traité : voir James M. BUCHANAN et Gordon TULLOCK, *The Calculus of Consent*.

au chapitre 7. Le processus même d'adoption d'une constitution peut requérir qu'on s'entende d'abord sur un principe de décision. Les membres du groupe seront vraisemblablement tous intéressés individuellement par l'adoption de règles destinées à punir ceux qui violent les clauses du contrat fondamental, mais dans la mesure où ils ne s'entendront pas sur la sévérité des peines, ils devront d'abord convenir de la manière d'en arriver à un ensemble unique des règles pénales. Si le principe majoritaire est retenu, le fameux paradoxe de Condorcet peut fort bien se faire jour : il sera tout à fait possible que certaines formulations de préférence individuelles soient multimodales, ce qui pourra produire des majorités cycliques<sup>10</sup>. Même si on écarte cette possibilité, la déception des participants dont les préférences ne tombent pas dans la médiane du groupe devra être prise en compte. Prendre une décision majoritaire équivaut à satisfaire les préférences de l'homme médian. Le choix d'institutions judiciaires-pénales qui combleront l'homme médian ne pourra que rendre malheureux tous ceux qui sont des deux côtés de la médiane : certains trouveront le choix effectué trop répressif, les autres le jugeront trop permissif.

Comme dans le cas des négociations contractuelles que nous avons imaginé concernant les restrictions du comportement, il devrait, pour peu qu'on puisse envisager des paiements de compensation distincts du choix même des peines, être possible de parvenir à un accord général sur le niveau de la répression pénale. Ceux qui ont une forte préférence pour des peines sévères pourraient ainsi, dans certains cas, acheter le consentement de ceux qui préfèrent la clémence, ou inversement. En théorie, une entente est donc possible, mais, en pratique, il est beaucoup plus difficile de parvenir à un compromis acceptable à partir de préférences différentes dans ce domaine que dans presque tous les autres domaines du contrat constitutionnel théorique.

Le choix collectif d'institutions judiciaires-pénales présente, disions-nous, des difficultés qui n'existent pas dans d'autres secteurs de l'entente constitutionnelle. Comme notre analyse l'indique, il est essentiel que le choix des règles pénales soit fait au stade constitutionnel où les implications stratégiques des diverses options sur les comportements individuels peuvent être évaluées et où des prédictions peuvent être faites. Ce qui veut dire que les règles pénales doivent être choisies avant que la punition ne devienne nécessaire. L'individu participant au choix constitutionnel, cependant, peut ressentir que ces implications stratégiques ne sont pas évidentes. Il ne se sent pas, en tant qu'individu, responsable du résultat des délibérations du groupe ; les coûts et les avantages de la décision seront répartis parmi tous les membres

---

10. Les recherches contemporaines les plus importantes sur le paradoxe du vote sont celles de Kenneth ARROW, *Choix collectif et préférences individuelles*, Paris, Calmann-Lévy, 1974 et de Duncan BLACK, *Theory of Committees and Elections*, Cambridge, Cambridge University Press, 1958.

de la communauté et sur une longue période de temps. L'individu en question se comportera donc comme l'acheteur d'un bien public pur. Il ne sera pas motivé à rechercher des informations sur les options disponibles<sup>11</sup>.

Dans la mesure où une approche rationnelle-stratégique du choix des institutions judiciaires-pénales exige une analyse plus élaborée qu'une simple tactique de réaction, la collectivisation des décisions constitutionnelles engendrera là des complications. Les règles pénales qui sortiront d'un processus de délibération ne traduiront pas forcément une comparaison sérieuse des options possibles. Les résultats pourront paraître presque arbitraires, ce qui suscitera la tentation de les modifier au stade postconstitutionnel. C'est une chose pour l'analyste de considérer comme une exigence que les choix collectifs concernant les règles pénales soient faits au niveau constitutionnel et qu'ils incorporent des considérations complexes de stratégie de comportement ; c'en est une autre de croire que les choix communautaires respecteront cette exigence, que ce soit en termes de niveau de décision, que ce soit en termes de contenu analytique-informationnel.

## Le choix public de règles générales

Si on additionne les problèmes examinés dans les deux sections précédentes, on ne peut s'étonner de l'existence d'un écart extrême entre les stratégies pénales préférées par les individus et la réalité. Prenons un individu dont les préférences et les anticipations sont telles qu'ils souhaiterait des institutions pénales beaucoup plus rigoureuses. Les peines qui s'appliquent uniformément à tous les contrevenants potentiels ne le satisfont pas. Mais il est encore plus mécontent de l'imposition de ces peines à ceux des contrevenants potentiels qui sont les plus prédisposés à la violence. L'individu concerné subit ainsi une double perte d'opportunité : les règles générales ne lui plaisent pas, et leur uniformité nécessaire intensifie son mécontentement. Un individu aux préférences opposées se sent tout aussi frustré par le fonctionnement des institutions judiciaires-pénales. La structure entière lui paraît trop répressive et contredit ses préférences : le sacrifice de la liberté au profit de l'ordre y dépasse ce qu'il juge souhaitable. Et il souffre aussi du fait que les plus facilement dissuadés sont victimes du même traitement pénal que tout le monde.

---

11. Pour une analyse plus détaillée de ces questions, voir mon article « Individual Choice in Voting and the Market », *Journal of Political Economy*, vol. 62, août 1954, p. 334-343, reproduit dans l'ouvrage *Fiscal Theory and Political Economy*, Chapel Hill, University of Carolina Press 1960. Voir aussi Gordon TULLOCK, « Public Decisions as Public Goods », *Journal of Political Economy* 79 (juillet-août 1971), 913-18.

On ne peut donc échapper à la conclusion que le dilemme du châtement frappe toute communauté qui veut fonder sa structure légale sur les valeurs individuelles. Comme nous l'avons vu aux chapitres précédents, on peut conceptuellement dériver une origine contractuelle des droits individuels. On peut, de plus, imaginer un contrat qui confie le mandat de faire respecter la loi (ce qu'on appelle parfois un contrat de gouvernement) à un agent extérieur chargé uniquement de mener des activités de police. La latitude de cet agent dans l'imposition des peines devra toutefois être limitée, et les institutions et règles pénales devront être sélectionnées par les membres de la communauté dans un contexte quasi constitutionnel. C'est ici que le dilemme apparaît dans sa forme la plus nette. Un régime authentiquement démocratique aura tendance à agir au cas par cas et de manière réactive plutôt que selon une stratégie tenant compte des comportements à long terme ; il aura tendance à renier les châtements décidés à un stade antérieur de délibération. Les institutions pénales auront tendance à refléter les motivations en termes de rétribution, de justice et de pitié telles qu'elles circulent dans l'instant, plutôt que les intérêts rationnels à long terme incarnés dans les règles quasi permanentes. Il ne peut résulter de cette évolution qu'un mécontentement généralisé parmi les membres de la communauté, ce qui détériorera encore davantage le respect des droits. Or, le respect des droits est indispensable à la conservation du capital social que constitue la loi.

Cela étant admis, y a-t-il une alternative ? Nous avons évoqué la possibilité de déléguer le pouvoir d'appliquer les lois à une agence qui serait extérieure à la communauté, même si elle était créée par celle-ci et composée de personnes choisies en son sein. Cette agence pourrait se voir reconnaître une relative liberté dans la recherche et l'identification de ceux qui violent les droits inscrits dans le contrat constitutionnel. Mais pourrait-elle se voir confier le pouvoir de choisir elle-même les stratégies de châtement, indépendamment des préférences des citoyens ? Il existe des cas historiques où des classes de juristes professionnels se sont vus accorder à peu près tous les pouvoirs relatifs aux châtements. Cette façon d'échapper au dilemme conduit néanmoins immédiatement à une grave question : Comment une telle agence pourrait-elle être contrôlée ?

## Chapitre

# 9

---

## La menace du Léviathan

**L**e dictionnaire décrit le Léviathan comme un monstre aquatique incarnant le mal. En 1651, Thomas Hobbes utilisa le terme pour décrire l'Etat souverain. Trois siècles plus tard, il n'est plus usité que dans les discours péjoratifs sur le gouvernement et les processus politiques, et en ce cas essentiellement lorsqu'il s'agit d'attirer l'attention sur les dangers inhérents à un secteur public en expansion. J'ai analysé dans le chapitre 6 le paradoxe du gouverné : l'homme qui vit en démocratie se considère à la fois comme un participant aux activités de l'Etat (un citoyen) et comme un sujet forcé de respecter des normes de conduite qu'il n'a pas nécessairement choisies, parmi lesquelles son acceptation de la confiscation par l'impôt de biens qu'il considère comme lui appartenant.

Pour qui vit à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, cette dualité d'attitude devant l'Etat est « naturelle » en ce sens qu'elle est directement le fruit de l'héritage culturel qu'ont laissé les Lumières et le socialisme. Depuis la position que nous occupons dans les années 70, il nous est difficile d'évaluer le changement fondamental de perspective qui a permis à l'homme de se concevoir doté d'une volonté indépendante. Je ne prétends pas à une compétence d'exégète, mais il me semble indubitable que l'idée d'une nature humaine, indépendante et universelle, était globalement étrangère à la philosophie grecque et romaine. Le christianisme médiéval introduisit l'ambivalence en insistant sur le fait que le salut était individuel, mais en ajoutant que celui-ci devait s'accomplir pour la plus grande gloire de Dieu <sup>1</sup> ! C'est seulement avec la fin définitive du Moyen

---

1. Voir John PASSMORE, *The Perfectibility of Man*, Londres, Duckworth, 1970, pp. 90 ff.

Age, avec Hobbes, Spinoza et leurs contemporains qu'il devint concevable que l'homme soit indépendant des autres hommes, de Dieu, de l'Etat et de la Cité. S'il est vrai que, dans la jungle hobbesienne, la vie de l'homme indépendant est présentée comme besogneuse, pénible, quasi animale, et brève, la capacité qu'a Hobbes de concevoir et de visualiser ce genre d'existence le distingue radicalement de ses prédécesseurs. Pourrait-on imaginer des anarchistes pré-hobbesiens ?

L'homme indépendant se trouvant opposé ainsi à l'Etat, même s'il s'agissait de justifier rationnellement la soumission du premier au second, les bases de la révolution étaient posées. Il n'était pas possible de remettre le génie dans la lampe, malgré la logique des arguments du philosophe de Malmesbury<sup>2</sup>. Les hommes pouvaient désormais s'imaginer sur le trône du roi ; ils pouvaient se rêver échapper à leur condition sociale, à leur état, et le fait que ce rêve inciterait certains d'entre eux à passer à l'action était prévisible. Althusius, Spinoza, Locke et surtout Rousseau lancèrent l'idée d'un contrat social conclu entre des hommes doués d'indépendance et non plus, comme chez Hobbes, entre des esclaves et un souverain maître. Du contrat liant des hommes libres, divers éléments devaient sortir, parmi lesquels le droit lui-même. Pour la première fois, les hommes avaient la chance d'échapper à leur longue évolution. De concert avec leurs semblables, ils pouvaient changer la structure même de l'ordre social.

Ces idées étaient aussi révolutionnaires que le furent leur conséquence immédiate : l'entrée dans l'ère des révolutions démocratiques<sup>3</sup>. Révolte réprimée, révolution réussie, terreur révolutionnaire, répression, contre-révolution : inutile de repasser en détail ces étapes de notre histoire moderne, répétées à des moments différents en différents lieux. Nous savons que l'homme n'a pas été à la hauteur des promesses et des rêves des Lumières. A peine un tyran était-il renversé, une aristocratie défaite, que d'autres prenaient leur place. Et dans la mesure où l'ordre politique et social apparaissait à portée de main, comment sa base économique aurait-elle pu résister aux attaques ? Les valeureux efforts de Locke pour construire une superstructure contractuelle sur la base des droits de propriété existants étaient voués à l'échec. Si les hommes qui concluent ensemble un contrat ne sont limités par rien, pourquoi aurait-il fallu imposer des limites à l'action collective ? Pourquoi l'ordre économique serait-il resté à l'abri des changements structurels, surtout après le formidable défi lancé par Karl Marx. Au début du xx<sup>e</sup> siècle, le socialisme sous ses différentes formes avait fini par imprégner la conscience des hommes. La boucle était bouclée ; l'homme indépendant semblait de nouveau se trouver submergé par une volonté générale globalisante.

2. Ville natale de Hobbes (N.d.T.).

3. Pour une histoire du sujet, voir R.R. PALMER, *The Age of Democratic Revolution*, vol. 1, 2, Princeton, Princeton University Press, 1959, 1969.

Débarassé de ses fers, il ne pouvait cependant pas se laisser si aisément anéantir. L'Union soviétique n'était pas la voie de l'avenir comme le proclamaient les époux Webb dans un élan d'allégresse et d'ignorance. Même dans cette Russie où l'homme n'avait pas vraiment connu l'indépendance individuelle avant la révolution, son entêtement naturel allait rendre l'instauration d'un contrôle efficace impossible. En Occident, où les hommes ont connu la liberté, où la liberté a une histoire, le socialisme démocratique devait se révéler voué à l'échec. Les tentatives étatiques collectivistes de faire toujours plus se sont révélées en pratique de moins en moins efficaces. L'homme se retrouve enfermé aujourd'hui dans le labyrinthe d'une bureaucratie impersonnelle qu'il reconnaît avoir fabriqué lui-même. Il vient à utiliser le mot Léviathan en son sens moderne, mais il ne se sent pas les moyens de proposer une alternative efficace.

Pour bien évaluer les problèmes de l'homme moderne, il faut comprendre ce qui le distingue de l'homme préévolutionnaire. L'homme aujourd'hui ne peut plus se définir par opposition à un gouvernement formé et dirigé par une élite extérieure, par les membres d'une classe ou d'un Etat distinct du reste de la population. Le patriote américain s'opposait à George III ; le bourgeois français, à l'Ancien Régime ; le partisan de Lénine, à l'aristocratie russe. L'homme moderne pris dans les rêts de l'Administration n'a devant lui que lui-même ou d'autres hommes qui lui ressemblent.

Je n'entends bien évidemment pas suggérer que dans le monde, et dans l'Amérique contemporaine en particulier, le processus démocratique est dépourvu d'imperfections ou que toutes les personnes disposent du même pouvoir d'influencer l'Etat. J'entends dire que même si toutes les imperfections existantes pouvaient être corrigées, même si tous les individus disposaient d'un pouvoir politique égal, les problèmes fondamentaux auxquels l'homme moderne est confronté seraient inchangés. Contrôler le Léviathan signifie bien contrôler le gouvernement du peuple par le peuple, et non contrôler un mécanisme manipulé par d'autres. Une prise de conscience générale de cette simple vérité pourrait réaliser des miracles. Que les hommes cessent, dans leurs discours et dans leurs actions, de tout rejeter sur les méchants, qu'ils portent plutôt leurs regards vers les institutions constituées de gens ordinaires, et de vastes perspectives de changement social authentique pourront s'ouvrir.

## L'unanimité wicksellienne

Pourquoi est-il nécessaire de limiter, de contrôler le domaine et la portée des activités étatiques ? Pour comprendre, examinons d'abord le modèle théo-

rique qui correspondrait à un contrôle total de l'individu sur sa destinée. Posons une communauté qui prend toutes ses décisions collectives en fonction de la règle wicksellienne de l'unanimité. Posons aussi l'hypothèse, même si elle n'est pas très réaliste, que le fonctionnement de cette règle n'implique aucun coût de négociation significatif. Dans le modèle, chaque personne participe à tous les choix collectifs et aucun ne peut être fait sans son consentement explicite. Comment se pourrait-il que la dynamique de ce modèle mène à des résultats que tous les membres de la communauté, ou même un seul d'entre eux, jugeraient inopportuns ou inefficaces ?

Puisqu'une décision ne sera prise que si chacun y consent explicitement, la faille de la cuirasse, s'il y en a une, trouve nécessairement sa source dans les principes du choix rationnel, et non dans l'agrégation des choix individuels qui concourent au choix collectif. L'examen doit donc porter sur la prise de décision individuelle. Comment un individu qui a consenti à chacune des décisions collectives prises l'une après l'autre peut-il juger indésirable le résultat final qui termine la séquence ? Quand on pose la question en ces termes, l'expérience personnelle suggère immédiatement plusieurs exemples. Le plus courant est peut-être celui de l'alimentation. Dans nos sociétés d'abondance, la prise de décision concernant l'alimentation lorsqu'elle se fait au cas par cas, à chaque repas, débouche souvent sur une conséquence non désirée : l'obésité. Celui qui arrive à ce résultat y arrive pourtant sans être forcément glouton ni commettre d'erreur, mais par une suite de choix dont chacun semble par lui-même rationnel. Dans l'instant, chaque choix comporte des avantages anticipés plus importants que les coûts prévus.

Le problème, là, n'est essentiellement ni la myopie des décisions individuelles, ni l'incapacité à prendre en compte les conséquences futures des actions. La myopie est certainement à la base de la déception et des regrets ressentis quand on découvre qu'une situation désagréable résulte de choix antérieurs qu'on a effectués. En ce sens, tous les choix à dimension temporelle peuvent d'ailleurs apparaître comme myopes. Prenons l'épargne et la formation de capital. Depuis la position qu'elle occupe dans le présent, une personne peut toujours regretter de n'avoir pas épargné et investi davantage dans le passé, et juger myope son comportement antérieur. Il serait toutefois plus judicieux pour elle de prendre conscience que chaque décision, au moment où elle l'a prise, se fondait sur une appréciation soigneusement effectuée des avantages et des coûts dans le contexte d'alors. Le choix de manger plus qu'il n'est nécessaire pour maintenir à long terme son poids et sa forme physique est analogue à l'inaptitude à épargner un montant suffisant pour atteindre certains objectifs souhaités de richesse à long terme. Lorsqu'on a pris conscience de l'interdépendance temporelle des décisions, il devient rationnel de « se fixer des règles » pour internaliser le phénomène en limitant sa liberté de choix à l'intérieur de chaque période. Lorsqu'il se donne une règle et la respecte, un individu exerce sa liberté à un niveau supérieur dans l'ordre des

choix, le niveau de la prévision, mais il limite en contrepartie la liberté de ses propres choix à venir.

Celui qui prend conscience de sa tendance à trop manger peut s'imposer un régime sévère. Il limite délibérément le domaine de ses choix par des contraintes qu'il crée lui-même. Il s'enferme dans des habitudes alimentaires dont il pense qu'elles produiront des gains d'utilité à long terme au prix de pertes ponctuelles dans le court terme. Le régime devient une « constitution alimentaire », l'ensemble des règles internes par lesquelles la personne concernée se protège de sa complaisance vis-à-vis d'elle-même. Dans la perspective d'actions communes ou collectives à entreprendre, les individus, dirions-nous, peuvent souhaiter établir des contraintes du même ordre pour limiter leurs choix à l'intérieur de chaque période et ce, même dans le contexte idéal de l'unanimité wicksellienne. Ce qui veut dire qu'ils peuvent rationnellement décider de soumettre leurs actions communes à des règles constitutionnelles, même si chacun d'eux détient un droit de veto individuel sur toute proposition particulière qui sera avancée. On doit noter cependant que, dans ce cadre, il suffit pour faire appliquer une règle constitutionnelle qu'un seul des membres du groupe en décide ainsi. La détermination d'une seule personne à respecter certaines contraintes qu'elle s'est fixées concernant le domaine de l'action collective impose effectivement ces contraintes au groupe entier. Dans ce contexte strictement wicksellien, l'action collective peut être effectivement limitée par la présence d'une seule personne décidant de soumettre sa participation aux choix collectifs à ses propres règles.

## **Le vote majoritaire limité par le rapport avantages-coûts**

On se rapproche un peu plus de la réalité lorsqu'on abandonne l'hypothèse selon laquelle l'action collective requiert le consentement unanime de tous les participants. Si, comme nous l'avons vu, le recours à une règle d'unanimité stricte confère aux décisions d'un individu la capacité d'exercer un contrôle efficace sur l'Etat, tout change quand on s'écarte de cette règle. Dès lors que l'existence des coûts de la négociation est reconnue, il devient clair qu'une communauté ne peut fonctionner en véritable collectivité que si elle s'éloigne des principes du gouvernement consensuel. Dans le pacte constitutionnel qui crée une communauté, un ensemble de règles de décision étatiques ou collectives doivent être stipulées qui lieront ensuite tous les membres de la communauté concernée, qu'ils appartiennent ou non à la coalition qui emporte la décision en vertu des règles établies.

La règle de décision la plus usuelle, celle qui caractérise à fois les modèles politiques et les structures historiques qu'on appelle à juste titre

« démocratiques », est le vote majoritaire. On peut supposer donc l'existence d'une constitution qui définit des droits individuels de propriété et fait respecter les contrats entre individus et qui, de plus, stipule que toute décision étatique, tout choix collectif, doivent être approuvés par la majorité des représentants des citoyens réunis en assemblée législative. En formulant les choses de cette façon, nous avons néanmoins considéré comme résolue une bonne partie de la question à débattre. Au stade constitutionnel, en effet, au moment où des droits individuels sont pour la première fois établis, peu de gens seraient susceptibles d'abandonner sans condition la règle d'unanimité dans le processus de décision collective. La raison en est évidemment qu'à partir du moment où le consentement de celui à qui une décision sera imposée n'est plus requis, l'individu n'a aucune assurance quant à la sécurité des droits qui lui ont été en principe attribués, aucune assurance qu'il ne sera pas exploité par les autres au nom de la raison d'Etat. L'adoption d'une règle de décision collective, disons le vote majoritaire, s'accompagnera donc vraisemblablement, dans le document constitutionnel, d'une procédure qui en limitera l'exercice. L'expérience de l'histoire enseigne toutefois que les limites procédurales inscrites dans les constitutions ne réussissent pas toujours efficacement à réfréner les appétits des coalitions majoritaires. Quoi qu'il en soit, il nous faudra présenter notre argumentation en deux étapes. En un premier temps, nous supposerons qu'il existe une contrainte d'ordre économique qui limite effectivement la majorité. Nous dirons qu'une clause de la constitution stipule que toute affectation budgétaire doit respecter un critère avantages-coûts, à savoir que le total des avantages doit dépasser les coûts totaux du projet proposé et ce, quelle que soit la répartition des voix parmi les législateurs.

Examinons depuis là, parmi les biens publics faisant l'objet d'une proposition, ceux qui ne sont pas avantageux pour tous les membres du groupe, mais qui satisfont globalement le critère avantages-coûts. Si, pour donner un exemple, seulement deux personnes dans un groupe de trois profitent à hauteur de 51 francs chacune d'un projet qui coûte 100 francs, le projet concerné satisfait le critère avantages-coûts quelle que soit la répartition des coûts. Si les coûts sont répartis également entre tous au moyen, par exemple, d'un impôt uniforme, la proposition recueillera l'assentiment de la majorité. La minorité se verra donc imposer une perte nette. Les impératifs liés au critère susdit impliquent toutefois que, si une compensation devait s'avérer nécessaire, la majorité pourrait obtenir le consentement de la minorité au moyen de paiements appropriés. Ce qui veut dire que l'application du critère garantit l'« efficience » économique, au sens strict du terme, de chaque projet de dépenses. Ce qui veut dire aussi, si on reprend les termes utilisés dans la section précédente, que tous les projets adoptés pourraient théoriquement obtenir le consentement unanime des gens si le coût éventuel des compensations est laissé de côté.

Si chacun des projets de dépenses publiques doit satisfaire le critère avantages-coûts, comment se pourrait-il que le budget global ne passe pas le test? Comment pourrait-il être trop élevé ou pas assez? Tous les projets considérés séparément satisfaisant le test de l'efficacité, il semblerait qu'il doive en être de même pour la somme des projets. Or, comme la discussion de la section précédente le laisse entrevoir, cela, dans la mesure où les diverses décisions sont interdépendantes, n'est pas nécessairement vrai.

Considérons le cas de deux propositions budgétaires interdépendantes destinées à financer respectivement le projet I et le projet II. Chaque projet, s'il est réalisé seul, coûtera 100 francs, dont 90 pour l'achat des éléments de départ et 10 pour les frais de perception des impôts nécessaires à cet achat; les avantages estimés de chaque projet se montent à 103 francs. Il s'ensuit que, quelle que soit la répartition de ces avantages, chaque projet est économiquement efficace. Supposons que, dans ces conditions, le projet I est approuvé par la majorité et inclus dans le budget. Le projet II se trouve ensuite examiné séparément, mais après approbation du projet I. Comme pour le projet I, le coût direct des éléments de départ est de 90 francs. Mais parce qu'il faut désormais davantage de recettes totales, les coûts de perception estimés montent à 12 francs, ce qui donne un coût total du projet de 102 francs. Comme la valeur des avantages est estimée à 103 francs, le projet demeure apparemment efficace, et on peut supposer que la majorité l'approuve. En ajoutant le projet II au budget, on a sans doute, cependant, fait passer aussi de 10 francs à 12 francs les coûts de perception associés au projet I. Le projet II a donc provoqué des retombées négatives, des coûts externes de 2 francs pour le projet I, qui n'ont absolument pas été pris en compte dans la séquence de choix que nous avons décrite.

On notera que dans cet exemple numérique, les avantages globaux des deux projets (206 francs) excèdent les coûts (204 francs). Mais on notera aussi que le surplus fiscal est inférieur à ce qu'il aurait été si un seul des deux projets avait été adopté; ce surplus passe en effet de 3 francs à 2 francs lorsqu'on ajoute le projet II qui, pris séparément, est équivalent au projet I. Il ne s'agit bien sûr que d'un exemple et les totaux n'ont de valeur qu'illustrative. Pour parler le langage des économistes, on dira qu'il y a divergence entre le coût direct ou spécifique d'un projet donné et son coût social, qui doit inclure tous les effets externes et toutes les retombées du projet sur les autres projets et composantes du budget. Cette façon d'énoncer les choses conduira l'économiste à suggérer d'« internaliser » ces effets en considérant simultanément tous les composants interdépendants qui constituent le budget. Il importe cependant de ne pas se tromper de maximande. Présentés comme deux postes séparés du même budget, les deux projets de notre exemple seraient approuvés même s'ils étaient votés ensemble.

Notre exemple illustre un phénomène général dont les conséquences économiques et la signification pour les institutions politiques présentent un

intérêt majeur dans la réalité<sup>4</sup>. Il y a toujours des coûts de perception et d'application des lois fiscales et ces coûts augmentent avec la taille du budget, d'une manière qu'on peut considérer disproportionnée à partir d'un certain point. Plus important encore est le fait que l'impôt modifie dans l'économie privée les incitations à gagner davantage de revenu imposable et à accumuler des richesses sujettes à taxation. Ces effets sont en rapport direct avec la taille du budget et engendrent d'authentiques coûts sociaux dont l'approbation de dépenses budgétaires au coup par coup ne peut guère tenir compte.

Politiquement, les budgets sont néanmoins votés au coup par coup<sup>5</sup>. Des commissions différentes se penchent séparément sur des projets spécifiques de dépenses, qui peuvent recueillir l'appui de coalitions majoritaires différentes. Pourquoi, tant que les avantages dépassent les coûts, les membres de celles-ci se préoccuperaient-ils des coûts externes répercutés sur les projets passés, présents ou futurs ? Le réalisme politique impose de reconnaître qu'il est improbable que des réformes soient réalisées dans un cadre de décisions à la marge. La budgétisation globale au niveau exécutif ou législatif n'élimine pas forcément l'inefficacité, comme nous l'avons vu. Il suffit de considérer les choses depuis la position d'un responsable du budget ou du président d'une commission d'élus : pourquoi serait-il motivé à réduire ou supprimer des postes du budget afin d'accroître le surplus fiscal alors que, par hypothèse, tous les projets respectent le critère général avantages-coûts, qui sera dès lors vraisemblablement respecté par le budget global ? Si même ce représentant de l'Etat répondait le mieux possible aux demandes des citoyens, il inclurait trop de composants dans le budget. Revenons à notre exemple de deux projets. Le responsable du budget a une responsabilité générale de coordination : chaque projet doit être approuvé par lui avant d'être soumis au vote. S'il écarte l'un des deux projets, il encourra le mécontentement de tous ceux qui en auraient bénéficié de manière directe. Il fera plaisir, par contre, aux contribuables en général, mais comme nous l'avons supposé et comme le montre la réalité, les impôts sont moins concentrés que les avantages. Les citoyens ne se rendraient donc sans doute pas clairement compte de la réduction des coûts indirects qui suivrait les limitations budgétaires et, surtout, ils ne verraient pas la relation entre cette réduction et tel ou tel choix budgétaire<sup>6</sup>.

4. Pour une approche très générale de la question, voir James M. BUCHANAN et Albert DI PIERRO, « Pragmatic Reform and Constitutional Revolution », *Ethics*, vol. 79, janvier 1969, p. 95-104.

5. Voir C.E. LINDBLOM, « Policy Analysis », *American Economic Review*, vol. 48, juin 1958, p. 298-312.

6. Il n'est pas du tout évident que les coûts indirects doivent être affectés à des décisions particulières. Ils proviennent en effet de la dimension globale du budget, et ce sont tous les projets pris ensemble qui les créent. Ce problème d'imputation est identique à ceux qu'on rencontre dans tous les cas de coûts conjoints.

Les inefficacités qui se manifestent quand les diverses composantes d'un budget sont interreliées ne peuvent être atténuées que si elles sont prises en compte au stade préparatoire des délibérations. Etant donnée la tendance des responsables budgétaires et des majorités législatives à approuver des dépenses qui, additionnées, produisent des budgets qui dépassent le point de maximisation du surplus fiscal, des plafonds ou d'autres limitations des recettes et/ou des dépenses pourront être inclus dans la constitution budgétaire, dans l'espoir que ces contraintes légales seront effectivement mises en œuvre<sup>7</sup>.

## **Le vote majoritaire sans contrainte d'avantages-coûts**

Si nous renonçons à l'hypothèse irréaliste selon laquelle toutes les propositions d'emploi des recettes publiques respecteront des critères d'efficacité économique, il apparaît évident que les choix collectifs par vote majoritaire produiront au moins quelques dépenses budgétaires dont le résultat net sera inefficace. Certains projets obtiendront l'approbation de la majorité bien que leurs avantages totaux soient inférieurs à leur coût. Ils imposeront à la minorité des pertes nettes surpassant les gains nets obtenus par les membres de la majorité. Dans un monde où les paiements de compensation s'effectueraient sans coûts de transaction, la minorité pourrait soudoyer la majorité pour qu'elle rejette ces projets. Mais si on se situe dans un contexte d'impossibilité de paiements de compensation ainsi effectués, il faut bien admettre qu'il y aura des dépenses non efficaces.

Illustrons cela encore avec un exemple très simple mettant en jeu une collectivité de trois personnes. Les impôts sont payés sous forme de capitation uniforme et toutes les décisions d'emploi des fonds publics sont prises à la majorité des voix. Trois projets d'un coût de 99 francs chacun sont envisagés, et doivent être financés par un impôt de 33 francs par personne. Par hypothèse, ces projets sont tout à fait indépendants et ne présentent aucune

---

7. Notre examen ne porte ici que sur les phénomènes d'interdépendance budgétaire qui, en l'absence de limites constitutionnelles, tendent à susciter une surexpansion des dépenses globales. Les dépenses constatables des gouvernements contemporains devraient suffire à convaincre les plus sceptiques que ce sont ces phénomènes qui jouent. On peut évidemment appliquer la même analyse aux phénomènes d'interdépendance qui tendent à faire passer les dépenses totales en deçà de leur niveau global d'efficacité. Ces derniers se manifesteront si, par exemple, des projets budgétaires distincts sont complémentaires dans les fonctions d'utilité individuelles. Mais on aurait tort de croire que les interdépendances qui poussent le budget à la baisse excèdent celles qui vont en sens inverse.

des externalités analysées dans la section précédente. Les avantages de chacun d'eux sont inégalement répartis, comme l'indique le tableau qui suit.

Individus	Projet I Valeur des avantages	Projet II Valeur des avantages	Projet III Valeur des avantages
A	35 F	35 F	0 F
B	35 F	0 F	35 F
C	0 F	35 F	35 F

Etant donné la règle de décision postulée, chacun des trois projets sera adopté s'ils sont mis aux voix séparément. Le résultat est que chaque personne aura payé 99 F en impôt et reçu seulement 70 F d'avantages. Chaque personne sera dans une situation pire que si aucune dépense publique n'avait été engagée. Cet exemple montre bien que les dépenses publiques auront tendance à être excessives si les composants des budgets publics sont discutés séparément par les législateurs et si les avantages sont plus concentrés que les prélèvements obligatoires.

Remarquons cependant une propriété qui distingue ce modèle du précédent, où les projets étaient supposés interdépendants. Dans le cas présent, que nous pouvons qualifier d'exploitation pure et simple de la minorité par la majorité, un moyen d'éliminer partiellement l'inefficacité observée serait de voter globalement l'ensemble du budget. En effet, si des règles institutionnelles-constitutionnelles obligeaient nos trois personnes à considérer les trois projets en bloc et non pas isolément, et si chacun évaluait correctement les avantages et les coûts, les projets imposant manifestement des pertes nettes à tous seraient rejetés. Un autre moyen consisterait à introduire des dispositions constitutionnelles empêchant un projet d'être mis aux voix, à moins qu'il n'offre des avantages *uniformes* à l'ensemble de la communauté<sup>8</sup>. Au long de l'histoire, on a interprété les conditions procédurales comme exigeant que l'impôt frappe uniformément les gens, au moins à l'intérieur de grandes catégories. Mais aucune exigence semblable n'a été imposée sur l'autre membre de l'équation, les avantages. Le résultat est qu'il existe aux Etats-Unis peu de limites effectives à l'exploitation fiscale des minorités par la voie de procédures démocratiques<sup>9</sup>.

8. Pour une analyse exhaustive des exigences de la constitution américaine concernant l'uniformité de l'impôt ainsi que de l'asymétrie qui sépare sous cette incidence les dépenses et les impôts, voir TUERCK, « Constitutional Asymmetry », *op. cit.* ; et, du même auteur, « Uniformity in Taxation », *op. cit.*

9. L'analyse montre que, dans les conditions postulées, la tendance sera à la surexpansion du secteur public. On peut ajouter que ces conditions postulées constituent une bonne description du monde réel. Il me faut cependant encore insister sur le caractère symétrique de mes propos. Si

## ■ *Le logrolling*<sup>10</sup> *et les bénéfices de la minorité*

Le modèle de vote majoritaire exposé ci-dessus suggère qu'une proposition budgétaire non efficiente pourrait être approuvée si elle est examinée séparément des autres projets mais que, à tout le moins, les avantages que les membres de la coalition majoritaire espéreraient alors en tirer dépasseraient en valeur les coûts fiscaux qu'ils auraient à supporter. Même cette limite minimum à l'inefficacité budgétaire ne fonctionnera pas néanmoins quand des minorités en désaccord recourent au *logrolling* pour constituer des coalitions majoritaires concernant un sous-ensemble des propositions budgétaires : cette pratique est connue aux Etats-Unis sous le terme de « *pork barrel* » *legislation*<sup>11</sup>.

## Rémunération politique, rente bureaucratique et droit de vote

Jusqu'ici, les modèles de choix collectif que nous avons examinés ont laissé de côté l'influence des politiciens et des fonctionnaires ou bureaucrates sur les décisions budgétaires. L'hypothèse implicite sous-jacente était que les électeurs demandent des biens et services publics qui, après procédure d'approbation, sont offerts directement aux consommateurs ou utilisateurs finaux, sans intermédiation des élus ou des administrations. Ce type de modèle est globalement utile, surtout quand les budgets sont relativement peu importants. Dans les démocraties modernes, toutefois, plus du tiers du produit national transite par le secteur gouvernemental. Dans un tel contexte, négliger

---

nous posons des règles qui permettraient la non-uniformité et la non-généralité dans le domaine fiscal tout en imposant la répartition égalitaire parmi les citoyens des avantages des projets de dépenses, le scrutin majoritaire tendrait à produire un secteur public dont la dimension serait inférieure à ce qu'exigent les critères généraux d'efficacité. L'asymétrie réside dans l'expérience historique et non pas dans ce que j'écris. Les constitutions, interprétées comme elles l'ont été, incluent bel et bien des exigences d'uniformité fiscale, mais aucune exigence semblable en ce qui concerne la répartition des avantages. Cette affirmation générale n'est que légèrement atténuée par la constatation de ce qu'il existe des échappatoires fiscales qui restaurent partiellement la symétrie.

10. Pour une analyse approfondie du *logrolling* et d'autres analyses se rapportant à notre propos présent, voir James M. BUCHANAN et Gordon TULLOCK, *The Calculus of Consent*.

11. Equivalent de l'expression française « l'assiette au beurre », désignant le pouvoir en tant que source de profit (N.d.T.).

l'influence des politiciens et des bureaucrates sur les décisions budgétaires risque de faire perdre à l'analyse beaucoup de sa pertinence.

### ■ *Préférences des politiciens et distorsions budgétaires*

Les décisions collectives sont rarement prises directement par les électeurs, ceux qui paient les impôts et qui sont censés bénéficier des biens et services offerts par les pouvoirs publics. Une organisation politique efficace exige de restreindre le rôle des électeurs surtout, voire exclusivement, au choix parmi eux de représentants qui participeront ensuite au processus législatif et exécutif de décision. Ce sont ces politiciens qui décident finalement des quantités de biens et services publics à offrir, ainsi que de la dimension, de la répartition et du financement du budget global.

Il n'est pas réaliste de postuler que les élus qui occupent des postes de responsabilité dans l'exécutif et dans le pouvoir législatif n'ont aucune préférence personnelle concernant la dimension du budget, ses sources de financement et, ce qui est plus important encore, les projets spécifiques à y inclure. Celui qui est indifférent à tout cela ne serait attiré par la politique, ni sur le plan du choix professionnel, ni sur celui du plaisir. Les politiciens se recrutent sans aucun doute parmi les gens qui ont des préférences personnelles sur ces questions et qui font justement de la politique pour tenter d'influencer les décisions collectives. Quand on prend conscience de ce fait élémentaire, on comprend facilement que les décisions budgétaires ne peuvent jamais refléter parfaitement les préférences des électeurs, même de ceux appartenant à la coalition qui réussit à porter au pouvoir son candidat ou son parti.

Une fois élu, le politicien jouit d'une très grande latitude pour faire triompher son opinion sur les questions budgétaires et fiscales. Sa liberté est limitée par l'espoir d'être réélu – donc, indirectement, par ses électeurs –, par la nécessité de conserver l'appui de son parti et par le désir d'être acclamé par la foule. Mais même le politicien très sensible à ces contraintes indirectes conserve une vaste liberté de choix sur un large éventail de questions politiques. A l'intérieur de ce qu'il considère comme l'ensemble de ses options possibles, il choisira celle qui maximise son utilité à lui, pas l'utilité de ses électeurs. C'est là que se trouve l'une de ses principales motivations. Il en tire une véritable « rémunération politique », qui s'ajoute aux autres avantages de sa charge <sup>12</sup>.

12. Cette rémunération politique peut être ou non convertible en avantages pécuniaires. Le modèle général rend compte des comportements des politiciens corruptibles comme des politiciens incorruptibles. L'attrait de la « rémunération politique » dépendra en partie des compensations obtenues par les politiciens. Si les salaires sont suffisamment élevés, pourront être attirées vers la politique des personnes qui accordent relativement peu de valeur à la composante « rémunération politique ».

Les possibilités de maximiser leur utilité personnelle dont jouissent les politiciens n'entreraient pas vraiment dans le propos du présent chapitre si on pouvait prédire que les effets de celles-ci sur le processus budgétaire seront symétriques et non porteurs de distorsions. Si le glissement entre les préférences des électeurs et les résultats du processus budgétaire produisaient des écarts positifs et négatifs qui s'annuleraient, la dimension du budget global n'en serait, en effet, pas affectée. Malheureusement, il semble qu'une tendance systématique au gonflement des comptes publics existe. Cette tendance, due aux préférences des leaders politiques, relève de plusieurs éléments bien distincts. D'abord, ceux qui valorisent la capacité d'influencer les décisions collectives et, *a fortiori*, ceux parmi eux qui, incorruptibles, souhaitent par-dessus tout « le bien » de la communauté, seront sans doute ceux qui seront tentés d'employer les moyens collectifs ou étatiques pour réaliser leurs objectifs sociaux préférés. Au contraire, ceux qui par inclinations idéologiques auraient propension à réduire au minimum le rôle de l'Etat dans la société ne seront vraisemblablement pas attirés par la politique. Les anarchistes et libertariens qui fréquentent les salons de la capitale sont rares.

L'idéologie mise à part, seront aussi attirés par la politique des personnes qui attachent une valeur intrinsèque au pouvoir de prendre des décisions qui affectent les autres. Ce qui les distingue de ceux évoqués au paragraphe précédent, qui ne désirent le pouvoir que pour promouvoir des objectifs sociaux. Certains politiciens peuvent n'avoir que de vagues objectifs de politique sociale auxquels ils ne semblent, qui plus est, pas attacher beaucoup d'importance. Ils cherchent des emplois politiques et/ou des sièges d'élus parce qu'ils aiment les situations de commandement, d'autorité, depuis lesquelles octroyer des faveurs. Ce type de politicien obtient son utilité de manière plus directe que son collègue idéologue, et celle-ci se trouve accrue par des émoluments qui traduisent une connaissance des lieux où les décisions se prennent. Si une liste de choix en nombre fini était préétablie, de tels politiciens pourraient agir dans une direction plus conforme aux vraies préférences des électeurs, dans la mesure où ils auraient la volonté de satisfaire les demandes du plus grand nombre possible de ces derniers. Les inévitables accrocs à la démocratie pure ne produiraient alors aucune tendance systématique au gonflement du budget. Mais quand le menu des choix politiques n'est pas fixé à l'avance, cette tendance ne peut que réapparaître. Le politicien qui tire son utilité de sa capacité de faire des choix qui satisfont le plus grand nombre d'électeurs s'aperçoit alors que promouvoir des projets de dépense à avantages différenciés lui est plus profitable que de réduire des impôts uniformes. A cet égard, la déformation dont il est porteur représente un autre aspect institutionnel de l'asymétrie entre les dépenses et les impôts dans les comptes publics. La difficulté de réduire les impôts de manière non uniforme crée un problème de bien public : aucun politicien n'est incité à se faire le champion du contribuable. Les avantages des dépenses publiques pouvant, au contraire, être diri-

gés vers des sous-groupes particuliers de la communauté, les politiciens ne peuvent qu'être intéressés à susciter la formation de coalitions destinées à exploiter les opportunités ouvertes. Etant donné la grande capacité du politicien non idéologue d'influencer les politiques gouvernementales, ses activités auront tendance à accentuer les distorsions du modèle non politique examiné plus haut. Même si les demandes des électeurs-contribuables-bénéficiaires pouvaient se trouver correctement traduites sur le plan des résultats, l'asymétrie effective du fonctionnement fiscal tendrait à produire un budget total plus élevé que ce que dictent les normes d'efficacité. L'entrée en scène des politiciens dans la prise de décision aggrave encore cette tendance.

Une hypothèse jusqu'ici sous-jacente à notre analyse a été que le politicien idéologue et son confrère non idéologue ne sont pas corrompus et ne recherchent pas dans la politique d'avantages pécuniaires au-delà de leurs rémunérations officielles. A ces deux types de politiciens, il convient maintenant d'en ajouter un troisième : celui du politicien qui cherche à monnayer sa fonction. La direction de la distorsion budgétaire demeure inchangée. Les possibilités de corruption de fonctionnaire, pots-de-vin, dessous-de-table, etc., sont en fonction directe de la dimension et de la complexité du budget de l'Etat et, plus généralement, de la place de l'Etat dans l'économie. Si, dirions-nous, l'Etat intervient peu dans l'économie, si les dépenses budgétaires sont réduites au minimum et composées de crédits quasi permanents, le politicien âpre au gain aura peu ou pas d'occasions de corruption. Avec un secteur public complexe où foisonnent les programmes nouveaux et en expansion, au contraire, les occasions pour lui seront nombreuses. Un nouveau programme aux lignes directrices floues et aux procédures administratives mal définies pourra lui ouvrir des possibilités directes ou indirectes d'appel aux versements occultes émanant des entreprises susceptibles de bénéficier du programme concerné. Les responsables corrompus de l'Etat chercheront en conséquence sans cesse à faire augmenter les budgets, et surtout à instaurer de nouveaux programmes. Ils se feront, par ailleurs, rarement les promoteurs d'une réduction globale des dépenses. Dans un cadre où les impôts sont répartis plus uniformément que les avantages des dépenses publiques, la direction de la distorsion coule de source <sup>13</sup>.

Un politicien élu peut faire partie de l'une ou l'autre des trois catégories ainsi dessinées ou de plusieurs à la fois, la distorsion du budget s'opérera toujours dans la même direction. Pour des raisons différentes, l'idéologue, le mégalomane et le profiteuse seront tous motivés à agrandir le secteur public de l'économie.

---

13. Dans la mesure où on peut créer des échappatoires fiscales au profit de groupes d'intérêt particulier, les responsables corruptibles pourront trouver aussi des occasions de profit du côté de la fiscalité. Mais comme nous l'avons vu, les accrocs à l'uniformité semblent moins courants du côté des dépenses.

### ■ *La rente bureaucratique et le droit de vote*

Après que les élus ont décidé de lever des impôts et de faire des dépenses, les biens et les services publics ne vont pas automatiquement et directement de producteurs concurrentiels extérieurs à l'économie à des consommateurs intérieurs à l'économie. Les gouvernements, quand ils en ont le pouvoir légal, peuvent produire ces biens eux-mêmes en combinant des éléments de base achetés auprès d'individus et d'entreprises sur les marchés privés ; ils peuvent aussi acheter des biens et services finaux auprès de producteurs privés et les répartir entre les bénéficiaires. Dans un cas comme dans l'autre, mais surtout dans le premier, il leur faut embaucher des gens pour s'occuper des transactions fiscales complexes qui relie les contribuables-acheteurs à une extrémité de la chaîne et les bénéficiaires-consommateurs ultimes à l'autre bout, même s'il s'agit souvent, en termes de comptabilité nette, des mêmes personnes. Une fois que les élus, en tant que représentants des électeurs, ont déterminé le montant et la quotité des prélèvements obligatoires, d'autres agents, d'autres fonctionnaires doivent être embauchés pour percevoir ces impôts. Il faut aussi des comptables pour tenir les livres et des vérificateurs pour surveiller les agents et les comptables. Des inspecteurs seront nécessaires pour surveiller les contribuables réfractaires. Du côté des dépenses, il faudra des spécialistes des finances publiques pour stocker et expliquer les données relatives à des programmes complexes, et pour procéder à des évaluations comparatives. Il faudra aussi des acheteurs spécialisés qui suivront les procédures établies par une autre strate de bureaucrates. Des spécialistes en gestion du personnel seront, en outre, nécessaires pour recruter tout le monde.

Tous ces gens doivent être employés, même si aucune production directe de biens et de services ne s'opère dans le secteur public. Si, par contre, le secteur public se fait producteur, un nombre certain de fonctionnaires additionnels sont requis. L'Etat qui produit des services postaux doit embaucher des guichetiers, des préposés et des receveurs. L'Etat qui produit des services d'éducation, pour implication que les économistes, les enseignants, les directeurs et les surveillants deviennent fonctionnaires, de même que les personnes chargées d'évaluer la compétence de ceux que nous venons de citer. La liste peut être allongée de manière presque illimitée.

Si les contribuables électeurs étaient capables, par l'intermédiaire de leurs élus, d'embaucher des fonctionnaires à des salaires concurrentiels et de manière totalement impartiale, l'existence d'une superstructure bureaucratique ne créerait pas nécessairement, par elle-même, des distorsions majeures dans le processus budgétaire. Comme dans les cas d'application des lois dont nous avons parlé plus haut, le problème vient de ce qu'il faut recruter les fonctionnaires depuis le sein même de la communauté politique. La séquence des

décisions budgétaires glisse vers le surdéveloppement en raison de la rente de situation que peuvent obtenir les fonctionnaires et en raison du fait qu'ils disposent du droit de vote. Si les bureaucrates ne votaient pas, la rente de situation qui s'attache aux emplois de fonctionnaires augmenterait le coût des biens et services offerts par les pouvoirs publics, mais ce seul facteur ne serait pas de nature à créer une distorsion majeure. Le droit de vote des fonctionnaires ne poserait, lui, aucun problème si leurs salaires et leurs conditions d'emplois et de carrière étaient déterminés sur le marché concurrentiel. Mais, dans la réalité, les fonctionnaires ont le plein droit de vote et leurs salaires et avantages ne relèvent pas de marchés concurrentiels.

Quel que soit son intérêt de demandeur-contribuable ou de bénéficiaire final d'un bien public, la personne qui est au service, ou espère entrer au service de l'administration qui produit ce bien aura tendance à soutenir l'augmentation du budget de cette administration et à s'opposer aux restrictions susceptibles de toucher ce dernier. (Combien de chercheurs médicaux travaillant au NIH <sup>14</sup> soutiendraient une réduction des subventions fédérales à la recherche médicale ?) Le fonctionnaire actuel ou en puissance qui a le droit de vote devient un partisan automatique de l'expansion budgétaire et un adversaire farouche des restrictions budgétaires et ce, non seulement par rapport au secteur des dépenses qui le concerne, mais aussi dans les autres. Comme l'économie politique l'enseigne depuis longtemps, les intérêts des producteurs ont tendance à prendre le pas sur les intérêts des consommateurs, et les producteurs que sont les fonctionnaires ne sont pas différents des autres membres de la société. Deux autres facteurs accroissent l'impact du droit de vote des fonctionnaires sur la dimension du budget. A l'instar des politiciens qui se font élire, ceux qui sont attirés par une carrière dans l'administration entretiennent sans doute une préférence personnelle pour l'action collective ou, en tout cas, y sont plus favorables que ceux qui travaillent dans le secteur privé. Et surtout, les fonctionnaires, en raison de la conscience qu'ils ont de leurs intérêts spécifiques de producteur, sont plus susceptibles d'exercer leur droit de vote que les autres citoyens. Les études empiriques confirment cette déduction : la proportion de votants est plus grande chez les fonctionnaires que chez les non-fonctionnaires. Il s'ensuit que les employés de l'administration sont en mesure d'exercer une influence démesurée sur les choix de l'électorat.

Le droit de vote des fonctionnaires n'implique pas nécessairement d'importantes distorsions budgétaires tant que le gouvernement emploie peu de gens. Mais avec la croissance du secteur public, le poids électoral, et par conséquent le pouvoir politique des fonctionnaires votants, devient non négligeable. Quand, comme en Amérique aujourd'hui, environ un salarié sur cinq

---

14. L'Institut national de la santé aux Etats-Unis (N.d.T.).

travaille pour le gouvernement, les bureaucrates sont un groupe d'électeurs avec qui les candidats aux élections doivent compter<sup>15</sup>.

Cette influence se ferait sentir même dans une bureaucratie idéale dès lors que tout employé de l'Etat touche une rente nette. Et nous devons reconnaître l'impossibilité d'une structure bureaucratique qui, selon le vieil idéal des manuels, ne ferait qu'exécuter les politiques décidées par l'autorité législative<sup>16</sup>. Comme les élus, les bureaucrates jouissent de quelques degrés de liberté dans le choix entre des alternatives. Le choix collectif adopté par une assemblée législative n'est jamais précis au point de ne laisser aucune latitude d'action ou aucune possibilité d'exercer leur autorité aux administrateurs des programmes mis en œuvre. Dans une certaine limite, le représentant non élu de l'Etat a le dernier mot concernant les politiques gouvernementales. Si on regarde les choses dans la direction inverse, le législateur ou le dirigeant élu ne contrôle jamais parfaitement les actions des bureaucrates au sein de la structure hiérarchique, et toute tentative d'aller dans ce sens entraînerait des coûts prohibitifs<sup>17</sup>. A l'intérieur des contraintes qui définissent sa marge de manœuvre, le bureaucrate essaie, comme tout le monde, de maximiser sa propre utilité. On ne peut guère s'attendre à ce qu'il serve un vague « intérêt général », sauf si celui-ci est compatible avec ce qu'il perçoit comme son intérêt personnel.

Ce fait assez évident étant admis, on s'attendra à ce que l'influence de la bureaucratie sur les décisions budgétaires aille toujours dans le même sens. Le fonctionnaire qui comprend en comparant sa situation à celle qui serait la sienne dans le secteur privé qu'il bénéficie d'une rente, considère la structure de récompenses et de pénalités inhérente à sa hiérarchie administrative. Il sait que son plan de carrière, ses chances de promotion et son emploi dépendent des dimensions de la dotation budgétaire de son administration. Chaque fois que c'est possible, il contribuera par ses choix à augmenter plutôt qu'à réduire le budget et les programmes de son administration. Il n'existe que peu ou pas de récompenses pour l'employé de l'Etat qui propose la limitation ou la diminution du poids du secteur où il travaille. Le bureaucrate individuel a institutionnellement intérêt à travailler à l'expansion de son administration<sup>18</sup>. Et comme les alternatives professionnelles ouvertes à la plupart des fonction-

---

15. Une grande partie de la présente section se fonde sur une série d'études concernant la croissance de l'Etat qui ont été réalisées à la Virginia Polytechnic Institute and State University en 1972 et 1973. Ces études sont reproduites dans l'ouvrage publié sous la direction de Thomas BORCHERING, *Bureaucrats and Budgets*, Durham, Duke University Press, 1977.

16. Pour une analyse opposant l'ancienne vision et la nouvelle, voir Vincent OSTROM, *The Intellectual Crisis in American Public Administration*, Birmingham, University of Alabama Press, 1973.

17. Gordon TULLOCK avait depuis longtemps constaté ce fait ; voir son *The Politics of Bureaucracy*, Washington D.C., Public Affairs Press, 1965.

18. Pour une analyse détaillée de cet aspect du comportement bureaucratique, voir William H. NISKANEN, *Bureaucracy and Representative Government*, Chicago, Aldine Aherton, 1971.

naires se situent dans d'autres programmes ou organismes administratifs, cette motivation s'étend à l'expansion du secteur public dans son ensemble.

## La démocratie déchainée

Nous avons voulu, dans les sections précédentes, démontrer que, même dans les meilleures conditions, le fonctionnement du processus démocratique engendre des excès budgétaires. La démocratie peut devenir son propre Léviathan si on ne lui impose pas et si on ne fait pas respecter des limites constitutionnelles. Historiquement, l'Etat a cru à un taux qui ne pourra pas se maintenir longtemps. Ne serait-ce que pour cette raison, l'Amérique de la fin du XX<sup>e</sup> siècle est confrontée à une crise majeure. Au cours des sept premières décennies de ce siècle, les dépenses publiques ont été multipliées par quarante en dollars constants, et elles atteignent maintenant le tiers du produit national. Ces faits sont de notoriété publique. Il importe néanmoins de souligner que cette croissance s'est produite presque entièrement dans les conditions normales de fonctionnement d'un processus démocratique ordonné<sup>19</sup>.

Les rédacteurs de la Constitution américaine, les pères fondateurs, n'avaient pas prévu le besoin de contrôler, de manière spécifique en tout cas, la croissance de l'Etat démocratique, question qui a aussi été ignorée par le discours politique traditionnel. L'idée de limitation des pouvoirs étatiques n'a été abordée qu'en termes de maintien des procédures de la démocratie. On a assujéti les dirigeants à des lois de crainte qu'ils ne cèdent à la tentation d'enfreindre les procédures établies et d'étendre leur pouvoir au détriment des citoyens. Mais on a présumé d'une manière générale que tant que le processus démocratique fonctionne normalement, les limites sont superflues. On a rarement soutenu que le système de poids et de contrepoids<sup>20</sup>, qui trouvait sa source chez Montesquieu, avait pour objectif de limiter la croissance de l'Etat. Les excès des années soixante ont engendré une grande désillusion populaire quant à la capacité du processus étatique d'atteindre des objectifs sociaux. Avant cette période pourtant, les poids et contrepoids inhérents à la Constitution américaine se voyaient plutôt reprocher le fait qu'ils limitaient

19. Les deux grandes guerres ont eu une influence sur le taux de croissance du secteur public : elles ont sans aucun doute contribué à ce que l'élévation de celui-ci s'accélère. Voit A.T. PEACOCK et Jack WISEMAN, *Growth of Public Expenditures in the United Kingdom*, New York, National Bureau of Economic Research 1961. Toutefois, la thèse de PEACOCK et WISEMAN ne peut rendre compte de la véritable explosion survenue dans les années 60 et au début des années 70, et qui ne peut être expliquée essentiellement par la guerre du Vietnam.

20. C'est-à-dire les *checks and balance* découlant de la séparation des pouvoirs que la Constitution américaine prétend garantir (N.d.T.).

l'action de l'Etat que le contraire. Sous cet angle, les années 70 présentent un défi tout à fait nouveau : l'homme actuel, le citoyen des démocraties occidentales, peut-il trouver ou inventer le moyen de contrôler sa destinée et d'imposer des contraintes à son propre Etat pour l'empêcher de se transformer en souverain hobbesien ?

## **Au-delà des limites constitutionnelles**

Dans les chapitres précédents, nous avons jugé utile d'établir une distinction conceptuelle très nette entre l'Etat-producteur et l'Etat-protecteur, et nous avons souligné la dualité fonctionnelle qui caractérise l'Etat dans ces deux rôles. Idéalement, l'Etat-producteur incarne le contrat postconstitutionnel par lequel les citoyens s'offrent les biens et services collectifs qu'ils désirent. Notre critique du Léviathan dans le présent chapitre n'a porté que sur cette face de l'Etat, qui se manifeste précisément dans la dimension du budget. Notre analyse a montré que le processus démocratique ne peut que produire des excès budgétaires, même en l'absence de prévarication flagrante. Dès lors que la démocratie majoritaire utilise le gouvernement pour altérer la structure des droits individuels reproduite dans le système légal, il y a empiètement sur le domaine de l'Etat-protecteur. Les coalitions dominantes à l'assemblée législative peuvent s'arroger le rôle de changer le droit, la structure légale fondamentale considérée dans son contenu et non seulement dans sa forme. Si l'Etat-protecteur avalise ce débordement constitutionnel, la structure légale glisse vers ce que nous pourrions appeler l'anarchie constitutionnelle, où les droits individuels sont à la merci des caprices des politiciens.

Une autre violation au moins aussi sérieuse des limites constitutionnelles se produit quand des organismes gouvernementaux qui appartiennent exclusivement à l'Etat-protecteur assument un rôle actif dans le contrat présumé, constitutionnel comme post-constitutionnel. On ne peut aujourd'hui parler sérieusement du Léviathan sans examiner ce genre d'excès. Le rôle essentiel de l'Etat-protecteur consiste à faire respecter les droits individuels tels que définis dans le contrat constitutionnel. L'Etat est l'incarnation de la loi, et son rôle est de faire respecter les droits à la propriété et à l'échange de la propriété et de maintenir l'ordre dans les processus d'échange complexes entre contractants libres. Dans les termes de l'analogie sportive que nous avons utilisée plusieurs fois dans les pages précédentes, l'Etat-protecteur est un arbitre, et conceptuellement, son rôle se limite à appliquer les règles convenues.

Fort peu parmi ceux qui observent l'extension de la branche exécutive du gouvernement américain et l'omniprésence des juridictions fédérales voient en tout cela quelque chose qui peut coïncider avec l'idée de restrictions pesant

sur le rôle de l'Etat. Dans l'idéal, les institutions concernées sont les arbitres du jeu social ; en réalité, elles altèrent la structure fondamentale des droits sans le consentement des citoyens. Elles s'arrogent le pouvoir de réécrire le contrat constitutionnel, de changer « la loi » à leur gré. A un autre niveau, elles usurpent la fonction législative des élus en prenant des décisions relatives aux « biens publics » – décisions qui ne peuvent en aucune manière apparaître comme le résultat d'évaluations individuelles dans un contexte quasi contractuel. La démocratie peut glisser assez aisément vers ses propres excès quand les preneurs de décision en elle respectent strictement les normes constitutionnelles de conduite, mais quand ces normes peuvent être modifiées de manière arbitraire et imprévisible par des preneurs de décision non représentatifs des citoyens, le caractère omnivore de l'Etat devient plus menaçant encore.

Il est plus difficile de mesurer la croissance du Léviathan sous ces incidences que sous celles des dimensions du budget de l'Etat-producteur. Si les deux phénomènes sont dans une relation de complémentarité, ils sont conceptuellement distincts. Des juridictions fédérales interventionnistes et un exécutif irresponsable pourraient exister même avec un budget relativement modeste. A l'inverse, comme nous l'avons fait remarquer, un budget imposant pourrait être administré de manière responsable en cohabitation avec un système judiciaire prenant ses décisions de manière non arbitraire. Or, une conjonction historique s'est produite : des budgets de plus en plus importants vont aujourd'hui de pair avec une jurisprudence de plus en plus irresponsable. La même philosophie est à la source des deux formes d'extension du pouvoir étatique. La croissance des dépenses est un produit de la tradition social-démocrate américaine qui attribue à l'Etat le rôle de construire « la bonne société ». L'arrogance avec laquelle les élites administratives, et surtout les juges, changent la loi par décret a la même origine. S'il est vrai, premièrement, que « la bonne société » peut être définie et, deuxièmement, qu'elle peut être le fruit de l'action étatique, il s'ensuit que les hommes jouissant de pouvoirs discrétionnaires dans les organes législatifs, exécutifs ou judiciaires, ont un certain devoir moral de faire cheminer la société vers cet idéal.

Si on veut entraver le Léviathan, il importe de dissiper une confusion philosophique très profonde. Une « bonne société » définie indépendamment des choix de ses membres, de *tous* ses membres, est incompatible avec un ordre social fondé sur les valeurs individuelles. Au stade post-constitutionnel du contrat est « bien » tout résultat qui émerge des choix des hommes, dans le secteur public comme dans le secteur privé. Le « bien » est alors fonction de critères procéduraux qui s'appliquent aux moyens par lesquels un résultat est atteint, il ne se définit pas par des normes substantives. Le politicien qui représente les citoyens, même approximativement et de manière imparfaite, recherche des consensus, des compromis acceptables entre les demandes conflictuelles des individus et des groupes. Il n'a pas à rechercher quelque

« vérité » unique, et il trahit sa mission s'il se fait le promoteur d'un idéal particulier sorti de l'esprit de ses guides intellectuels. Le juge est dans une situation tout à fait différente. Il recherche bel et bien « la vérité », et pas le compromis. Mais il cherche la vérité seulement à l'intérieur des limites de la constitution. Il cherche et découvre « la loi ». Il ne fabrique pas de nouvelles règles. S'il essaie délibérément de modifier le contrat constitutionnel aux fins de le rendre plus conforme à ses propres idéaux, il trahit sa fonction sociale, plus gravement même que le politicien en quête du Graal social-démocrate. Des principes politiques erronés mais si généralement admis ne peuvent pas être facilement éliminés. Si nous voulons contrôler notre Léviathan, les politiciens et les juges devront commencer à respecter les limites. Leurs efforts incessants pour imposer des constructions sociales naïves en utilisant l'autorité qui leur a été déléguée ne peuvent que saper leur propre prestige. Si les dirigeants n'ont aucun sens des limites à respecter, que doit-on attendre de ceux qui sont soumis à leurs oukases ? Si les juges ne respectent plus la loi, pourquoi les citoyens respecteraient-ils les juges ? Si l'Etat confisque les droits individuels, comment les individus se retiendraient-ils de contester sa légitimité ?

Le Léviathan survit par la force, et le souverain hobbesien est peut-être le seul avenir de l'homme. Mais on peut toujours imaginer d'autres futurs et en rêver ; et l'Etat ne nous a peut-être pas encore tout à fait glissé des mains. Du désenchantement actuel peut sortir un consensus constructif sur une nouvelle structure de poids et de contrepoids.

# Chapitre 10

---

## Au-delà du pragmatisme : les perspectives d'une révolution constitutionnelle

« Il me semble qu'en l'ère social-démocrate, le problème éthique posé par le changement social a fait l'objet d'un malentendu sérieux, sinon fatal. Ce problème doit être abordé en termes d'autolégislation *sociale-éthique*, processus créateur qui se situe à un niveau plus élevé (et peut-être plus difficile à saisir par l'esprit) que celui constitué par la conduite individuelle. Il est affaire de choix social et suppose une conception de la société comme entité réelle, comme communauté morale au sens propre des mots. On ne peut intellectuellement accepter l'idée que l'individu puisse avoir quelque influence perceptible, ou en tout cas prévisible, sur le cours de l'histoire. Mais il me semble que voir en cela un problème éthique relève d'une mécompréhension profonde des questions sociales-morales ou du statut de l'individu en tant que membre d'une société cherchant à avancer vers le progrès moral. Parler d'une obligation éthique qu'aurait l'individu d'améliorer la société est à mes yeux dépourvu de signification. La propension de l'individu, en social-démocratie, à assumer une telle responsabilité m'apparaît être une manifestation de vanité intellectuelle et *morale*. Elle n'est en fait qu'amour du pouvoir et prétention démiurgique, elle est *anti-éthique*. Le changement éthique-social doit venir d'un authentique consensus moral régnant entre des individus réunis dans une relation vraiment égale et mutuelle, non d'une relation où un individu jouerait le rôle de cause et les autres celui d'effets, comme si le premier était le potier, et les seconds l'argile.

Frank H. KNIGHT,  
*Intellectual Confusion on Morals and Economics.*

**L**es analyses que renferme ce livre sont conçues pour être une contribution au troisième siècle de l'Amérique, et une réponse aux nouveaux défis qui menacent les institutions traditionnelles de l'ordre social. Quelles que soient les tentatives de nier l'évidence, c'est un fait que la structure légale des Etats-Unis se désagrège. Il est temps pour les chercheurs en sciences sociales et les philosophes d'aller au-delà du recours à des modèles élégants, mais finalement sans application pratique, et de se demander quelle sorte d'ordre social les hommes peuvent se donner à eux-mêmes au stade présent de leur histoire.

On peut répondre à cette question de deux façons très différentes. La première consiste à établir un diagnostic structurel global, ce que j'ai tenté de faire ici. Il s'agit d'analyser les institutions effectives et potentielles qui régissent les choix humains à la lumière de normes de « mieux-être » définies par accord virtuel et hors de toute description préalable. La seconde consiste à chercher à décrire ce que pourrait être la « bonne société », sans référence aux moyens pouvant permettre de l'atteindre, et sans prise en compte de ce qui existe.

En dépit de nombreuses incitations à procéder autrement, je ne suis pas allé au-delà des limites inhérentes à la première façon. Je n'ai pas essayé de présenter de recommandations de réforme constitutionnelle qui me soient propres, et je n'ai pas tenté de décrire la « bonne société », même sur un mode personnel. Comme je l'ai déjà souligné, de nombreux penseurs recourent à la deuxième façon et n'accordent à la première ni intérêt, ni attention. Cette attitude est porteuse d'arrogance intellectuelle et morale. Toute tentative de description détaillée du bien social laisse soupçonner la volonté d'imposer celui-ci sans prendre en compte le consentement effectif ou potentiel des gens. Ma tendance naturelle en tant qu'économiste est au contraire de valoriser le processus, la procédure, et, par conséquent, de définir le « bien » comme ce qui émerge d'accords entre des hommes libres, indépendamment de la valeur intrinsèque des résultats.

Quelle que soit la façon choisie, on ne peut en tout cas que rejeter le pragmatisme qui caractérise l'état d'esprit américain face aux réformes sociales. Le temps est venu désormais d'aller plus loin, et de tenter de reconstruire les fondements de l'ordre constitutionnel lui-même. Mes analyses débouchent sur la conclusion que le système sociopolitique existant est affligé de défauts structurels qu'on ne peut corriger par des remèdes superficiels. L'acceptation de cette conclusion constitue le point de départ obligé pour la recherche de solutions nouvelles. Je suis persuadé que les relations sociales résultant de réponses pragmatiques, au coup par coup et sans repères philosophiques aux situations qui se présentent, n'est ni durable ni digne des possibilités de l'homme. L'histoire n'est pas nécessairement une marche aléatoire dans l'espace sociopolitique, et je ne crois pas à l'efficacité des processus d'évolution sociale. Les institutions qui durent et qui prospèrent ne sont

pas toujours celles qui maximisent le potentiel humain. L'évolution peut déboucher tout aussi bien sur un dilemme que sur un paradis social<sup>1</sup>.

J'utilise ici le mot « dilemme » pour attirer l'attention sur un phénomène d'interaction qui a été analysé de manière exhaustive par la théorie moderne des jeux. La forme la plus connue qu'ait pris ce phénomène est ce qui a été décrit comme le dilemme du prisonnier : chaque partie cherchant à maximiser son utilité, il s'ensuit des résultats nuisibles à tous s'il n'y a pas coordination, des avantages mutuels si les actions sont coordonnées. Dans le langage de la théorie économique, on dira que les conséquences des actions indépendantes sont non optimales ou non efficaces au sens de Pareto : des changements sont possibles qui amélioreraient la situation de certains sans causer de tort à personne.

Le caractère omniprésent, universel, du dilemme social, engendre une dualité dans le processus de décision. Comme nous l'avons vu, même Robinson Crusoe dans sa solitude peut juger utile de concevoir des règles limitant ses possibilités de choix. Dans un contexte social, la dualité est inévitable. Les hommes doivent convenir ensemble de règles de conduite tout en conservant dans le cadre de celles-ci une marge de choix. Comprendre la distinction entre ce que j'ai appelé le contrat constitutionnel et le contrat postconstitutionnel est un premier pas sur la voie permettant d'échapper au dilemme social qui caractérise la jungle hobbesienne, qu'on prenne celle-ci sous sa forme primitive, ou sous l'une des formes plus complexes qu'elle peut avoir dans l'époque moderne.

Le coût qui s'attache aux règles, dans un contexte où l'alternative est de ne pas en avoir, se mesure aux pertes qui découlent de l'incapacité, lorsqu'on les respecte, de répondre aux situations qui se présentent par un comportement de maximisation de l'utilité à court terme<sup>2</sup>. Ce coût peut apparaître infé-

1. Ma critique fondamentale concernant l'interprétation pénétrante que HAYEK fait de l'histoire moderne et concernant les diagnostics et les propositions d'amélioration qu'il énonce est dirigée contre sa croyance apparente en ce que l'évolution sociale assurera en pratique la survie des formes institutionnelles les plus efficaces. HAYEK fait montre de tant de défiance à l'égard des tentatives de réforme délibérée des institutions qu'il accepte sans questions l'alternative évolutionniste. On peut partager pour l'essentiel son scepticisme quant aux réformes sociales institutionnelles sans pour autant accorder au processus d'évolution le statut d'idéal. La voie des réformes peut incontestablement être difficile, mais ce n'est pas un argument pour dire que ce qui s'oppose à elle est préférable. Voir HAYEK, *Droit, législation et liberté*, vol. 1 : *Règles et ordre* ainsi que, du même auteur, *Studies in Philosophy, Politics and Economics*.

Pour une analyse des interactions individuelles suscitant des dilemmes sociaux, on consulera Gordon TULLOCK, *The Social Dilemma*, Blacksburg, Center for the Study of Public Choice, Virginia Polytechnic Institute, 1974.

2. Les coûts dépendent toujours de l'alternative à laquelle on fait face. On mesure différemment le coût d'un ensemble de règles susceptible d'être comparé à d'autres ensembles possibles, et le coût général des règles dans un contexte où l'autre option est de n'en avoir aucune. Concernant les problèmes que pose la détermination des coûts d'opportunité, voir mon *Cost and Choice*, Chicago, Markham Publishing Co., 1969.

rieur aux avantages en termes de stabilité, et de capacité de planifier l'avenir qu'apparaissent rapporter les règles au moment où on les choisit. Une fois le choix effectué, pourtant, le respect des règles relève d'un choix différent et implique des coûts différents. Dans la mesure où l'utilité peut se trouver maximisée par la violation unilatérale des règles établies, le respect de celles-ci n'est pas sans coûts. Cela vaut pour tous les membres du groupe social, et pas seulement pour ceux chez qui on constate un plus grand potentiel délicatuel. D'où la nécessité évidente d'une structure d'application des lois<sup>3</sup>.

Ces propos nous ramènent presque subrepticement aux fondements logiques du contrat constitutionnel, qui incluent la démonstration que tous les membres de la communauté profitent de la définition des droits, de règles consenties qui limitent les actions, et de l'établissement d'institutions permettant d'appliquer la loi. Sur ce point bien sûr, le consensus est facile, même le révolutionnaire romantique le plus passionné préférerait à peu près n'importe quelle forme d'ordre si la jungle hobbesienne à l'état pur constituait la seule alternative. Le véritable problème qui se pose est néanmoins très différent. Dès lors que l'ordre constitutionnel-légal qui est présentement appliqué et respecté existe dans les faits, comment peut-on le modifier pour améliorer la situation de tous, ou presque tous, les membres du groupe social ? L'histoire nous montre que l'ordre établi évolue, et que des futurs très différents sont envisageables. Si on n'aime pas les solutions qui se dessinent dans les réponses non révolutionnaires à ce qui est, on ne peut faire autrement qu'envisager des améliorations structurelles.

Telle est la base sur laquelle le concept de « révolution constitutionnelle » est à même d'être défini. Celui-ci peut sembler contradictoire à première vue. J'entends par son intermédiaire parler de changements qui ne se font pas à la marge, de changements fondamentaux dans la structure de l'ordre social et dans la configuration complexe des règles qui rendent la vie collective possible, bref, de changements assez profonds pour être qualifiés de « révolutionnaires ». Il me faut simultanément souligner que les analyses doivent être maintenues à l'intérieur de limites « constitutionnelles », ce qui veut dire que les changements structurels doivent être de ceux qui feraient théoriquement l'unanimité des membres de la communauté. Aucune, ou quasiment aucune amélioration de la condition de l'homme actuel ne peut résulter de l'imposition de nouvelles règles aux autres par certains. Les révolutions non constitutionnelles appellent les contre-révolutions en une succession ininterrompue de jeux de pouvoirs à somme nulle ou négative.

3. C'est à dessein que j'esquive dans le présent ouvrage les raisons éthiques-morales qu'il peut y avoir à respecter les règles, à obéir à la loi, raisons qui ont été réétudiées et réexaminées après la floraison du mouvement de désobéissance civile des années 60. On trouvera une analyse des liens entre ces raisons et les formes de gouvernement dans Peter Singer, *Democracy and Disobedience*, Oxford, Clarendon Press, 1973.

S'il existe des changements structurels potentiels de l'ordre légal susceptibles de faire l'unanimité de tous les membres de la société, le maintien de l'ordre établi constitue un dilemme social au sens strict qu'a le terme dans la théorie des jeux. Même si nous pensons être très éloignés de la jungle hobbesienne primitive, où la vie est quasi animale et brève, certains aspects de l'ordre établi s'en rapprochent théoriquement. La vie ici et maintenant est peut-être plus animale, et certainement plus pénible, qu'elle ne devrait l'être. Si, après examen, on découvre qu'aucun changement structurel n'est possible, on en conclura que l'ordre constitutionnel-légal qui existe est – en termes parétiens – optimal, quel que soit le mécontentement exprimé par des catégories particulières du corps social.

L'une des thèses centrales de ce livre est qu'une réforme constitutionnelle fondamentale, voire une révolution, est sans doute nécessaire. L'ordre légal établi ne peut prétendre à l'effcience ou, dans une perspective quelque peu différente, à la légitimité. Il semble pour le moins qu'il est devenu urgent d'envisager sérieusement l'option d'un profond changement constitutionnel.

## **Changement institutionnel-constitutionnel et politiques pragmatiques**

Il est essentiel que la différence entre les réformes constitutionnelles et institutionnelles, d'une part, et la promulgation ou l'adoption de mesures politiques destinées à remédier aux situations insupportables à mesure qu'elles émergent, d'autre part, soit comprise : par les chercheurs d'abord, puis par les hommes politiques et les citoyens. On a vanté le pragmatisme des Américains. Quand quelque chose ne fonctionne plus, nous procédons à une réparation de fortune et nous retournons à nos occupations. Le recours à la réparation de fortune suppose cependant que la structure ou le mécanisme sous-jacent soit sain et qu'il ne nécessite ni une réparation importante, ni une mise au rebut. Or, il arrive un jour où les réparations de fortune ne suffisent plus et où des modifications plus fondamentales sont requises. Quand on parvient à ce stade, la poursuite des politiques antérieures peut créer plus de problèmes qu'elle n'en résout.

La « politique », par quoi j'entends l'action gouvernementale et particulièrement celle du gouvernement fédéral, est devenue l'équivalent social de la réparation de fortune. Nous en sommes arrivés au point où toute découverte d'un « besoin social », réel ou imaginaire, débouche presque immédiatement sur un programme fédéral. Le progrès social se mesure au volume de la législation et l'absence de nouveaux programmes se trouve assimilée par les élus à un échec politique. Si on y regarde bien, les programmes du type *New Deal*,

*Fair Deal, New Frontier, Great Society et New Federalism*<sup>4</sup> qui se sont succédé sont les fruits du fonctionnement pragmatique et essentiellement non idéologique de la démocratie américaine. On s'est, en les mettant en œuvre, peu ou pas préoccupé des interactions possibles entre eux, de la capacité du système sous-jacent à résister aux tensions croissantes qu'on lui imposait, des problèmes liés à l'étendue et à la portée de l'action politique prise dans sa globalité.

L'orientation vers le pragmatisme a reçu des appuis idéologiques, mais ceux-ci n'ont pas vraiment influencé les attitudes des praticiens de la politique ou celles de leurs électeurs. Même sans John Dewey, et peut-être même sans l'influence du socialisme marxiste et non marxiste, l'histoire politique des Etats-Unis serait vraisemblablement ce qu'elle est. La foi en la politique qui a caractérisé l'homme du XX<sup>e</sup> siècle jusqu'aux années 1960 découle du déclin de la foi en Dieu, et de l'ignorance de ce que des alternatives organisationnelles efficaces existent. Les hommes du XVIII<sup>e</sup> et du début du XIX<sup>e</sup> siècle semblent avoir été plus sages, mais nous ne pouvons écrire cela qu'en prenant nos précautions. Peut-être leur jugement relevait-il du fait qu'ils observaient les gouvernements de plus près, et peut-être leur attitude de méfiance était-elle fondée non pas tant sur une foi en les options non étatiques que sur le rejet des tentatives de « solution » étatique.

Il n'en existe pas moins une différence essentielle entre l'approche des philosophes du XVIII<sup>e</sup> siècle et ce que j'appelle l'approche pragmatique ou marginaliste des problèmes. Cette différence est d'ordre méthodologique : on mettait auparavant l'accent sur le changement des structures, des institutions, et non pas sur les détails des mesures politiques. Adam Smith voulait libérer l'économie des chaînes de la réglementation mercantiliste, il ne proposa pas que les objectifs spécifiques des politiques menées soient énoncés à l'avance. Il ne s'attaqua pas aux défauts particuliers des instruments de la politique économique de manière pragmatique, mais lança une attaque plus globale et située sur le front constitutionnel. Il voulait démontrer que de l'aplanissement effectif des obstacles étatiques aux échanges émergeraient des conséquences qui seraient jugées favorables par toutes les personnes concernées. C'est en raison précisément de cette approche globale, de l'accent mis sur le changement structurel-institutionnel qu'Adam Smith a bien mérité son titre de père de l'économie politique. Les propositions formulées par lui et ses compatriotes pour une véritable « révolution constitutionnelle » furent en bonne partie adoptées durant le demi-siècle qui suivit.

Le laissez-faire triompha parce que les leaders intellectuels et politiques en vinrent à adopter un nouveau *principe* d'ordre social, principe leur permet-

4. La « Nouvelle donne », le « Marché équitable », la « Nouvelle frontière », la « Grande société », le « Nouveau fédéralisme » sont des slogans politiques qui, de F.D. Roosevelt à Jimmy Carter, ont été utilisés pour décrire les programmes de divers présidents américains. (N.d.T.)

tant de dépasser la myopie pragmatique qui accompagne inéluctablement l'ignorance analytique. Ce principe était celui de l'anarchie ordonnée : un régime caractérisé par des droits individuels bien définis et par la liberté contractuelle protégée par la loi. La compréhension de ce principe permit à l'homme de concevoir un processus social susceptible d'être ordonné et efficients *sans qu'il soit besoin* des contrôles minutieux d'un décideur central ni d'une intervention significative de l'Etat excédant son rôle protecteur. L'importance de la conversion à un nouveau principe d'organisation ne peut être sous-estimée. C'est cette conversion qui rendit possible en Angleterre ce qu'on ne peut qualifier autrement que de révolution constitutionnelle. Adam Smith et ses condisciples n'auraient pu connaître le succès s'ils avaient attaqué l'ordre établi d'une manière pragmatique, au cas par cas. Il était essentiel pour eux de faire admettre une nouvelle vision, une nouvelle norme qui serve à mesurer les écarts à corriger.

Ses adversaires socialistes parvinrent à détecter des défauts de détail dans l'ordre théoriquement idéal du laissez-faire, de même que dans ses réalisations pratiques. Mais ils n'offrirent pas de principe organisationnel de rechange qui eût un attrait intellectuel un tant soit peu comparable. La doctrine de Marx se caractérise par l'absence de descriptions analytiques de la société « après la révolution ». Les tentatives ultérieures de modélisation du fonctionnement de l'ordre socialiste ont abouti à une traduction presque littérale des principes du laissez-faire. Dans la réalité, les régimes organisés selon les principes socialistes apparaissent comme des monstruosités bureaucratiques.

Les idées socialistes exercèrent néanmoins une influence négative sur l'idée du laissez-faire, ce qui conféra une respectabilité idéologico-intellectuelle à l'érosion pragmatique du principe de l'Etat minimum. Le grand principe d'organisation qui domina la pensée du début du XIX<sup>e</sup> siècle, cette vision d'une société susceptible de fonctionner avec un minimum d'autorité étatique, subit une érosion lente et se délita pièce par pièce. Des problèmes furent d'abord découverts et identifiés par des hommes intellectuellement honnêtes. Des correctifs furent proposés, qui prirent presque toujours la forme institutionnelle d'une action étatique. Les polémiques intellectuelles et les débats politiques concernèrent de plus en plus les mesures politiques concrètes à prendre en fonction des circonstances, et de moins en moins le principe d'organisation sociale à choisir. Les chercheurs en sciences sociales et les philosophes abandonnèrent toute ambition d'étudier et de comparer les grandes institutions, et ils en vinrent à se concevoir exclusivement comme critiques de tel ou tel élément particulier de l'ordre établi. L'économie du bien-être, sous les atours dont elle s'est trouvée parée au XX<sup>e</sup> siècle, est devenue une théorie des échecs du *marché*.

Il n'est pas surprenant que ces conditions aient servi de puissant vecteur à la croissance rapide de la dimension et de l'étendue du secteur public. Les

corrections étatiques aux défauts de fonctionnement du marché furent envisagées au cas par cas et indépendamment les unes des autres. Ces corrections furent qui plus est considérées comme susceptibles de fonctionner de manière idéale sitôt introduites. Parce qu'il n'existait pas de principe ou de conception du fonctionnement de l'Etat, on posa l'hypothèse naïve d'une équivalence entre les intentions et les résultats. Les programmes se superposèrent en strates successives sans qu'on se préoccupe vraiment des effets de cette accumulation sur la structure sous-jacente, sur le principe même d'un ordre constitutionnel-légal<sup>5</sup>.

Au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, le pragmatisme américain semblait régner en maître, et la notion de changement révolutionnaire était pratiquement absente des débats, à l'université comme dans la rue.

## La confusion et le défi

Cette tendance s'est renversée de manière aussi profonde qu'inattendue au cours des années 60. Il y eut plusieurs causes à cela. Dans le monde universitaire, des chercheurs avaient proposé, dès la fin des années 40 et au début des années 50, des modèles simplifiés de processus démocratique qui n'ont pu que faire réfléchir ceux qui pensaient sérieusement à la mise en œuvre des idéaux socialistes. Les activités étatiques menées dans le cadre d'un régime majoritaire, considéré comme l'essence de la démocratie, apparurent ne pas produire nécessairement un « bien public ». Plus graves peut-être encore furent les dégâts provoqués par la démonstration intellectuellement redoutable de ce que ces activités même ne sont pas nécessairement cohérentes<sup>6</sup>. Il devint clair en supplément qu'une fois adoptés, les programmes

5. La scission contemporaine de l'ancienne « économie politique » en deux disciplines, l'« économie » et les « sciences politiques », est pour partie la cause de la confusion intellectuelle qui s'est développée. Les économistes ont, d'une manière générale, eu tendance à se limiter à l'analyse positive, du moins pour ce qui concerne les processus du marché ou de l'échange. A l'opposé, les politologues ont, eux, continué à procéder à une approche normative des processus étatiques. Il en a résulté que les choix sociaux entre diverses formes d'organisation ont souvent été dictés par la comparaison entre une institution existante et un idéal. Voir, à ce sujet, David B. JOHNSON, « Meade, Bees and Externalities », *Journal of Law and Economics*, vol. 16, avril 1973, p. 35-52.

6. Même si leurs racines sont plus lointaines, les thèses exposées ici et ailleurs dans le présent ouvrage relèvent de la révolution contemporaine qui traverse la théorie des choix démocratiques et qu'ont provoquée les travaux de Kenneth ARROW (notamment, *Choix collectif et préférences individuelles*, 1951 pour l'édition américaine originale, 1974 pour la traduction française) et Duncan BLACK (*Theory of Committees and Elections*). Ces deux livres avaient été précédés par des articles antérieurs. J'ai, quant à moi, exprimé un intérêt pour la théorie des choix collectifs dans des articles publiés en 1950 et en 1954 et reproduits dans mon ouvrage *Fiscal Theory and Political Economy*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1960. Dans un autre ouvrage qui

gouvernementaux doivent être mis en œuvre par une bureaucratie, et on vit se développer des théories du comportement des bureaucrates fondées sur l'hypothèse de base que ceux-ci sont des gens ordinaires<sup>7</sup>. Les fondements théoriques permettant le développement de théories concernant les échecs de l'Etat qui feraient contrepoids aux théories plus connues concernant les échecs du marché étaient jetés.

Cette évolution proprement intellectuelle fut accompagnée et éclipsée dans la conscience populaire par des données de plus en plus nombreuses révélant l'inefficacité des orviétans étatiques. Une succession d'événements conduisit les décideurs collectifs à adopter des politiques qui trouvaient leur origine non dans les demandes des citoyens, mais dans le cerveau des universitaires et les slogans des politiciens. De nombreux citoyens et quelques politiciens avaient malheureusement espéré des résultats que la structure institutionnelle ne pouvait pas produire. Les slogans de la « Nouvelle frontière » devinrent vite les réalités de la « Grande société », au moment précisément où le public commençait à ne plus tolérer le gaspillage étatique. La réaction populaire fut exacerbée par l'activisme de juges dont le comportement indiquait qu'ils excédaient de manière manifeste les limites de l'Etat-garant, et dont les intempérances furent perçues comme telles par l'ensemble de la population. Ces débordements de divers ordres allèrent de pair avec l'attitude de cavalier seul manifestée par l'exécutif du gouvernement américain dans le domaine des affaires étrangères, notamment au cours de l'engagement au Vietnam. Les échecs observés à tous les niveaux du gouvernement fédéral se sont combinés et ont suscité une attitude antigouvernementale qui n'a sans doute pas de précédents dans l'histoire américaine.

Les implications de tout cela pour les politiques gouvernementales furent cependant occultées par la révolution des comportements qui marqua aussi les années 60 et qui prenait en partie sa source dans les mêmes courants. A mesure que les échecs de l'Etat devinrent plus évidents, le respect de « la loi » par les personnes s'étiola. La politique et les politiciens devinrent plus ouvertement vénaux, et les demandes d'assistance étatique se firent plus pressantes. Les juridictions fédérales étant perçues comme « faisant » la loi en fonction de leurs propres idéaux, des individus en vinrent tout naturellement

---

date de 1957, Anthony DOWNS proposait une analyse des partis politiques calquée sur l'analyse des entreprises cherchant à maximiser leurs profits : voir son *An Economic Theory of Democracy*, New York, Harper and Row, 1957.

7. Tout comme la théorie des choix collectifs, les théories contemporaines de la bureaucratie ont des racines dans la littérature économique classique. Mais la formulation du paradigme moderne de la bureaucratie est le résultat des analyses développées dans quelques ouvrages fondamentaux : TULLOCK, *The Politics of Bureaucracy*, Anthony DOWNS, *Inside Bureaucracy* (Boston, Little Brown, 1967) ; NISKANEN, *Bureaucracy and Representative Government*. Pour discerner le contraste entre conception traditionnelle et conception moderne de la bureaucratie, voir OSTOM, *The Intellectual Crisis in American Public Administration*.

à invoquer leurs propres critères pour distinguer les « mauvaises » lois des « bonnes ». Motivées au départ par l'idée tout à fait louable de réaliser la justice entre les races, des manifestations illégales finirent par être dirigées contre les « mauvaises » lois en général et furent cautionnées par l'incapacité des tribunaux de faire respecter les normes légales existantes. Les besoins en hommes d'une guerre limitée étant eux aussi limités, la conscription fut inévitablement jugée injuste et discriminatoire. La contestation généralisée devint la règle à la fin de la décennie. De vénérables institutions qui devaient leur longue vie au respect de règles de conduite non écrites, des systèmes d'anarchie ordonnée, les universités, par exemple, se révélèrent extrêmement vulnérables au désordre lorsque le respect volontaire des règles s'effondra. L'incapacité et le refus de défendre les « droits » établis ne pouvaient que signifier une véritable mutation dans le pouvoir structurel.

Cette confusion des années 60 fut aggravée par les appels à « l'ordre public » provenant de citoyens non contestataires qui ne discernaient pas l'origine étatique des troubles. Les honnêtes citoyens ne pouvaient comprendre ce qui leur arrivait. Ils constataient l'érosion apparente du capital public, ils entendaient parler de, et parfois subissaient personnellement, l'augmentation du taux de criminalité ; ils observaient des changements de comportement qui représentaient à leurs yeux une diminution de la tolérance et du respect des personnes. Ils demandaient « la loi et l'ordre », ce qui impliquait une collectivisation de la société non pas moindre, mais plus grande. Ils essayaient en fait d'en appeler à l'arbitre extérieur, l'Etat-garant, le protecteur extérieur, et attendaient de lui qu'il rétablisse les droits qu'ils considéraient garantis par le contrat constitutionnel.

L'Etat n'a cependant pas de baguette magique et ne peut apporter des améliorations instantanées. Si des menaces planent sur les droits individuels, une application plus efficace de la loi exige plus d'enquêtes et des peines plus sévères pour les contrevenants. Et c'est là que le dilemme du châtement vient jouer son rôle. Le citoyen même qui demande que la loi soit appliquée peut aussi refuser les peines plus sévères ou plus certaines qu'un mécanisme judiciaire plus performant pourrait requérir. L'Etat répond à cela en s'adaptant et en prenant la position susceptible de provoquer le moins de critiques. Il embauche davantage de fonctionnaires de police tout en maintenant les peines à leur niveau actuel, parfois en les réduisant. Confronté aux émeutes dans les prisons, il récompense les détenus en améliorant leurs conditions matérielles. Le contribuable paie la note et l'Etat s'accroît.

Le citoyen se reconnaît dans les attaques de George Wallace contre la superstructure bureaucratique. Il refuse les prétentions de légitimité avancées par les agents d'un Etat dont la domination lui apparaît de plus en plus menaçante. Mais en même temps, il est peu disposé à abandonner sa part des avantages particuliers qu'il croit pouvoir n'obtenir que de l'Etat. Le banlieusard américain qui s'oppose avec la dernière énergie au transport de ses enfants

vers une école publique située à l'autre bout de la ville n'est pour autant pas prêt à remettre en question le droit de la collectivité de lever des impôts coercitifs auprès de toutes les familles pour financer la scolarisation des enfants de certaines d'entre elles (et, ce faisant, subventionner la production de plus d'enfants dans un monde déjà surpeuplé).

## Une faillite intellectuelle

En matière sociopolitique, les années 70 apparaissent être une époque de faillite intellectuelle. Les théoriciens économiques de l'Etat providence continuent à élaborer des démonstrations complexes de l'échec du marché ; les théoriciens du choix public, qu'on a accusés de se mêler de ce qui ne les regarde pas en s'intéressant aux politiques redistributrices, font contrepoids en offrant des démonstrations de l'échec de l'Etat. Les théorèmes établis par les économistes sont appliqués de manière « pratique » aux réalités de la pollution et de l'environnement qui occupent une large place dans les débats de politique gouvernementale. Mais les « solutions » qui résultent ont pour effet d'accroître le contrôle bureaucratique plutôt que de le réduire. Les libertariens ne suscitent guère plus que leurs adversaires sociaux-démocrates la sympathie du public. Ils marquent des points en désignant par le biais de l'analyse et de données vérifiables les défauts de l'option collectiviste. Mais ils n'ont rien d'autre à recommander qu'une modification de la structure de l'organisation sociale dans la direction du marché. Les sociaux-démocrates et les libertariens partent de la même présupposition, à savoir que leur tâche est d'offrir leurs conseils à une Sagesse bienveillante, rationnelle, mais inexistante.

La réalité est en effet différente. Les marchés et les pouvoirs publics ne fonctionnent pas toujours pour le mieux, et il n'y a effectivement jamais eu de Sagesse bienveillante. L'homme des années 70 est enfermé dans son propre dilemme. Conscient que les deux « grandes solutions », le laissez-faire et le socialisme, sont moribondes et ne pourront renaître<sup>8</sup>, il ne comprend, ni intellectuellement ni intuitivement, que l'option pragmatique est tout aussi suspecte, et que le refus persistant d'envisager sa condition de manière systématique plutôt qu'à la marge pourrait sonner le glas d'un ordre social viable. Dans ce domaine comme dans d'autres, l'homme contemporain semble avoir besoin de « se convertir » à une nouvelle conception de la société. Sans cette conversion, la révolution constitutionnelle sans doute nécessaire ne se produira pas.

---

8. DAHL et LINDBLOM ont écrit que l'ère des grandes alternatives (le terme est de leur cru) est achevée, et ils ont souligné l'efficacité des alternatives pragmatiques. Voir R.A. DAHL et C.E. LINDBLOM, *Politics Economics and Welfare*, New York, Harper and Row, 1953.

Sous cette incidence au moins, les radicaux et révolutionnaires de notre époque ont peut-être raison : le progrès peut fort bien exiger le changement du système et non pas seulement le remplacement de ceux qui l'administrent et quelques ajustements périphériques. Si le marché et l'Etat ont tous deux échoué, quelle option organisationnelle reste-t-il ? De tout temps, les hommes ont idéalisé celui qui est mû par l'amour des autres ou par un sentiment de devoir envers les autres hommes. L'éthique a un rôle à jouer dans l'ordre social. Mais il est très dangereux de généraliser un comportement idéal pour en faire, comme William Godwin et d'autres anarchistes romantiques, le fondement de l'organisation sociale. Quel que soit le principe d'organisation, plus il y aura d'hommes « bons » dans la société, plus celle-ci sera « bonne », à condition qu'on donne de ces termes une définition individualiste. Il serait néanmoins stupide d'espérer que *tous* les hommes puissent voir leur comportement transformé. Telle serait bien, pourtant, la condition minimale d'un ordre social acceptable susceptible de fonctionner en l'absence de toute organisation.

L'ordre social peut être imposé par un régime despotique, que celui-ci émane d'un individu ou d'une élite dominante. Le despotisme serait-il la seule alternative à la structure politique existante ? Dans ce cas, ceux qui ne prétendent pas détenir un titre spécial pour gouverner seraient bien avisés de jeter un regard différent sur les institutions actuelles. Cette alternative serait néanmoins désespérée, et il y a sans doute d'autres options qui valent la peine d'être considérées.

## Le renouveau contractualiste

C'est sous cette incidence que le renouveau actuel du contractualisme, qui doit beaucoup au livre de John Rawls, *Théorie de la justice* (édition américaine originale en 1971), peut apparaître particulièrement encourageant. Dans cet ouvrage, Rawls n'essaie pas de formuler des principes de justice à partir de quelque ensemble exogène de normes éthiques, utilitariste ou autre. Il propose au contraire une conception individualiste de la « justice comme équité ». Sont justes les principes résultant de l'accord unanime entre des hommes situés dans un contexte où chacun d'eux se trouve derrière un voile d'ignorance lui dissimulant ce que sera sa propre situation au stade post-constitutionnel. Aucun homme ne compte plus qu'un autre et il n'y a pas de principe de justice indépendant de l'environnement contractuel ainsi conceptualisé. Malheureusement, à mon avis, Rawls est allé trop loin en essayant de découvrir les principes qui sortiraient de ce contrat. Peut-être le débordement s'explique-t-il par les pressions des critiques qui demandaient des proposi-

tions de réforme spécifiques. C'est en tout cas, comme on devait s'y attendre, cet aspect de l'œuvre qui a monopolisé l'attention : au détriment de son apport plus fondamental, qui est de relire la justice comme résultat du *processus* contractualiste lui-même.

Ce que j'ai voulu faire dans ce livre est à la fois plus et moins ambitieux que ce qu'a fait Rawls ou que ce que j'ai cherché à faire dans mes propres ouvrages antérieurs<sup>9</sup>. Rawls s'est contenté d'examiner l'émergence de l'unanimité potentielle dans un contexte contractuel idéalisé où les hommes sont amenés à se conduire comme des êtres égaux moralement. Il ne s'est pas penché sur le problème essentiel des liens à établir entre une telle situation théorique et le cadre concret au sein duquel des discussions concernant des réaménagements structurels fondamentaux peuvent prendre place. A cet égard, ma démarche est plus ambitieuse. J'ai tenté d'analyser les perspectives de véritables renégociations contractuelles entre des personnes qui n'arrivent pas à la table de négociation en tant qu'égaux et qu'on ne force pas – en supposant soit une adhésion universelle à des normes éthiques, soit une incertitude concernant les situations postcontractuelles – à se conduire comme si elles l'étaient. C'est pour cette raison que j'ai dû, en développant mon argumentation, retourner en esprit à l'émergence du contrat dans l'anarchie hobbesienne.

D'un autre point de vue, je l'ai déjà noté, j'ai été moins ambitieux que Rawls. Celui-ci identifie les principes de justice qu'il s'attend à voir émerger des conditions contractuelles idéales qu'il imagine. Bien que Rawls ne l'eût peut-être pas voulu ainsi, ces principes risquent en ces conditions de servir à des propositions spécifiques de changement institutionnel qui seront débattues dans l'arène de la politique pragmatique à court terme. Je ne vais pas jusque-là. Je n'essaie pas d'identifier les « limites de la liberté » ni l'ensemble de principes qui pourraient servir à les tracer.

Prendre conscience des multiples arbitrages à réaliser entre la liberté et la loi, tenir compte de l'interdépendance des lois particulières qui limitent la liberté, réaliser que la confusion, le malentendu persistant qui brouille la distinction entre le constitutionnel et le postconstitutionnel mène au désastre, tels sont les « principes » qu'on peut dégager du présent ouvrage. La réforme que je recherche se situe d'abord au niveau des attitudes, des manières de penser l'interaction sociale, les institutions politiques, la loi et la liberté. Si les hommes commencent à penser en termes contractualistes, s'ils conçoivent l'État en fonction de ses deux rôles et s'ils reconnaissent les droits individuels

9. Dans *The Calculus of Consent*, Gordon TULLOCK et moi examinons la structure des règles de prise de décision collective dans un cadre qui est plus proche de celui utilisé par RAWLS. Nous posons la question suivante : quelle sorte de structure de décision politique peut être considérée comme susceptible d'émerger d'un cadre constitutionnel au sein duquel les participants individuels n'ont aucune certitude quant à ce que sera leur propre position dans les phases post-constitutionnelles ?

que définit l'ordre établi, peu m'importent les détails. J'ai écrit comme un John Rawls moins ambitieux qui aurait confirmé son intérêt aux manières dont les hommes pensent la justice.

## Philosophie politique et philosophie publique

Le renouveau contractualiste laisse entrevoir la possibilité d'un consensus parmi les chercheurs sur la nécessité de reprendre la discussion des problèmes fondamentaux de l'ordre social. S'il se poursuit, ce renouveau pourrait signifier une renaissance de la philosophie politique et de la philosophie du droit dans nos institutions d'enseignement supérieur. Si les principes contractualistes sortaient gagnants du débat, on verrait triompher l'approche que je propose. On prendrait conscience des compromis à réaliser entre la loi et la liberté, on admettrait la double fonction de l'Etat, et on appréhenderait le problème de la limitation de l'action collective dans toutes ses dimensions. L'acceptation de ces idées par les chercheurs est peut-être une première étape préalable nécessaire pour qu'une population désillusionnée les fasse sienne.

Il ne faut pas désespérer de voir le public épouser une nouvelle philosophie de ce genre. L'évolution des idées et des événements au cours des dernières décennies a rendu l'homme moyen plus réceptif. Même s'il n'est pas encore prêt à se passer de la béquille étatique, il a perdu la foi qu'il avait en l'Etat et en ses interventions. Il est en son for intérieur à la recherche d'une philosophie de réconciliation qui restaurerait partiellement sa foi sociale.

S'il ne s'agissait que de cela, la reconstruction de la structure constitutionnelle serait relativement facile. Les juges cesseraient de légiférer et se contenteraient d'arbitrer les différends, d'appliquer les lois et de prononcer des peines. Les législateurs ne recourraient plus à la machine politique pour effectuer des transferts de droits sans compensation parmi les individus et les groupes. Les citoyens ne rechercheraient plus, seuls ou en groupe, à exploiter le secteur public pour leur profit personnel, et ils retireraient leur appui à tout entrepreneur politique qui leur promettait de tels avantages. Les observateurs et les commentateurs politiques, journalistes ou universitaires, cesseraient de mesurer le progrès social par le volume de la législation ou la taille du budget. Valeur en soi, la liberté individuelle est en relation inverse de ces scalaires usuels et, dans la révolution des esprits que je propose ici, elle prendrait la place qui lui revient parmi les autres valeurs sociales. Les individus prendraient conscience que le gouvernement, l'Etat, doit être en fin de compte sous leur contrôle. Ils n'admettraient plus tacitement cette vision positiviste qui veut que l'Etat, et l'Etat seul, soit en mesure de définir et de redéfinir les droits individuels et, par voie de conséquence, ses droits propres. La démo-

cratie n'existe conceptuellement que si les individus conçoivent l'Etat dans les termes du paradigme du consentement.

## Les droits individuels en démocratie

A première vue, le changement d'attitude esquissé ci-dessus semble satisfaire les grands principes du laissez-faire. Le libertarien orthodoxe ne verrait aucune difficulté à s'associer aux idées que je propose. Il s'agit ici cependant de revenir au stade antécédent de la discussion et de s'intéresser à des problèmes que les conceptions traditionnelles ont occultés. Trop souvent, le libertarien, à l'instar de son adversaire socialiste, considère les réformes *comme s'il était lui-même conseiller de quelque despote éclairé susceptible de mettre en œuvre les changements recommandés, sans – ou pratiquement sans – se référer au consentement des parties impliquées.* Dans le cadre de cette présupposition, il devient relativement aisé pour lui de négliger l'analyse de la distribution actuelle des droits et des titres parmi les gens. Or, si ces droits et titres ne font pas d'abord l'objet d'une définition et d'un accord, que signifient les termes du paragraphe précédent ? Qu'est-ce qu'un transfert sans compensation ? Quelle activité peut être définie comme une exploitation du processus politique pour un profit personnel ?

Dès que ces questions sont posées, apparaissent des éléments de dilemme social trop facilement ignorés lorsqu'on demeure au niveau philosophique. Les principes ne peuvent avoir de signification pratique et opérationnelle que si une condition capitale est satisfaite : l'entente de tous les membres du groupe social sur les droits individuels existant dans l'ordre établi. Aussi longtemps qu'un désaccord persiste sur le fait de savoir qui a le droit de faire quoi avec quoi ou avec qui, le changement d'attitude que je propose peut rester sans signification opérationnelle.

La *redéfinition consensuelle* des titres et droits individuels constitue une étape obligée dans le déroulement d'une véritable révolution constitutionnelle. La plupart des interventions de l'Etat se sont produites précisément à cause d'ambiguïtés dans la définition des droits individuels. Le problème central à résoudre ici est celui de la réconciliation entre, d'une part, les droits individuels nominaux sur des biens privés, sur le capital humain et non humain, et, d'autre part, la répartition égalitaire des « droits de propriété publique » par le biais du droit de vote universel. Qu'on considère cela comme une valeur ou simplement comme un fait, la démocratie moderne repose sur le suffrage universel des adultes. Cette observation élémentaire soulève plusieurs questions. Comment les pauvres (le terme étant défini en termes de titres de propriété privée) peuvent-ils revendiquer leurs droits putatifs sur la richesse appartenant nominalement aux riches si ce n'est par l'exer-

cice de leur droit de vote ? Cela étant, comment le riche (ou le philosophe libertarien) peut-il espérer que le pauvre consentira à un nouvel ordre constitutionnel qui limitera strictement la possibilité des transferts fiscaux entre groupes ? On ne peut guère s'attendre à obtenir un consensus sur des limitations telles que celles-ci. La renégociation de la structure constitutionnelle fondamentale ne doit pas pour autant être considérée comme devant être abandonnée avant d'avoir commencé. Il existe sans doute des avantages de l'échange à exploiter pour tous les participants, mais la distribution actuelle comme l'attribution prospective des droits et titres doit baliser le processus de négociation. L'homme riche qui est conscient de la vulnérabilité de ses droits nominaux au sein de l'ordre existant et qui désire que la portée de l'action collective ou étatique soit limitée, pourrait consentir à un transfert de richesse forfaitaire, unique ou réparti dans le temps, en faveur des pauvres, en échange du consentement de ces derniers à une nouvelle constitution qui limiterait explicitement les transferts fiscaux mandatés par le gouvernement.

Un exemple simple peut servir d'illustration. Un homme riche, *A*, détient la propriété nominale d'un capital qui produit un rendement mensuel de 100 000 francs, lequel, imposé à 50 %, lui laisse un revenu après impôt de 50 000 francs. Un homme pauvre, *B*, ne possède aucun capital et tire de la vente de son travail 5 000 francs par mois. L'Etat (ici supposé exogène) ne prélève des taxes et des impôts qu'auprès du riche, ce qui lui donne une recette de 50 000 francs par mois, qu'il emploie à plusieurs activités de niveau d'efficacité divers. Les avantages de ces activités confèrent mensuellement au riche un bénéfice équivalent à 10 000 francs et au pauvre, un bénéfice de 20 000 francs. Le « contrat social » peut-il être renégocié dans l'intérêt des deux parties ? Supposons que le riche propose au pauvre de lui céder le tiers de son capital, c'est-à-dire un rendement mensuel de 33 333 francs, en échange de l'assentiment de ce dernier à une réduction à zéro du budget de l'Etat. En vertu de cette formule, le riche conservera un revenu mensuel réel de 66 667 francs, soit davantage que les 60 000 francs de l'autre arrangement. Et *B*, le pauvre, obtiendra un revenu mensuel réel de 38 333 (revenu du capital, plus revenu du travail), c'est-à-dire plus que sous l'autre régime (25 000 francs). Les termes du nouveau contrat sont donc à l'avantage des deux parties<sup>10</sup>.

10. Mon article *The Political Economy of the Welfare State* (Research Paper, n° 808231-1-8, Center for the Study of Public Choice, Virginia Polytechnic Institute and State University, juin 1972) examinait quelques-unes des implications de la théorie du droit de vote comme droit de propriété valorisé par les individus. Écrit aux fins d'une communication au Colloque sur le capitalisme et la liberté organisé en l'honneur du professeur Milton FRIEDMAN, à Charlottesville (Virginie) en octobre 1972, cet article a été reproduit sous le titre « The Political Economy of Franchise in the Welfare State » dans les actes du colloque : *Capitalism and Freedom : Problems and Prospects*, sous la direction de Richard SELDEN, Charlottesville, University Press of Virginia, 1975, p. 52-77.

Une entente peut se révéler possible même sans augmentation quantitative dans la valeur actualisée des droits. Si A, le riche, s'attend à un lourd fardeau fiscal dans l'avenir, même si tel n'est pas le cas aujourd'hui, il consentira peut-être au nouvel arrangement ci-dessus. Ou, situation plus dramatique encore, si l'une ou l'autre partie craint une révolution non constitutionnelle par le biais de laquelle tous les droits seraient supprimés, un consensus peut fort bien s'établir autour de conditions qui ne semblent pas mutuellement avantageuses quand on ne prend en considération que leur aspect directement quantifiable. Il semble ne faire aucun doute, au moins en théorie, que les aspects distributifs de la renégociation peuvent être réglés<sup>11</sup>.

## Créer de nouveaux droits

Supposons que les problèmes liés à la répartition des revenus et de la richesse parmi les gens soient résolus de manière satisfaisante dans un contrat constitutionnel renégocié qui redéfinisse les droits individuels et réduise le domaine de la coercition collective. Le franchissement de cette première étape suffirait-il à instituer les principes du laissez-faire ? Si les droits de propriété étaient redéfinis de manière à ce que les résultats redistributifs soient admis par tous les participants, le fonctionnement des marchés privés dans un régime collectif minimum d'exécution obligatoire des contrats suffirait-il à garantir l'efficacité, à conjurer le dilemme social ? Les nombreux problèmes liés aux phénomènes de congestion urbaine, de pollution, de qualité de l'environnement, suggèrent une première réponse négative. Les questions qui se posent ici ne sont, cela dit, pas de nature spécifiquement distributive ou, en tout cas, pas de manière unique ou prédominante. Dans plusieurs des cas, la responsabilité de l'échec présumé des arrangements sociaux actuels ne peut être rejetée ni sur les marchés, ni sur l'Etat, si telles sont les deux sortes de contrat postconstitutionnel considérés. Le dilemme social qui apparaît dans les résultats est dû à une entente constitutionnelle imparfaite, à une mauvaise délimitation originelle des droits individuels. Sa solution ne se trouve pas dans quelque redistribution explicite des droits parmi les gens, dans quelque remaniement des titres de propriété, mais dans la *création* de nouveaux droits

11. Tout régime constitutionnel-légal qui définit des droits individuels a nécessairement une relation avec la configuration espérée des droits individuels telle qu'elle vient à être dans l'«équilibre naturel» de l'anarchie pure. Lorsque des changements se produisent dans cette configuration, la force relative des droits dans l'ordre légal existant ne peut qu'être affectée, ce qui ouvre de nouvelles possibilités d'entente pour des changements constitutionnels. Pour une analyse détaillée, on consultera l'ouvrage publié sous la direction de Gordon TULLOCK, *Exploration in the Theory of Anarchy*.

là où les droits n'existent pas ou, en tout cas, n'offrent pas de bases suffisantes aux anticipations et à l'échange. En leur essence, la congestion urbaine et la pollution représentent des conditions analogues à celles qui caractérisent le modèle général de l'anarchie hobbesienne. Les individus sont en situation de conflit quant à l'emploi des ressources rares avec des conséquences que personne n'aime, et ce parce qu'il n'existe pas de droits ayant fait l'objet d'un accord et qu'on fait respecter. La révolution constitutionnelle proposée implique une entente mutuelle sur les limites du comportement qui sont nécessaires pour obtenir des résultats sociaux relativement efficaces.

Dans la mesure où il y a des gains mutuels en puissance, un accord est théoriquement possible. L'ordre établi offre une base raisonnable à partir de laquelle les limites à établir peuvent être mesurées. La « congestion des pâtures communes » peut être supprimée dès lors qu'on garantit à chaque participant un niveau de bien-être au moins égal à celui qu'il peut obtenir dans le cadre du dilemme actuel. Le progrès obtenu serait analogue à l'amélioration des conditions résultant du contrat de désarmement mutuel par lequel l'homme fait le premier pas hors du dilemme brutal de Hobbes. La révolution constitutionnelle idéale exigerait une limitation des actions dans *toutes* les situations de rareté des ressources, qu'il s'agisse d'attribuer des titres de propriété individuelle ou d'imposer des règles limitatives de conduite dans les situations de droits publics. Une bonne partie du dilemme environnemental découle de ce que les fondateurs de notre ordre constitutionnel-légal actuel croyaient que certaines ressources étaient à jamais abondantes. La croissance et le progrès technologique ont changé en ressources rares des ressources auparavant gratuites, mais les arrangements relatifs à la propriété n'ont pas suivi. Le dilemme résultant était prévisible. Ce qui suffit à suggérer que de véritables changements constitutionnels doivent prendre place à mesure que la population croît, que la technologie progresse et que la demande évolue dans le temps.

## Conclusion

L'option qui se situe entre l'anarchie et le Léviathan doit être analysée, explicitée et, enfin, formulée de manière à être comprise par le grand public. En tant que principe d'organisation, le laissez-faire est trop étroitement associé aux droits de propriété inhérents à l'ordre historiquement établi, qui sont en principe définis sans référence aux droits contingents incarnés par la démocratie moderne. Le socialisme est la voie la plus directe conduisant au Léviathan. L'échec de ces deux grandes options ne doit pas pour autant être considéré comme anéantissant tous les espoirs nés des Lumières. Fruit des

réflexions des philosophes du XVIII<sup>e</sup> siècle, la vision d'un ordre social ne requérant pas la manipulation centralisée des hommes par d'autres hommes demeure enthousiasmante. *Des relations libres entre des hommes libres* : cette maxime de l'anarchie ordonnée peut apparaître comme le grand principe dès lors qu'un contrat social bien renégocié établirait le *meum* et le *tuum* dans le cadre d'une structure redéfinie, et que le Léviathan qui nous menace se verrait astreint à de nouvelles limites.